

CONSEJO DE ESTADO

MEMORIA DEL AÑO 2016

que el Consejo de Estado en Pleno eleva al
Gobierno en cumplimiento de lo dispuesto
en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica
3/1980, de 22 de abril



MADRID, 2017

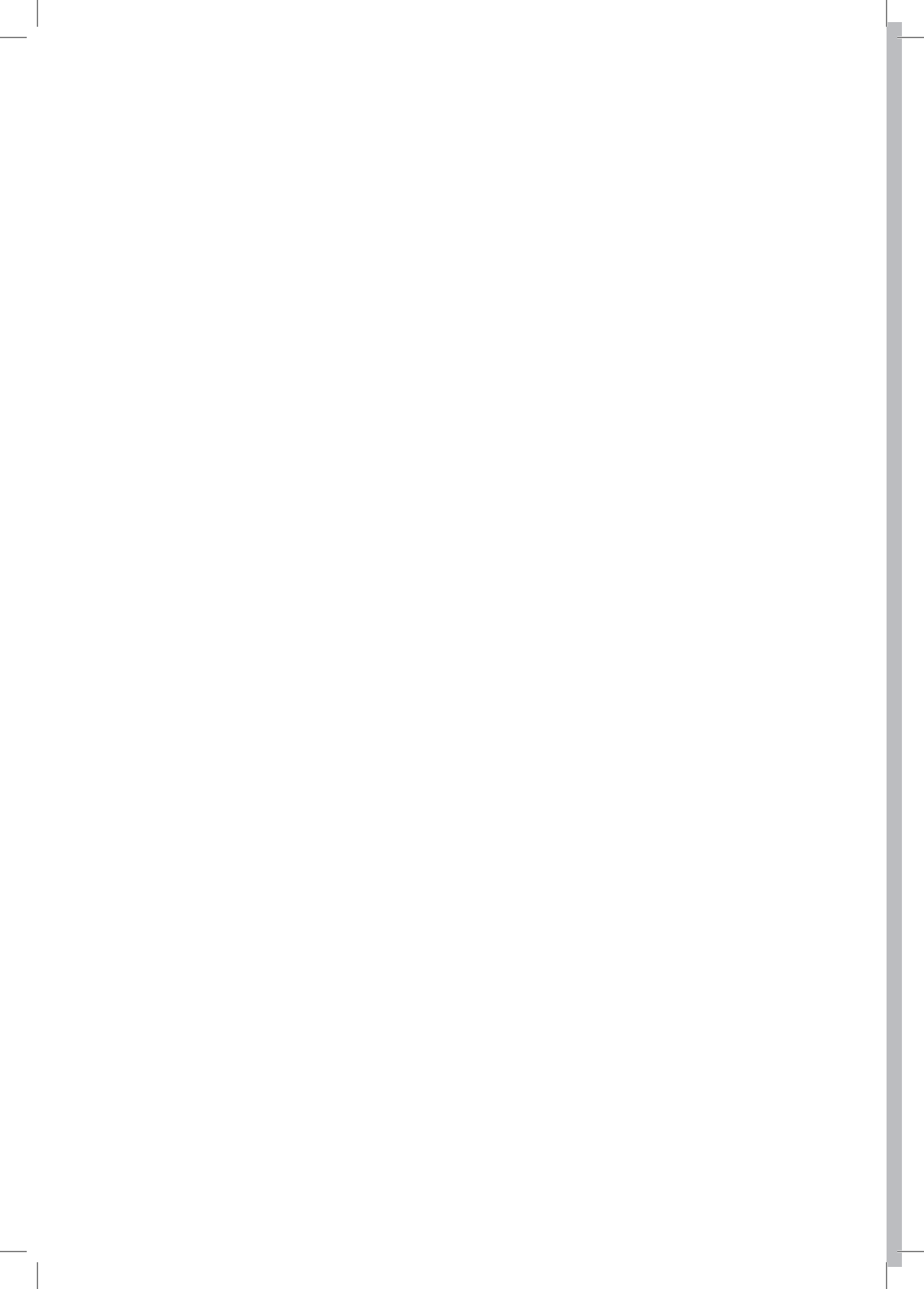
Documento de circulación restringida

INTRODUCCIÓN

La presente Memoria del Consejo de Estado, correspondiente al año 2016, fue aprobada por el Pleno en sesión celebrada el día 20 de julio de 2017.

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

Esta Memoria consta de dos partes: en la primera se da cuenta de la organización y de la actividad del Consejo; en la segunda se analizan diversos temas de actualidad surgidos en el ejercicio de la función consultiva durante el año 2016, que se refieren al funcionamiento de los servicios públicos y a la sugerencia de medidas para la mejora de la Administración.



PRIMERA PARTE

EL CONSEJO DE ESTADO DURANTE EL AÑO 2016



I. COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

(AL 31 DE DICIEMBRE DE 2016)

1. CONSEJO DE ESTADO EN PLENO

PRESIDENTE

Excmo. Sr. Don José Manuel Romay Beccaría

CONSEJERA Y CONSEJEROS PERMANENTES

Excmo. Sr. Don Landelino Lavilla Alsina

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

Excmo. Sr. Don Miguel Herrero Rodríguez de Miñón

Excmo. Sr. Don Fernando Ledesma Bartret

Excmo. Sr. Don Alberto Aza Arias

Excmo. Sr. Don José Luis Manzanares Samaniego

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

Excmo. Sr. Don Enrique Alonso García

CONSEJERAS Y CONSEJEROS NATOS

Excmo. Sr. Don Darío Villanueva Prieto, Director de la Real Academia Española

Excmo. Sr. Don Juan Velarde Fuertes, Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

Excmo. Sr. Don José Antonio Escudero López, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

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

Excmo. Sr. Don _____, Fiscal General del Estado

Excmo. Sr. Don Fernando García Sánchez, Jefe de Estado Mayor de la Defensa

Excmo. Sra. Doña Victoria Ortega Benito, Presidenta del Consejo General de la Abogacía

Excmo. Sr. Don Antonio Pau Pedrón, Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

Excmo. Sr. Don _____, Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado

Excmo. Sr. Don Benigno Pendás García, Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Excmo. Sr. Don Luis María Linde de Castro, Gobernador del Banco de España

CONSEJERAS Y CONSEJEROS ELECTIVOS

Excmo. Sra. Doña Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós

Excmo. Sr. Don Juan José Laborda Martín

Excmo. Sra. Doña Isabel Tocino Biscarolasaga

Excmo. Sr. Don Manuel José Silva Sánchez

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

Excmo. Sr. Don Juan Carlos Rodríguez Ibarra

Excmo. Sr. Don José María Michavila Núñez
Excma. Sra. Doña Ana Palacio Vallelersundi
Excma. Sra. Doña María Luisa Cava de Llano y Carrió

SECRETARIA GENERAL

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

2. COMISIÓN PERMANENTE

PRESIDENTE

Excmo. Sr. Don José Manuel Romay Beccaría

CONSEJERA Y CONSEJEROS PERMANENTES

Excmo. Sr. Don Landelino Lavilla Alsina
Excmo. Sr. Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Excmo. Sr. Don Miguel Herrero Rodríguez de Miñón
Excmo. Sr. Don Fernando Ledesma Bartret
Excmo. Sr. Don Alberto Aza Arias
Excmo. Sr. Don José Luis Manzanares Samaniego
Excma. Sra. Doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz
Excmo. Sr. Don Enrique Alonso García

SECRETARIA GENERAL

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

3. COMISIÓN DE ESTUDIOS

Presidente: Excmo. Sr. Don José Manuel Romay Beccaría

Consejeros Permanentes:

Excmo. Sr. Don Fernando Ledesma Bartret

Excmo. Sr. Don Enrique Alonso García

Consejero Natos:

Excmo. Sr. Don Benigno Pendás García

Consejero Electivos:

Excmo. Sr. Don Manuel José Silva Sánchez

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

Secretaria General:

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

4. SECCIONES

PRIMERA

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Landelino Lavilla Alsina

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

Letradas:

Ilma. Sra. Doña Pilar Rosa Cuesta de Loño

Ilma. Sra. Doña Beatriz Rodríguez Villar

Secretaría: Doña Concepción Fernández Fernández y don Francisco Montes Baladrón

SEGUNDA

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

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

Letrados:

Ilmo. Sr. Don Rafael Pablo Jover Gómez-Ferrer

Ilma. Sra. Doña Ana Isabel Santamaría Dacal

Ilmo. Sr. Don José Joaquín Jerez Calderón

Ilma. Sra. Doña María José Trillo-Figueroa Molinuevo

Ilma. Sra. Doña Cristina Gil-Casares Cervera

Secretaría: Doña María José Regojo Dans y doña Asunción Carmo-
na Carlés

TERCERA

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

Letrado Mayor: Excmo. Sr. Don José Luis Palma Fernández

Letrados:

Ilma. Sra. Doña Rosa María Collado Martínez

Secretaría: Doña Felicita García Gallego y don Santiago Martínez Añíbarro

CUARTA

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Fernando Ledesma Bartret

Letrado Mayor: Excmo. Sr. Víctor Pío Torre de Silva y López de Letona

Letrados:

Ilma. Sra. Doña Rocío Tarlea Jiménez

Secretaría: Doña Pilar del Saz Moreno y doña Antonia Carricondo Suárez

QUINTA

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Alberto Aza Arias

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

Letrados:

Ilma. Sra. Doña Claudia María Presedo Rey

Ilmo. Sr. D. Cristóbal Rodríguez Giménez

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

SEXTA

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

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

Letrados:

Ilma. Sra. Doña Elvira Pilar Gallardo Romera

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

SÉPTIMA

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

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

Letrados:

Ilmo. Sr. Don Jesús Avezuela Cárcel

Ilmo. Sr. Don Lucas Manuel Blanque Rey

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

OCTAVA

Consejero Presidente: Excmo. Sr. Don Enrique Alonso García

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

Letrados:

Ilmo. Sr. Don Alfredo Dagnino Guerra

Ilmo. Sr. Don Moisés Barrio Andrés

Secretaría: Doña María Rosario Herrero Pérez y doña Ana García Cuadrado

5. LETRADAS Y LETRADOS

Letrados Mayores

Excmo. Sr. Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez (1)
Excmo. Sr. Don Federico Trillo-Figueroa y Martínez Conde (1)
Excmo. Sr. Don José Antonio García-Trevijano Garnica
Excmo. Sr. Don Jaime Aguilar Fernández-Hontoria
Excmo. Sr. Don José María Pérez Tremps
Excmo. Sr. Don Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín (1)
Excmo. Sr. Don Francisco Javier Gómez-Acebo Sáenz de Heredia
Excmo. Sr. Don Leandro Martínez-Cardós y Ruiz (2)
Excmo. Sr. Don Íñigo Coello de Portugal y Martínez del Peral (2)
Exmo. Sr. Don Víctor Pío Torre de Silva y López de Letona (2)
Ilmo. Sr. Don José Luis Palma Fernández (2)

Letradas y Letrados

Ilmo. Sr. Don Ernesto García-Trevijano Garnica (4)
Ilmo. Sr. Don José María Michavila Núñez (4)
Ilmo. Sr. Don David Vicente Blanquer Criado (4)
Ilmo. Sr. Don José María Jover Gómez-Ferrer (3)
Ilmo. Sr. Don Francisco Javier Gomá Lanzón (4)
Ilmo. Sr. Don Alfredo Dagnino Guerra
Ilma. Sra. Doña Áurea María Roldán Martín (3)

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

Ilma. Sra. Doña Claudia María Presedo Rey
Ilma. Sra. Doña Rosa María Collado Martínez
Ilmo. Sr. Don Javier Pedro Torre de Silva y López de Letona (4)
Ilmo. Sr. Don Rafael Pablo Jover Gómez-Ferrer
Ilma. Sra. Doña Ana Isabel Santamaría Dacal
Ilmo. Sr. Don José Joaquín Jerez Calderón
Ilmo. Sr. Don Jesús Avezuela Cárcel
Ilmo. Sr. Don Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade (3)
Ilmo. Sr. Don Lucas Manuel Blanque Rey
Ilmo. Sr. Don José Amérigo Alonso (3)
Ilma. Sra. Doña Pilar Rosa Cuesta de Loño
Ilma. Sra. Doña Beatriz Rodríguez Villar
Ilma. Sra. Doña María José Trillo-Figueroa Molinuevo
Ilmo. Sr. Don Moisés Barrio Andrés
Ilma. Sra. Doña Rocío Tarlea Jiménez
Ilma. Sra. Doña Cristina Gil-Casares Cervera
Ilma. Sra. Doña Elvira Pilar Gallardo Romera
Ilmo. Sr. Don Cristóbal Rodríguez Giménez

II. FUNCIÓN CONSULTIVA

1. Consultas

Durante el año 2016 tuvieron entrada en el Consejo de Estado 1.132 consultas, de las que 57 lo fueron con declaración de urgencia.

Se despacharon 1.145 expedientes, de los cuales 1.001 fueron objeto de dictamen de fondo. En relación con éstos, se formularon 18 votos particulares en la Comisión Permanente y un voto particular en el Pleno.

El detalle de los expedientes despachados es el siguiente:

Dictámenes	1.001 (5)
Peticiones de antecedentes	138
Expedientes devueltos a petición de la Autoridad consultante o por otras causas	6
Total asuntos despachados	1.145

2. Clasificación de los expedientes

2.1 Por su procedencia:

Remitente	Número
MINISTERIOS	
Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente	111
Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente	30
Asuntos Exteriores y de Cooperación	18
Defensa	43
Economía y Competitividad	17
Economía, Industria y Competitividad	1
Educación, Cultura y Deporte	31
Empleo y Seguridad Social	110
Energía, Turismo y Agenda Digital	2
Fomento	51

(5) Tres de ellos son antecedentes de Comisión Permanente.

Remitente	Número
Hacienda y Administraciones Públicas	144
Hacienda y Función Pública	49
Industria, Energía y Turismo	35
Interior	108
Justicia	212
Presidencia	12
Presidencia y para las Administraciones Territoriales.....	2
Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad	16
Total Ministerios	992

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Extremadura	46
Cantabria	54
Madrid	5
Total Comunidades Autónomas.....	105

OTROS

Banco de España.....	11
Ciudad de Ceuta.....	6
Ciudad de Melilla	17
Consejo de Transparencia y Buen Gobierno	1
Total otros.....	35

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

Remitente	Número
Sección Primera	67
Sección Segunda	327
Sección Tercera	150
Sección Cuarta	82
Sección Quinta	211
Sección Sexta	54
Sección Séptima	92
Sección Octava	149
Total	1.132

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

2.3.1 Disposiciones de carácter general:

Anteproyectos de ley	9
Reales decretos legislativos	1
Reales decretos	81
Decretos-leyes	1 (6)
Decretos	5
Órdenes ministeriales	42
Otras normas (7)	11
Tratados, Convenios, acción exterior	17
Total disposiciones	167

(6) Decreto-Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

(7) Procedentes 2 del Banco de España y 2 de la Ciudad de Ceuta.

En el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2016 el Consejo de Estado ha emitido dictamen sobre 11 expedientes relativos a normas con rango de ley; de los cuales, 6 fueron elevados a Pleno para su aprobación.

Asimismo, se aprobó en Pleno el dictamen 419/2016 perteneciente a la Ciudad de Melilla (8).

Del total de dictámenes relativos a disposiciones con carácter general, tanto con rango de ley como de rango inferior a la ley, han sido dictaminados con carácter de urgencia 41. De ellos, 3 se refieren a anteproyectos de ley, 19 a reales decretos, 2 a decretos, 12 a órdenes ministeriales, 5 a otro tipo de normas.

Es decir, del total de dictámenes relativos a normas un 24,4% han sido urgentes y su elaboración y aprobación se ajustaron al plazo solicitado.

2.3.2 Actos administrativos:

Administración local	6
Cambio de nombres y apellidos	10
Concesiones administrativas	20
Contratos administrativos	62
Consulta orientativa	5
Conflictos de competencia	1
Deslinde	3
Expropiación	2
Otros recursos	1
Reclamaciones de responsabilidad patrimonial ..	493
Recursos extraordinarios de revisión	44
Recursos de inconstitucionalidad	17
Revisión de actos en vía administrativa	162
Títulos nobiliarios	10
Total actos	836

De los 836 dictámenes, 13 fueron urgentes.

(8) Solicitud de informe sobre la no repercusión de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 103/2013, en el proyecto de Reglamento de Gobierno y de la Administración de la Ciudad Autónoma de Melilla.

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

Dictámenes aprobados en este año, relativos a la ejecución, cumplimiento o desarrollo del Derecho europeo (9):

Transposición de directivas (10)	52
Cumplimiento, desarrollo y aplicación de reglamentos	24
Cumplimiento, aplicación de artículos del Tratado, decisiones, « <i>soft law</i> » procedimientos de infracciones o sentencias del TJUE (que no impliquen, asimismo, incorporación de directivas o aplicación de reglamentos)	5
Asuntos en los que existía la obligación de notificación previa a la Comisión Europea, que no impliquen, asimismo, transposición o desarrollo de otras normas europeas	4
Posible responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la U.E.	10
Recurso de inconstitucionalidad en los que el Derecho de la U.E. aparece implicado	1
Tratados adoptados en el ámbito U.E.	1
Total	<hr/> 97

2.5 *Por su importancia o interés doctrinal:*

– Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo (dictamen núm. 926/2015).

– Proyecto de Real Decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (dictamen núm. 1.109/2015).

(9) Cuando un asunto afecta a varios supuestos, sólo se cita el primero para evitar reiteraciones.

(10) Se incluyen primera o segunda transposición, incorporación total o parcial.

- Anteproyecto de Ley sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (dictamen núm. 1.115/2015).
- Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (dictamen núm. 1.116/2015).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las normas relativas a la expedición de los títulos universitarios oficiales de Doctor y el Suplemento Europeo al título de Doctor, obtenidos de conformidad con el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de Doctorado (dictamen núm. 1.159/2015).
- Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 15/2015, de 16 de abril, por la que se ordena el ejercicio de las profesiones del deporte en Extremadura (dictamen núm. 1.170/2015).
- Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 7/2015, de 14 de mayo, de modificación de la Ley 3/2008 del ejercicio de las profesiones del deporte (Cataluña) (dictamen núm. 1.172/2015).
- Convenio sobre las relaciones personales del menor, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003 (dictamen núm. 1.178/2015).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de instalaciones de protección contra incendios (dictamen núm. 1.187/2015).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regulan las tasas establecidas en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (dictamen núm. 1.194/2015).
- Proyecto de Real Decreto sobre los vehículos al final de su vida útil (dictamen núm. 1.202/2015).
- Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el régimen jurídico de las obras huérfanas (dictamen núm. 1.218/2015).
- Proyecto de Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre la información a incorporar en la memoria de las cuentas anuales en relación con el periodo medio de pago a proveedores en operaciones comerciales (dictamen núm. 1.220/2015).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 53/2014, de 31 de enero, por el que se desarrolla la composición, organización y funciones del Tribunal Administrativo del Deporte (dictamen núm. 1.240/2015).
- Proyecto de Orden por la que se modifican la Orden SSI/2366/2012, de 30 de octubre, por la que se establece el factor común de facturación de la prestación con productos dietéticos, y los anexos I y III del Real Decreto 1.205/2010, de 24 de septiembre, por el que se fijan las bases para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales, en la prestación con productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud y para el establecimiento de sus importes máximos de financiación (dictamen núm. 1.241/2015).
- Proyecto de Orden por la que se establece el modelo y las normas reguladoras de la hoja de servicios del personal de la Guardia Civil (dictamen núm. 1.245/2015).
- Proyecto de Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se establecen los requisitos para eximir, a determinadas sociedades emisoras, de acciones exclusivamente negociadas, en un sistema multilateral de negociación de solicitar su admisión a negociación en un mercado regulado (dictamen núm. 1.248/2015).
- Proyecto de Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los fondos de titulización (dictamen núm. 1.257/2015).
- Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de Montenegro sobre el intercambio y protección mutua de la información clasificada (dictamen núm. 1.273/2015).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1.226/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan las actividades y el funcionamiento del fondo para inversiones en el exterior y el fondo para operaciones de inversión en el exterior de la pequeña y mediana empresa (dictamen núm. 1.281/2015).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establece un marco de medidas para la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos (dictamen núm. 1.282/2015).

- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los requisitos esenciales de seguridad para la comercialización de los recipientes a presión simples (dictamen núm. 1.286/2015).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la devolución de ingresos indebidos no tributarios ni aduaneros de la Hacienda Pública Estatal (dictamen núm. 1.291/2015).
- Convenio entre el Reino de España y la República de Finlandia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y su Protocolo (dictamen núm. 1.299/2015).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifican el Real Decreto 1.798/2010, de 30 de diciembre, por el que se regula la explotación y comercialización de aguas minerales naturales y aguas de manantial envasadas para consumo humano, y el Real Decreto 1.799/2010, de 30 de diciembre, por el que se regula el proceso de elaboración y comercialización de aguas preparadas envasadas para el consumo humano (dictamen núm. 1.306/2015).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (dictamen núm. 1.307/2015).
- Proyecto de Orden ministerial por la que se dictan normas para la aplicación del derecho de reunión de los miembros de las Fuerzas Armadas y de sus asociaciones profesionales y se desarrolla el Reglamento del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 910/2012, de 8 de junio (dictamen núm. 1.314/2015).
- Convenio sobre transporte aéreo entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos (dictamen núm. 1.318/2015).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regulan los requisitos de seguridad y de comercialización de las motos náuticas, embarcaciones deportivas y sus componentes (dictamen núm. 1.322/2015).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los requisitos esenciales de seguridad exigibles a los aparatos y sistemas de protección, para su uso en atmósferas potencialmente explosivas y por el que se modifica el Real Decreto 455/2012, de 5 de marzo, por el que se

establecen las medidas destinadas a reducir la cantidad de vapores de gasolina, emitidos a la atmósfera durante el repostaje de los vehículos de motor, en las estaciones de servicio (dictamen núm. 1.331/2015).

– Proyecto de Real Decreto por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de administración local, con habilitación de carácter nacional (dictamen núm. 1.335/2015).

– Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el régimen de autoliquidación y pago de la tasa del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por la expedición de certificados o documentos a instancia de parte, y por las inscripciones y anotaciones en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (dictamen núm. 1.339/2015).

– Proyecto de Circular, por la que se modifica la Circular 1/2015, de 24 de marzo, a los proveedores de servicios de pago, sobre información de las tasas de descuento y de intercambio percibidas (dictamen núm. 1.340/2015).

– Proyecto de Orden por la que se establecen para el año 2016 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero (dictamen núm. 7/2016).

– Proyecto de Circular a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) nº 575/2013 (dictamen núm. 8/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se deroga el Real Decreto 1.118/1998, de 5 de junio, por el que se establece el procedimiento de cooperación con la Comisión Europea en materia de examen científico de las cuestiones relacionadas con productos alimenticios (dictamen núm. 9/2016).

– Proyecto de Orden por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (dictamen núm. 11/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingen-

cias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral (dictamen núm. 12/2016).

- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las características y los principios generales de la gestión clínica, y se fijan las bases para la implantación de las unidades de gestión clínica, en el ámbito de los servicios de salud (dictamen núm. 35/2016).

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el cambio de denominación del Consejo General de los Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales por la de Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados de la Rama Industrial de la Ingeniería, Ingenieros Técnicos Industriales y Peritos Industriales de España (dictamen núm. 44/2016).

- Proyecto de Orden ministerial por la que se modifica la Orden Ministerial 12/2015, de 10 de febrero, que modifica la Orden Ministerial 17/2009, de 24 de abril, por la que se establece el procedimiento y las normas objetivas de valoración de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional (dictamen núm. 53/2016).

- Proyecto de Real Decreto que modifica el Real Decreto 386/2013, de 31 de mayo, por el que se fijan las plantillas reglamentarias de oficiales generales, oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas para el período 2013-2017 (dictamen núm. 54/2016).

- Proyecto de Decreto-Ley de medidas extraordinarias contra la exclusión social (dictamen núm. 64/2016).

- Proyecto de Decreto por el que modifica el Decreto 25/2010, de 31 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las Escuelas Infantiles, de los Colegios de Educación Primaria y de los Colegios de Educación Infantil y Primaria, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Cantabria (dictamen núm. 69/2016).

- Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 6/2015, de 30 de junio (Comunidad Autónoma del País Vasco), de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o «fracking» (dictamen núm. 83/2016).

- Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 8/2015, de 10 de junio (Cataluña), de creación del municipio de Medinyà (dictamen núm. 86/2016).

- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la compatibilidad electromagnética de los equipos eléctricos y electrónicos (dictamen núm. 105/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento por el que se establecen los requisitos para la comercialización, puesta en servicio y uso de equipos radioeléctricos, y se regula el procedimiento para la notificación de organismos de evaluación de la conformidad, la vigilancia del mercado y el régimen sancionador de los equipos de telecomunicación (dictamen núm. 106/2016).
- Recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 3 [incisos t), x)], 4 [apartados 1 y 2. núm. b, 6.1), 9.4)], 56 (apartados 1, 2 y 3), 57, 59, 63.2) [apartados a), b), c), d), f), g), h)], 64, 72 (apartados 1 y 3. núm. c), 74, 75, 83 (apartado d), 84 [apartado d)], y apartado 3 de la Disposición Adicional Primera de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda (dictamen núm. 108/2016).
- Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 104/2006, de 19 de octubre, de valorización de escorias en la Comunidad Autónoma de Cantabria (dictamen núm. 115/2016).
- Acuerdo de colaboración y cooperación reforzadas entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kazajstán, por otra, hecho en Astana el 21 de diciembre de 2015 (dictamen núm. 131/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regulan las exigencias de seguridad del material eléctrico destinado a ser utilizado en determinados límites de tensión (dictamen núm. 132/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios de Arquitectos y su Consejo Superior (dictamen núm. 133/2016).
- Recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 13 y 19.6 de la Ley 16/2015 de simplificación de la actividad administrativa de la administración de la Generalitat y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso a la actividad económica (dictamen núm. 145/2016).
- Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 4, y por conexión los artículos 1, 9.1, 11 y 12 de la Ley del Parlamento de Cata-

luña 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012 (dictamen núm. 146/2016).

– Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código Civil de Cataluña (dictamen núm. 147/2016).

– Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres. (Cataluña) (dictamen núm. 148/2016).

– Recurso de inconstitucionalidad en relación con los artículos 2 [apartados 1), 2) y 4)], 3, 4, 5 [apartados 1), 2), 3), 4), 5), 6), y 9)], 6 [apartados 3), 4) y 5)], 7, la disposición adicional, la disposición transitoria segunda y las disposiciones finales segunda, tercera y quinta de la Ley de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética (dictamen núm. 149/2016).

– Proyecto de Circular del Banco de España, a las entidades titulares de cajeros automáticos y las entidades emisoras de tarjetas o instrumentos de pago, sobre información de las comisiones por la retirada de efectivo en cajeros automáticos (dictamen núm. 161/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1.075/2014, de 19 de diciembre, sobre la aplicación a partir de 2015 de los pagos directos a la agricultura y a la ganadería y otros regímenes de ayuda, así como sobre la gestión y control de los pagos directos y de los pagos al desarrollo rural (dictamen núm. 166/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el reglamento de especialidades fundamentales de las fuerzas armadas, aprobado por Real Decreto 711/2010 de 26 de mayo (dictamen núm. 167/2016).

– Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden ECC/2741/2012, de 20 de diciembre, de desarrollo metodológico de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera sobre el cálculo de las previsiones tendenciales de ingresos y gastos y de la tasa de referencia de la economía española (dictamen núm. 170/2016).

- Proyecto de Orden por la que se actualizan los anexos I y II del Real Decreto 2.028/1986, de 6 de junio, sobre las normas para la aplicación de determinadas Directivas de la CEE, relativas a la homologación de tipo de vehículos automóviles, remolques, semirremolques, motocicletas, ciclomotores y vehículos agrícolas, así como de partes y piezas de dichos vehículos (dictamen núm. 186/2016).
- Recurso de inconstitucionalidad en relación con el artículo 1 de la Ley de Castilla-La Mancha 7/2015, de 2 de diciembre, por la que se modifican la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, en materia de jornada de trabajo, y la Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2015, en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal funcionario y estatuario de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (dictamen núm. 192/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Biblioteca Nacional de España (dictamen núm. 194/2016).
- Proyecto de Real Decreto sobre declaraciones obligatorias a efectuar por los fabricantes de leche líquida envasada de vaca (dictamen núm. 195/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los requisitos esenciales de seguridad, para la comercialización de ascensores y componentes de seguridad para ascensores (dictamen núm. 209/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los requisitos técnicos, y las normas de actuación que deben cumplir los centros técnicos de tacógrafos (dictamen núm. 210/2016).
- Proyecto de Orden por la que se regula la licencia de uso del logotipo «Reservas de la Biosfera Españolas» (dictamen núm. 235/2016).
- Proyecto de Real Decreto sobre acreditación de institutos de investigación sanitaria (dictamen núm. 252/2016).
- Proyecto de Orden, por la que se modifica el Reglamento Técnico de Control y Certificación de Semillas de Cereales, aprobado

por la Orden ARM/3368/2010, de 27 de diciembre (dictamen núm. 258/2016).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 4/2014, de 10 de enero, por el que se aprueba la norma de calidad para la carne, el jamón, la paleta y la caña de lomo ibérico (dictamen núm. 274/2016).

- Proyecto de Orden ministerial por la que se modifica el Anexo II de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (dictamen núm. 282/2016).

- Proyecto de Circular sobre el método de cálculo, para que las aportaciones de las entidades adheridas al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito sean proporcionales a su perfil de riesgo (dictamen núm. 287/2016).

- Proyecto de Orden por la que se modifica el Reglamento Técnico de control y certificación de semillas de plantas oleaginosas, aprobado por la Orden ARM/3371/2010, de 27 de diciembre (dictamen núm. 290/2016).

- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la fusión por absorción del Colegio Oficial de Psicólogos por parte del Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos y se modifica la denominación del Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos (dictamen núm. 295/2016).

- Proyecto de Orden ministerial por la que se modifica el anexo IV del Real Decreto 219/2013, de 22 de marzo, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos (dictamen núm. 311/2016).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el reglamento del dominio público hidráulico aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, en materia de gestión de riesgos de inundación, caudales ecológicos, reservas hidrológicas y vertidos de aguas residuales (dictamen núm. 315/2016).

- Proyecto de Orden por la que se modifican los anexos IV y VII del Reglamento general del registro de variedades comerciales, aprobado por el Real Decreto 170/2011, de 11 de febrero (dictamen núm. 317/2016).

- Proyecto de Orden ministerial por la que se desarrollan las normas de uniformidad de las Fuerzas Armadas (dictamen núm. 324/2016).
- Proyecto de Orden por la que se establece un límite de desembarque de besugo capturado en aguas de la unión y aguas internacionales de las zonas VI, VII Y VIII (dictamen núm. 333/2016).
- Proyecto de Orden ministerial por la que se regula la jornada y el régimen de horario habitual en el lugar de destino de los miembros de las Fuerzas Armadas (dictamen núm. 334/2016).
- Proyecto de Orden por la que se declaran Zona Especial de Conservación 7 lugares de importancia comunitaria marinos de la Red Natura 2000, se aprueban sus medidas de conservación y se modifican los límites de dos de ellos (dictamen núm. 383/2016).
- Anteproyecto de Ley de Emergencia Social de la Vivienda (dictamen núm. 390/2016).
- Acta de Resolución del Reforzamiento Institucional de la Organización Iberoamericana de Juventud (OIJ) por la que se redefine y denomina a dicha organización como Organismo Internacional de Juventud para Iberoamérica, hecha en Quintana Roo el 2 de noviembre de 2015 (dictamen núm. 393/2016).
- Proyecto de Orden por la que se modifica el Anexo II del Real Decreto 1.088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (dictamen núm. 394/2016).
- Proyecto de Real Decreto, por el que se aprueba el Reglamento del Programa nacional de conservación y utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la agricultura y alimentación (dictamen núm. 402/2016).
- Consulta sobre la no repercusión de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 103/2013, en el proyecto de reglamento de gobierno y de la administración de la Ciudad Autónoma de Melilla (dictamen núm. 419/2016).
- Anteproyecto de Ley de Medidas Tributarias, Patrimoniales, Financieras y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura (dictamen núm. 425/2016).

- Proyecto de Circular del Banco de España, a las entidades de crédito y a los establecimientos financieros de crédito, por la que se establecen el contenido y formato del documento «Información Financiera-PYME» y se especifica la metodología de calificación del riesgo contemplados en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (dictamen núm. 443/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establece el procedimiento para la gestión de los derechos mineros y de los derechos del dominio público de hidrocarburos afectados por el cambio del sistema geodésico de referencia (dictamen núm. 451/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología (dictamen núm. 474/2016).
- Reglamento de Gobierno y de los Servicios de la Administración de Ceuta (dictamen núm. 476/2016).
- Proyecto de Reglamento por el que se limita el aforo de las salas de bingo y se regula el reparto de premios correspondientes al juego de bingo en el ámbito de la Ciudad de Ceuta (dictamen núm. 477/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica la disposición transitoria única del Real Decreto 664/2015, de 17 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Ferroviaria (dictamen núm. 482/2016).
- Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, hecho en Ginebra el 11 de junio de 2014 (dictamen núm. 487/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula el procedimiento de autorización para la Realización de actividades de promoción y publicidad de la donación de células y tejidos humanos (dictamen núm. 495/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral (dictamen núm. 500/2016).
- Proyecto de Real Decreto relativo al acceso a los recursos genéticos procedentes de taxones silvestres y al control de la utilización (dictamen núm. 506/2016).

- Proyecto de Real Decreto por el que se consideran las obras de reforma y rehabilitación de Casas-Cuartel de la Guardia Civil como proyectos de interés general y social para su ejecución por Corporaciones Locales (dictamen núm. 512/2016).
- Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 55/2006, de 18 de mayo, por el que se regula la estructura y funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (dictamen núm. 513/2016).
- Proyecto de Orden por la que se modifica el Anexo II del Real Decreto 1.381/2002, de 20 de diciembre, sobre instalaciones portuarias de recepción de desechos generados por los buques y residuos de carga (dictamen núm. 514/2016).
- Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de la Organización Europea para la investigación astronómica en el Hemisferio Sur, hecho en París el 12 de julio de 1974 (dictamen núm. 518/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1.561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en materia de trabajo nocturno (dictamen núm. 523/2016).
- Proyecto de Orden ministerial por el que se modifica el Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas (dictamen núm. 535/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio para el curso 2016-2017, y se modifica parcialmente el Real Decreto 1.721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas (dictamen núm. 559/2016).
- Proyecto de Real Decreto, por el que se modifican el Real Decreto 739/2015, de 31 de julio, sobre declaraciones obligatorias en el sector vitivinícola y el Real Decreto 740/2015, de 31 de julio, por el que se regula el potencial de producción vitícola y se modifica el Real Decreto 1.079/2014, de 19 de diciembre, para la aplicación de las medidas del programa de apoyo 2014-2018 al sector vitivinícola (dictamen núm. 563/2016).

– Anteproyecto de Ley de Crédito Extraordinario para sufragar las subvenciones a adjudicar a las formaciones políticas, por los gastos electorales causados por las Elecciones a la Asamblea de Extremadura, celebradas el 24 de mayo de 2015 (dictamen núm. 565/2016).

– Proyecto de Orden por la que se modifican el anexo I del Real Decreto 2.129/2008, de 26 de diciembre, por el que se establece el programa nacional de conservación, mejora y fomento de las razas ganaderas, el anexo del Real Decreto 558/2001, de 25 de mayo, por el que se regula el reconocimiento oficial de las organizaciones o asociaciones de criadores de perros de raza pura, y el anexo III del Real Decreto 841/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las condiciones básicas de recogida, almacenamiento, distribución y comercialización de material genético de las especies bovina, ovina, caprina y porcina y de los équidos (dictamen núm. 566/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se regula el acceso a infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, la coordinación de obras civiles y la publicación de información sobre concesión de permisos (dictamen núm. 567/2016).

– Memorando de Entendimiento sobre apoyo logístico en la fase de vida útil (ISS) y actividades de cooperación relativas a los sistemas basados en el Leopard 1 y Leopard 2, hecho el 1 de agosto de 2012 (dictamen núm. 571/2016).

– Proyecto de Real Decreto sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos (dictamen núm. 574/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario Militar (dictamen núm. 587/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España (dictamen núm. 602/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se modifican el Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano, el Real Decreto 1.798/2010, de 30 de diciembre, por el que se regula la explotación

y comercialización de aguas minerales naturales y aguas de manantial envasadas para consumo humano, y el Real Decreto 1.799/2010, de 30 de diciembre, por el que se regula el proceso de elaboración y comercialización de aguas preparadas envasadas para el consumo humano (dictamen núm. 604/2016).

– Proyecto de Decreto por el que se establece el baremo de méritos aplicable a los concursos para la provisión de puestos de trabajo por movilidad y a la fase de concurso en los procesos de promoción interna que se articulen dentro de los Cuerpos de Policía Local de Cantabria (dictamen núm. 605/2016).

– Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden HAP/1724/2015, de 31 de julio, por la que se regula la elaboración de la Cuenta General del Estado (dictamen núm. 606/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 102/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la ordenación de las enseñanzas acogidas al acuerdo entre el Gobierno de España y el Gobierno de Francia relativo a la doble titulación de Bachiller y de Baccalauréat (dictamen núm. 607/2016).

– Retirada de las Reservas de España a los artículos I y III del Convenio sobre los derechos políticos de la mujer, hecho en Nueva York el 31 de marzo de 1953 (dictamen núm. 608/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se regulan las evaluaciones finales de Educación Secundaria Obligatoria y de Bachillerato (dictamen núm. 627/2016).

– Proyecto de Orden por la que se establece un plan de gestión para los buques de los censos del caladero nacional del Golfo de Cádiz (dictamen núm. 636/2016).

– Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 9/2015, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (dictamen núm. 640/2016).

– Recurso de inconstitucionalidad en relación con determinados preceptos del Decreto-Ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda (dictamen núm. 641/2016).

- Proyecto de Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre advertencias relativas a instrumentos financieros (dictamen núm. 664/2016).
- Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de Galicia 13/2015, de medidas fiscales y administrativas (dictamen núm. 679/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1.514/2007, de 16 de noviembre, el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por el Real Decreto 1.515/2007, de 16 de noviembre, las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas aprobadas por el Real Decreto 1.159/2010, de 17 de septiembre, y las Normas de Adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos aprobadas por el Real Decreto 1.491/2011, de 24 de octubre (dictamen núm. 690/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regulan los requisitos que deben cumplir los equipos marinos destinados a ser embarcados en los buques (dictamen núm. 694/2016).
- Proyecto de Orden por la que se fijan para el ejercicio 2016, las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón (dictamen núm. 696/2016).
- Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden ESS/2489/2013, de 19 de diciembre, por la que se establecen los precios públicos de determinados servicios prestados por el Instituto Social de la Marina (dictamen núm. 697/2016).
- Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las Infraestructuras y los Servicios de Información Geográfica en España (dictamen núm. 700/2016).
- Proyecto de Real Decreto sobre anotación y cancelación de notas desfavorables en la documentación del personal de la Guardia Civil (dictamen núm. 702/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula el reconocimiento de las organizaciones de productores y sus asociaciones en el sector cunícola (dictamen núm. 703/2016).

- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 628/2014, de 18 de julio, por el que se regulan las peculiaridades del régimen de autorizaciones para conducir vehículos pertenecientes a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil (dictamen núm. 704/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento del control de precursores de drogas (dictamen núm. 705/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se prorroga la situación de sequía declarada para el ámbito territorial de la Confederación Hidrográfica del Júcar, por el Real Decreto 355/2015, de 8 de mayo, y para el ámbito territorial de la Confederación Hidrográfica del Segura por el Real Decreto 356/2015, de 8 de mayo (dictamen núm. 715/2016).
- Proyecto de Orden ministerial por la que se actualizan los anexos del Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso, aprobado por el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto (dictamen núm. 717/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban las normas generales de calidad para las caseínas y caseinatos alimentarios (dictamen núm. 718/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Colegio Oficial de Ingenieros de Montes (COIM) (dictamen núm. 719/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (dictamen núm. 742/2016).
- Consulta del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 6 de septiembre de 2016 sobre la obligación del Gobierno en funciones de remitir a esta Administración la información exigida por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (dictamen núm. 759/2016).
- Proyecto de Orden por la que se modifican los anexos I, II, IV y VI del Real Decreto 865/2010, de 2 de julio, sobre sustratos de cultivo (dictamen núm. 770/2016).
- Proyecto de Real Decreto sobre anotación y cancelación de notas desfavorables en la documentación militar personal (dictamen núm. 773/2016).

- Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre, por la que se determinan las condiciones para la obtención de los títulos habilitantes que permiten el ejercicio de las funciones del personal ferroviario relacionadas con la seguridad en la circulación, así como el régimen de los centros homologados de formación y de los de reconocimiento médico de dicho personal (dictamen núm. 774/2016).
- Proyecto de Orden por la que se modifica el anexo I del Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo (dictamen núm. 784/2016).
- Proyecto de Real Decreto, por el que se desarrolla la Ley 6/2015, de 12 de mayo, de Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supraautonómico (dictamen núm. 790/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Convenio entre la Administración General del Estado, la Agencia Gallega de Infraestructuras, la Fundación Cidade da Cultura de Galicia y Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A., Unipersonal para la construcción de un nuevo enlace en la autopista AP-9 de acceso a Santiago de Compostela y al complejo de la Ciudad de la Cultura (dictamen núm. 791/2016).
- Anteproyecto de Ley sobre precursores de explosivos (dictamen núm. 796/2016).
- Proyecto de Orden por la que se regulan determinados aspectos relacionados con el Impuesto sobre el Valor de la Extracción de Gas, Petróleo y Condensados y con los perímetros de referencia para la determinación de los pagos a propietarios de terrenos suprayacentes a concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos (dictamen núm. 797/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establece la norma de calidad de las aceitunas de mesa (dictamen núm. 798/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Plan Estadístico Nacional 2017-2020 (dictamen núm. 799/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 1.726/2007, de 21 de diciembre (dictamen núm. 818/2016).

- Proyecto de Orden por la que se modifica el apéndice C del anexo II del Real Decreto 1.205/2011, de 26 de agosto, sobre la seguridad de los juguetes (dictamen núm. 827/2016).
- Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 12/2007, de 25 de enero, por el que se regula el Registro de Industrias Agroalimentarias, Forestales y Pesqueras de la Comunidad Autónoma de Cantabria (dictamen núm. 837/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico (dictamen núm. 838/2016).
- Proyecto de Orden HAP//2016, por la que se aprueban las normas contables del Fondo para la Liquidación de Activos y Pasivos previsto en el artículo 13.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (dictamen núm. 843/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establece la metodología para el cálculo de los costes de comercialización de las comercializadoras de referencia, a incluir en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor de energía eléctrica (dictamen núm. 844/2016).
- Proyecto de Orden por la que se regulan los procedimientos de determinación de las emisiones de los contaminantes atmosféricos SO₂, NO_x, partículas y CO procedentes de las grandes instalaciones de combustión, el control de los aparatos de medida y el tratamiento y remisión de la información relativa a dichas emisiones (dictamen núm. 845/2016).
- Proyecto de Real Decreto /2016, para la aplicación de las medidas del programa de apoyo 2014-2018 al sector vitivinícola (dictamen núm. 856/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las condiciones para el desarrollo de la actividad de pesca-turismo (dictamen núm. 859/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la norma de calidad de la sidra (dictamen núm. 863/2016).
- Consulta formulada por el Banco de España sobre el régimen de suplencia de los consejeros natos del Consejo de Gobierno del

Banco de España y del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (dictamen núm. 867/2016).

– Recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 42 y 46 y la disposición Transitoria 9ª de la Ley de la Comunidad Valenciana 6/2016, de 15 de julio, de la Generalitat, del Servicio Público de Radiodifusión y Televisión de Ámbito Autonómico, de Titularidad de la Generalitat (dictamen núm. 873/2016).

– Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 49 de la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (dictamen núm. 874/2016).

– Proyecto de Orden por la que se aprueban las normas contables relativas al Fondo para la Liquidación de Activos y Pasivos previsto en el artículo 94.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y al registro de las operaciones de tales fondos en los Organismos Públicos de adscripción (dictamen núm. 877/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se regula el sistema de identificación y registro de los animales de la especie equina (dictamen núm. 885/2016).

– Proyecto de Orden por la que se transforma la concesión demanial para el establecimiento y explotación de redes públicas fijas de acceso radio en la banda de 3,4 a 3,6 GHz, de la que es titular NEO-SKY 2002, S.A. y se modifican determinados compromisos anejos a la misma (dictamen núm. 886/2016).

– Proyecto de Orden por la que se modifica el anexo II del Real Decreto 1.383/2002, de 20 de diciembre, sobre gestión de vehículos al final de su vida útil (dictamen núm. 888/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1.549/2009, de 9 de octubre, sobre ordenación del sector pesquero y adaptación al Fondo Europeo de la Pesca (dictamen núm. 889/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1.133/2010, de 10 de septiembre, por el que se regula la provisión del servicio de información de vuelo de aeródromos (AFIS) (dictamen núm. 892/2016).

- Proyecto de Orden por la que se modifica el Plan General de Contabilidad Pública, aprobado por Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril (dictamen núm. 893/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 929/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el reglamento técnico de control y certificación de plantas de vivero de frutales, en materia de requisitos específicos para los géneros y las especies de plantones de frutal destinados a la producción frutícola, requisitos específicos que deben cumplir los proveedores, inspecciones oficiales y requisitos de etiquetado, precintado y embalaje (dictamen núm. 894/2016).
- Proyecto de Orden ministerial por la que se determinan los gastos subvencionables por el Fondo Social Europeo durante el período de programación 2014-2020 (dictamen núm. 896/2016).
- Proyecto de Orden ministerial sobre organización y funciones, régimen interior y programación de los centros docentes militares (dictamen núm. 900/2016).
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento general del Registro de variedades comerciales (dictamen núm. 906/2016).
- Consulta del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 6 de septiembre de 2016 sobre la obligación del Gobierno en funciones de remitir a esta Administración la información exigida por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (dictamen núm. 908/2016).
- Anteproyecto de Ley del Plan de Estadística de Extremadura 2017-2020 (dictamen núm. 961/2016).
- Proyecto de Orden ministerial por la que se aprueba el modelo 231 de declaración de información país por país (dictamen núm. 964/2016).
- Convenio entre el Reino de España y el Principado de Andorra sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia y seguridad (dictamen núm. 976/2016).
- Convenio entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania sobre cooperación en materia de seguridad (dictamen núm. 978/2016).

– Proyecto de Real Decreto por el que se modifican diversos Reales Decretos dictados para la aplicación en España de la política agrícola común (dictamen núm. 1.045/2016).

– Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 83 de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias (dictamen núm. 1.046/2016).

– Proyecto de Orden ministerial por la que se aprueban las normas sobre los gastos subvencionables de los programas operativos del fondo europeo de desarrollo regional, para el período 2014-2020 (dictamen núm. 1.088/2016).

– Proyecto de Real Decreto sobre revalorización y complementos de pensiones de clases pasivas, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la seguridad social y otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2017 (dictamen núm. 1.119/2016).

3. Decisiones recaídas en asuntos dictaminados

Durante el año 2016 el Consejo de Estado ha tenido conocimiento de 760 resoluciones recaídas en asuntos que le fueron consultados, bien porque se publicaron en el Boletín Oficial del Estado, bien porque fueron comunicadas a la Secretaría General a tenor de lo dispuesto en el artículo 7.4 del Reglamento Orgánico de este Consejo.

Dichas resoluciones fueron adoptadas:

- | | |
|---------------------------------------------|-----|
| – De acuerdo con el Consejo de Estado | 756 |
| – Oído el Consejo de Estado | 4 |

Los asuntos en los que recayó un «oído» fueron los siguientes:

– Proyecto de Decreto-ley de medidas extraordinarias contra la exclusión social (núm. 65/2016).

– Recurso extraordinario de revisión interpuesto frente a la resolución de la Consejera de Economía, Hacienda y Empleo de Cantabria de 22 de junio de 2015 (núm. 71/2016).

- Resolución del contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto básico y de ejecución, así como para la financiación total, construcción, equipamiento, explotación, conservación y mantenimiento de una residencia de la tercera edad en Meruelo (núm. 114/2016/1.101/2015).
- Reclamación de indemnización de daños y perjuicios (núm. 205/2016).

4. Reuniones

Los diferentes órganos del Consejo han celebrado las siguientes reuniones:

Pleno	9
Comisión Permanente	43
Comisión de Estudios	0
Sección Primera	45
Sección Segunda	43
Sección Tercera	34
Sección Cuarta	50
Sección Quinta	46
Sección Sexta	31
Sección Séptima	35
Sección Octava	46
Turno de guardia	0

5. Ponencias especiales

Revisión de oficio de los acuerdos de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Colindres, de fechas 18 de abril de 2008 y 14 de abril de 2010, sobre el pago del justiprecio y los intereses derivados de la expropiación de la Finca Villa Luz (núm. 441/2016).

6. Votos particulares

En la Comisión Permanente se emitieron 18 votos particulares y un voto particular en el Pleno, en relación con los siguientes asuntos:

- Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (núm. 1.109/2015) (11).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (núm. 1.123/2015).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado (núm. 1.296/2015/849/2015).
- Reclamación de indemnización de daños y perjuicios (núm. 1.336/2015).
- Moción sobre acumulación y liquidación de condenas (Moción 1/2016-Ponencia Especial).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia (núm. 21/2016).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia (núm. 220/2016).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado (núm. 221/2016).
- Recurso extraordinario de revisión (núm. 322/2016).
- Proyecto de Orden Ministerial por la que se desarrollan las normas de Uniformidad de las Fuerzas Armadas (núm. 324/2016).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (núm. 360/2016).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de un hijo (núm. 421/2016).
- Solicitud de cambio de apellidos (núm. 496/2016).
- Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado (núm. 497/2016).

(11) Voto particular a un dictamen de Pleno.

– Reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (núm. 603/2016).

– Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado (núm. 686/2016/454/2015).

– Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Convenio entre la Administración General del Estado, la Agencia Gallega de Infraestructuras, la Fundación Cidade da Cultura de Galicia y Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, Sociedad Anónima, Unipersonal para la construcción de un nuevo enlace en la autopista AP-9 de acceso a Santiago de Compostela y al complejo de la Ciudad de la Cultura (núm. 791/2016).

– Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado (núm. 853/2016).

7. Mociones

Acumulación y liquidación de condenas (Moción aprobada en Comisión Permanente de 17 de noviembre de 2016) y creación de Ponencia Especial el 2 de octubre de 2014.

III. PERSONAL

1. Ex Presidentes

El 23 de enero de 2016 falleció el Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente, que fue Presidente del Consejo de Estado desde el 19 de abril de 2004 al 23 de marzo de 2012.

El Presidente del Consejo de Estado, en la Comisión Permanente de 28 de enero, pronunció las siguientes palabras:

«Quiero hacer llegar a su familia en mi nombre, en el de la Comisión Permanente y en el de todo el Consejo de Estado nuestro más sentido pésame.

Deseo que esta mención sirva de reconocimiento a toda la larga y fructífera trayectoria de Francisco Rubio como docente, maestro del Derecho y servidor público.

Hizo de la docencia su vocación y del servicio público su profesión. Fue un creador del Derecho que también creó una escuela de insignes constitucionalistas y defendió siempre un sistema de derechos y libertades como base irrenunciable de la convivencia».

El día 28 de abril se celebró una Sesión Necrológica del Pleno del Consejo de Estado en memoria de don Francisco Rubio Llorente.

El Sr. Presidente pronunció las siguientes palabras:

«Celebramos hoy sesión del Pleno del Consejo de Estado en memoria de quien fue su Presidente, Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente desde el 19 de abril de 2004 al 23 de marzo de 2012.

Antes de dar la palabra al Consejero Permanente, Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, permítanme que dedique unas palabras a mi antecesor en esta presidencia, palabras de sentido homenaje y recuerdo.

Francisco Rubio Llorente fue esencialmente un profesor y un maestro. Un profesor que presidió durante más de 20 años, todas las tardes de los viernes, el seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y un maestro que creó una de las escuelas más importantes del Derecho Público español. Fue también un intelectual de sólida formación, con gran capacidad de análisis riguroso e inagotable curiosidad, marcado todo ello por su acusada personalidad, una personalidad nada convencional.

Era muy amigo de sus amigos y de sus tertulias donde destacaba como gran conversador, brillante, entretenido e ingenioso.

Durante su presidencia del Consejo de Estado abordó la reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado y su Reglamento, creándose un nuevo órgano, La Comisión de Estudios, que realizó importantes trabajos destacando sobre todos ellos el Informe de la Reforma Constitucional del año 2006, informe del que el Presidente Rubio Llorente fue, sin duda, su principal impulsor.

Termino ya. Francisco Rubio Llorente era por encima de todo, un servidor público, un servidor del Estado Social y Democrático de Derecho, y un servidor de España.

Permitidme, también, destacar su gran respeto y admiración por los artífices de la Transición Española —algunos de los cuales se hayan hoy sentados entre nosotros—, sentía un gran respeto y admiración por ellos consciente de las dificultades que se encontraron y de las dificultades que salvaron.

Tiene la palabra el Consejero Permanente, Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón».

El Consejero Permanente Sr. Herrero y Rodríguez de Miñón pronunció las siguientes palabras:

«Cuando a iniciativa de nuestro Presidente, asumí la honrosa tarea de hacer el elogio fúnebre del Doctor Francisco Rubio Llorente, presidente emérito del Consejo de Estado, comprendí lo que Agustín de Hipona dice de “los anchos caminos de la memoria, donde están los tesoros de innumerables imágenes de todas clases ... presencia del pasado, del presente y del futuro”. Caudalosa memoria que, para ser del todo fecunda, debe comprender lo que el propio Agustín denomina “la memoria del olvido”.

Por una parte, cuando durante muchos años se ha tratado, si no íntima sí intensamente con una persona, desde y en posiciones y actitudes diversas, su muerte se siente como mutilación de la propia vida y eso da lugar, en mi relación con el difunto cuya memoria homenajeamos, según el propio Presidente Rubio dijo en mi recepción como Consejero Permanente de este Consejo “a una compleja amistad”. Eran muchas las relaciones y preocupaciones comunes, las charlas, las colaboraciones, las comidas de Navidad, las recíprocas críticas, las múltiples coincidencias, algún que otro viaje... La amistad surgió de inmediato y fueron muchas las ocasiones de cultivarla y aún de ponerla prueba.

De otro lado, el honor que se me hace al encargarme de este triste homenaje me fuerza a no olvidar que lo importante no son mis recuerdos y sentimientos, sino la posición institucio-

nal que durante ocho años ocupó Rubio Llorente en esta Casa y que, como corresponde a una institución secular, no desaparece con el cese en la presidencia ni siquiera con la muerte de quien la presidió, sino que se integra en su historia, concebida ésta no mera sucesión de hechos y desfile de personas, sino acumulación vital, capaz de no olvidar sino de sublimar.

Una y otra dimensión, aun distintas se entrecruzan. Rubio no llega por azar a la presidencia del Consejo, sino como lógica consecuencia de una trayectoria vital que en varias ocasiones coincide con la mía y de la que puedo dar directo testimonio. Permítanme que dedique unas palabras a uno y otro aspecto.

Conocí a Rubio en 1973. Se trataba de un hombre todavía joven, atlético y jovial, docto y con notable sentido del humor, no carente de la acidez que cultivó a lo largo de su vida. De todo ello hizo gala en unas famosas oposiciones a Agregaduría de Derecho Constitucional, entonces llamado político, después convertida en cátedra que ejerció hasta su jubilación el año 2000. Allí no solo venció sino que convenció.

¿De dónde procedía su formación intelectual? A mi juicio de tres ilustres maestros. Javier Conde —estudie Vd. historia de las ideas y aprenda alemán, me contó Rubio que le había aconsejado nada más conocerle, orientar sus estudios postdoctorales en París y Colonia y ofrecerle su cátedra para cumplir el cursus canónico, desde ayudante hasta encargado de la misma—. García Pelayo con el que colaboró largos años en la Universidad Central de Venezuela, hasta ser titular en la misma y por el que siempre mantuvo una fidelidad sin fisuras. Y nuestro compañero, García de Enterría, modelo de jurista positivo. La especial atención a la jurisprudencia norteamericana vino más tarde.

La breve nota introductoria de Rubio a la versión española del Derecho Político de Stein, aparecida en 1973 fue calificada por Enterría, con amical hipérbole, como la inauguración en nuestro país del estudio del derecho político como derecho, nada menos y nada más que derecho.

La juridización de la Teoría Estado y del Estado concreto, que en España no fue posible hasta que hubo constitución y pudo, con razón, llamarse derecho constitucional, es un avance

capital en la disciplina, ya reclamado por Jellinek en su doctrina de la doble faz, sociológica y jurídica del Estado, pero no puede convertir el derecho constitucional ni en exégesis de la jurisprudencia ni, a fuer de formalismo, en derecho procesal, algo, sin duda, ajeno al pensamiento del propio Rubio.

Pero el triunfante opositor de 1973, a más de su currículo académico, conocía bien la alta administración. Era, miembro por oposición, desde 1957, de lo que hoy es cuerpo Técnico de Administración Civil del Estado, desde donde colaboró estrechamente, entre otros, con nuestro compañero y entonces Ministro de Educación, José Luis Villar Palasí y con el actual Consejero nato Don Juan Velarde, por aquellos días alto cargo de aquel ministerio. Había opositado con igual éxito en 1973 al cuerpo de Letrados de las Cortes, tras haber sopesado el hacerlo al de letrados de esta Casa, tan estimada por quien después fue nuestro Presidente que, con ocasión de su toma de posesión como Consejero Nato en cuanto Director del Centro de Estudios Constitucionales, la calificó de “meta en la que apenas se atrevió a soñar”.

A todo ello sumó en estos años a algunos estudios descriptivos de las jurisdicciones constitucionales alemana e italiana, relevantes traducciones de autores tan distintos como Weber, Mooney, Ritter y sobre todo, los escritos del joven Marx.

El inicio de la transición lo proyectó en 1977 a la Secretaría General de las Cortes, puesto que desempeño durante toda la legislatura constituyente. Los ponentes redactores del proyecto de constitución contamos con su asistencia, junto con la de los letrados Garrido Falla y Serrano Alberca, salvo los largos meses en que una inoportuna dolencia la apartó de nuestros trabajos. La sintonía, amistad y confianza personal dio sus frutos y en mis Memorias de Estío (Barcelona, 1993) he dejado testimonio de alguna que otra conspiración que tal vez excedieran su imparcialidad profesional y mi disciplina de partido, pero tales son los costes inevitables de la vocación de Estado.

Al iniciarse la primera legislatura ordinaria en 1979, Rubio, tras un paso fugaz por la dirección del Centro de Estudios Constitucionales, fue nombrado magistrado del recién creado Tribunal

Constitucional, cargo que desempeñaría hasta 1993. Fue allí donde desarrolló su gran capacidad dialéctica y dio abundantes muestras de su sentido crítico. Baste recordar que, según el catálogo de La obra judicial de Francisco Rubio Llorente, elaborado por el Pfr. Bastida de la Universidad de Oviedo (Servicio de publicaciones, 1994), fue ponente de 160 sentencias y formuló 47 votos particulares. Al hilo de su importante contribución a la doctrina jurisdiccional *in statu nascendi*, publicó numerosos trabajos, los más importantes de los cuales están recogidos en los tres tomos de su obra de cabecera La Forma del Poder (Madrid CEPyC, 1993-2012).

También de este periodo guardo buenos recuerdos. Desde mi personal intervención en el Congreso en torno a la disposición transitoria tercera de la LOTC que frustró el inicial proyecto de la mayoría de sustituir a los magistrados designados en 1979, Rubio entre ellos, algo que todos hubiéramos lamentado, hasta nuestros y digo nuestros, inútiles intentos de evitar el abuso por la entonces oposición del recurso previo de inconstitucionalidad, que llevó a su supresión en 1985.

Rubio nunca tuvo poder, no fue gobernante ni legislador; pero fue poderoso porque, como dice Schmitt es poderosos quien puede hablar ante el poderoso y Rubio fue asesor jurídico-político de múltiple poderosos. De Ministros y procuradores de las Cortes Orgánicas, de las nuevas Cortes democráticas, después, de la más solvente izquierda democrática española, de un gran rotativo que marco en muchos aspectos la pauta de la transición, de cierta opinión pública a través de su labor periodística, esa que Ortega señalaba como indispensable propedéutica de la culturalización de nuestro país. Todo ello, siempre en el horizonte del Estado.

Por eso, era lógico que ultimara su carrera, desde el 2004 al 2012, años difíciles la mayor parte de ellos, y sabemos por experiencia que el rigor en la dificultad aumenta la propia dificultad, que ultimara su carrera digo como Presidente de este Consejo, el supremo asesor del Estado. El que no tiene potestas, pero si auctoritas y se ajusta a la bella definición de estos conceptos por el gran romanista que fue Alvaro D'Ors: pide dictamen el que puede; lo da el que sabe.

Ahora, para terminar es preciso dejar atrás la nostalgia y señalar la posición institucional de Rubio en una institución, señera como es ésta. Una institución que porque supera a todos sus miembros es capaz de integrar las más diversas capacidades, trayectorias y talentos de sus presidentes, consejeros y letrados. Todos ellos, en sus respectivas tareas, dejan su huella en la institución y en mayor o menor medida son, incluso en el caso de Rubio, transformados por ella. Rubio impulsó la creación de la nueva Sección de Estudios y en ella dirigió sus trabajos de todos conocidos, tuvo la curiosidad intelectual y la capacidad técnica suficiente para intervenir asiduamente en los debates de la Comisión Permanente como un Consejero más y la prudencia necesaria para no tratar de imponer una solución que no fuera compartida por la mayoría de los Consejeros.

El cuadro que una joven artista hizo de Rubio y que enriquece la galería de Presidentes de esta Casa, a mi juicio, es fiel a la imagen presidencial de Rubio Llorente. Pero no soy crítico de arte y mi juicio estético sobre la obra nada vale. Lo importante es que el cuadro colocado, para utilizar la expresión de Göthe, “al final de tan ilustre fila”, una fila que confiamos continúe ininterrumpida, deja testimonio plástico del orgullo que Rubio sentía de presidir el Consejo y como el Consejo quiere asumir y honrar su memoria.»

Finalizada la intervención del Sr. Herrero y Rodríguez de Miñón, el Presidente del Consejo de Estado hizo entrega de la medalla de Presidente a la hija de D. Francisco Rubio Llorente.

2. Consejeros Natos

2.1 Ceses

El 14 de enero cesa D. Carlos Carnicer Díez como Presidente del Consejo General de la Abogacía.

Por Real Decreto 419/2016, de 4 de noviembre (B.O.E. n.º 286, de 26 de noviembre), se dispone el cese de doña Consuelo Madrigal Martínez-Pereda como Fiscal General del Estado.

Por Real Decreto 547/2016, de 25 de noviembre (B.O.E. n.º 286, de 26 de noviembre), se dispone el cese de doña Marta Silva de Lapuerta como Abogada General del Estado-Directora del Servicio Jurídico del Estado.

2.2 Nombramientos y tomas de posesión

El 14 de enero es nombrada doña Victoria Ortega Benito como Presidenta del Consejo General de la Abogacía.

El día 25 de febrero de 2016 se reúne en sesión solemne el Pleno del Consejo de Estado para celebrar la toma de posesión como Consejera Nata de la Excm. Sra. D.^a Victoria Ortega Benito, apadrinada por los Consejeros don Fernando Ledesma Bartret y doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz.

El Presidente del Consejo, don José Manuel Romay da la bienvenida a la nueva Consejera con las siguientes palabras:

«Señoras y Señores Consejeros, Señoras y Señores Letrados, Señoras y Señores:

Es un honor y un placer para mí dar la bienvenida al Consejo de Estado a una nueva Consejera Nata, Dña. Victoria Ortega Benito, Presidenta del Consejo General de la Abogacía.

En primer lugar es inexcusable despedir al Consejero saliente D. Carlos Carnicer Díez y agradecerle su contribución a los trabajos de esta Casa y también su afabilidad y bonhomía con todos los que le hemos tratado. Le deseamos a este ilustre aragonés los máximos éxitos en el futuro de su carrera profesional.

Dña. Victoria Ortega Benito –palentina de nacimiento– cursó la licenciatura de Derecho en la Universidad de Valladolid, en los años 1975-1980, donde se doctoró en 1989. Ejerce la profesión de abogada desde 1981.

Ha sido Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria entre 2000 y 2008 y Vicepresidenta del Consejo General de la Abogacía Española entre 2002 y 2008. Fue además una de los doce consejeros electivos del CGAE, elegida por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española en febre-

ro de 2009. Fue Secretaria General del Consejo General de la Abogacía Española desde febrero de 2011, fecha en la que fue nombrada por el Presidente del CGAE, Carlos Carnicer. En la reunión del Pleno del Consejo de 14 de enero de 2016, tras el proceso electoral, fue elegida Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española, tomando posesión de su cargo en la reunión del Pleno de 28 de enero de 2016.

En cuanto a su actividad académica, Victoria Ortega Benito es profesora titular de Derecho Procesal en la Universidad de Cantabria desde el año 1992 y ha realizado diversas publicaciones y textos monográficos sobre Derecho Procesal y Administrativo. Está en posesión del máximo reconocimiento que concede la Abogacía Española, la Gran Cruz al Mérito en el Servicio a la Abogacía, que recibió en octubre de 2009, así como el máximo galardón que otorga el Ministerio de Justicia, la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort, que le fue concedida en junio de 2009.

La nueva Consejera Nata ha tenido así una triple proyección: como jurista, ejerciendo en su despacho su profesión de abogada; como docente, siendo profesora universitaria de Derecho Procesal y en tercer lugar, su compromiso al servicio de los órganos colegiados de la Abogacía Española.

Me gustaría destacar el hecho de que tres Consejeros Natos –que representan a las profesiones jurídicas– son mujeres y ello creo que es uno de los muchos frutos que esta España de la Transición nos ha dado a España y a los españoles.

Son las tres un magnífico ejemplo del papel que desempeñan hoy las mujeres en todos los ámbitos de la vida y la sociedad española. Como dije en la toma de posesión de otra ilustre Consejera: “Sirvan como ejemplo los grandes cuerpos de la Administración Pública donde la presencia femenina no es que sea mayoritaria, sino que es abrumadora. Las españolas están hollando todos los Himalayas sin más cordada que su talento, pasando de bucólico arroyo a torrencial Mississippi, cuyo caudal no hace sino aumentar; torrencial Mississippi cuyas aguas cubrirán, también, este Palacio de los Consejos. Las mujeres españolas han pasado de ser la excepción a ser la regla”.

Permítanme por ello un humilde elogio de la Transición Española hoy tan vituperada, hoy tan injustamente menospreciada.

A partir de 1975 este Reino de España, de la mano de su Rey, escribió una de las páginas más hermosas de su historia. Tras siglos de invierno de la desesperación llegó, al fin, la primavera de la esperanza. La Transición fueron Los mejores años de nuestra vida. España se encontró a sí misma y encontró su lugar en el mundo. La España de muros desmoronados de Quevedo, cuya historia, según Ortega, era la historia de una decadencia, dio una lección inesperada e inolvidable al mundo, una lección de sabiduría, tolerancia y grandeza.

Fuimos convocados, como quería Ortega, a un proyecto sugestivo de vida en común.

España superó su cainismo irrefrenable, enterró las páginas más amargas y los abismos más profundos de su historia. Hicimos nuestro el sueño de Martin Luther King: nos sentamos juntos a la mesa de la hermandad. Felizmente superamos los versos que hielan el corazón e hicimos feliz a Antonio Machado. Alcanzamos las libertades, “La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos”.

Miramos al futuro y eso permitió que desterrásemos la España oscura, aldeana y mezquina; angosta y terrible. La desterramos y confinamos para siempre, como dicen los bellísimos versos de Luis Cernuda:

Allá, allá lejos

Donde habite el olvido.

Pues bien, estos años de la Transición han sido un inmenso éxito colectivo, un inmenso triunfo de España y los españoles, le pese a quien le pese. La estabilidad institucional que nos proporcionó la Constitución de 1978 permitió un enorme desarrollo económico, y propició también que el bienestar de los españoles alcanzase cotas insospechadas. Es la España de la Transición un claro ejemplo de la importancia de las instituciones y la política para el desarrollo económico.

Hoy algunos, al socaire de la durísima crisis económica que todavía padecemos y de casos de corrupción que nos avergüenzan a todos pero que no son de todos, atacan el gran edificio de la Transición, una de las obras más deslumbrantes de la arquitectura política del Siglo XX y certifican, también, la muerte de la Constitución de 1978.

En esta hora en que en España se duda de tantas cosas yo quiero reivindicar la Transición y la Constitución de 1978. Esto no es óbice para que la Reforma Constitucional de la que tanto se habla se pueda llevar a cabo. Pero una Reforma Constitucional exige unos requisitos, exige unos presupuestos, no se puede hacer de cualquier forma.

Exige que nos pongamos de acuerdo en qué es lo que queremos reformar y para qué; que nos pongamos de acuerdo en el cuándo y sobre todo, que nos pongamos de acuerdo una mayoría lo más amplia posible, que hagamos nuestras las palabras de Ortega: “Quien desee que España entre en un periodo de consolación, quien en serio ambicione la victoria, deberá contar con los demás, aunar fuerzas y, como Renan decía, ‘excluir toda exclusión’”.

El Informe del Consejo de Estado del 2006 sobre la Reforma Constitucional creo que es –y no me ciega el orgullo corporativista– un magnífico punto de salida y de encuentro para iniciar el tránsito por los senderos de la Reforma Constitucional.

El fallecimiento hace unos días de Harper Lee, la inolvidable autora de *Matar a un Ruiseñor*, trajo a mi memoria el discurso de ingreso del ilustre abogado Luis Martí Mingarro en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, recogido posteriormente en un libro que tuve el placer de leer.

El libro se titula *El Abogado en la Historia. Un defensor de la Razón y de la Civilización* y en él el ex decano del Colegio de Abogados de Madrid realiza un análisis –a través de algunos de los procesos judiciales más famosos de la historia– de la influencia de los abogados en la conquista del Estado de Derecho y en la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Me referiré solo a algunos de ellos, algunos que han sido recogidos también por la literatura y que fundamentan el orgullo de la profesión que representa la nueva Consejera.

El libro empieza en la Grecia clásica donde nace esta vieja profesión y nos habla del juicio a Sócrates, del que se deduce que nadie es buen abogado de sí mismo. De Grecia pasa a Roma donde la abogacía se consolida y toma forma como profesión y como servicio a la colectividad. Como decía Menéndez Pelayo: “Roma no ha escrito más poema que el poema jurídico, ni ha inventado más filosofía que la razón escrita de sus leyes”.

La oscuridad del Medievo también la siente la abogacía y aquí se recogen dos procesos antitéticos: el proceso de Juana de Arco y el Compromiso de Caspe. El juicio de la santa francesa es una farsa trágica, donde no hay abogado defensor, ni se llama a un solo testigo a su favor, los jueces son todos del partido contrario a la “doncella de Orleans” y, para más inri, hasta el final del proceso no se le hace una acusación formal.

En cambio en el Compromiso de Caspe brilla el Derecho y para solucionar la disputa dinástica al trono del Reino de Aragón son designados nueve compromisarios –de los tres territorios que conforman el reino– que estudian el problema jurídico que se plantea y terminan instaurando en el trono aragonés al Infante Fernando de Antequera de la castellana Casa de Trastámara por ser aquél en el que aprecian mejor derecho.

Ya en la Edad Moderna nos encontramos con el proceso de Tomás Moro que comete la osadía y la utopía en aquella época de mantener sus convicciones profundas por encima de los deseos e intereses del Rey. Tomás Moro pierde el proceso y la vida, que se configura sin duda como uno de los grandes procesos contra la libertad de conciencia.

A esta época corresponden los grandes procesos de la España de Felipe II, la España imperial. El de los Condes flamencos de Egmont y de Hoorn; el de Antonio Pérez o el del Arzobispo Carranza. En este último, en que se enfrentaban los intereses del Rey y la Inquisición Española con los del Papado, el arzobispo no obtuvo una sentencia de “compromiso”, virtualmente absolutoria, con un fallo de condena simbólica hasta 18 años después de iniciado el proceso.

Otro proceso célebre es el de Jean Calas cuya defensa mediática asumió Voltaire y fue el origen de su *Tratado sobre la Tolerancia*, pero al lado del gran pensador francés hubo un abogado que asumió la defensa del hugonote acusado falsamente del asesinato de un hijo que se había suicidado. Este abogado de nombre Sudre abogó a favor de la imparcialidad de la ley y el respeto a los derechos del defendido en un ambiente muy hostil y aunque no logró evitar el suplicio y condena a muerte de este infeliz, sí que años más tarde se lograría la absoluta rehabilitación de Jean Calas sancionada por el propio Rey Luis XV.

Hablando de escritores el libro también recoge el problema que tenía Galdós con su editor por un contrato leonino y para ello buscó los servicios de don Antonio Maura. El ilustre abogado y político consiguió anular este contrato y garantizar el bienestar económico de Galdós. Éste le prometió su eterno reconocimiento, pero al poco tiempo se unió al coro de los del “Maura, no”.

Estos y otros muchos procesos que recoge el libro son una muestra de la importancia de la función que realizan los abogados. A lo largo de la historia la abogacía ha sido decisiva en la lucha de los hombres por alcanzar un mundo mejor, un mundo regido por el Derecho.

Luis Martí Mingarro cuenta en el libro que en el despacho de su padre le oyó decir a uno de los grandes nombres que el Consejo de Estado ha ofrecido a España –Jaime Guasp–: “El derecho es libertad”. Esta frase creo que es el mejor resumen de todo lo que hasta aquí hemos dicho. No puede haber justicia sin abogados, la historia de la abogacía es la historia del derecho de defensa. El recuerdo de Atticus Finch, el abogado sureño de *Matar a un Ruiseñor*, es la mejor prueba.

Termino ya. El libro termina con una cita que –como tantas otras– se atribuye a Voltaire: “Yo hubiera querido ser abogado, pues es la más bella profesión del mundo”. En mi humilde opinión Voltaire exageraba, porque entre otros se olvidó de los músicos y de los poetas.

Bienvenida al Consejo de Estado, Consejera Nata Dña. Victoria Ortega Benito, sé que es usted amante de la poesía

de Machado y esa es una magnífica elección para un abogado que siempre debe pararse a distinguir las voces de los ecos y que además debe aspirar a que el ejercicio del derecho contribuya a alcanzar una sociedad mejor. En este anhelo, también, recordamos los versos de Machado:

*Mi corazón espera
también, hacia la luz y hacia la vida,
otro milagro de la primavera*

Muchas gracias.»

El Presidente del Consejo de Estado, concluida su intervención, concede la palabra a la nueva Consejera, que a continuación dice:

«Excelentísimo Sr. Presidente del Consejo de Estado, Excelentísimas Consejeras y Consejeros del Pleno del Consejo de Estado, Excelentísimos e Ilustrísimos miembros del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, Excelentísimos e Ilustrísimos Decanas y Decanos de Colegios de Abogados, Excelentísimos Consejeros del Consejo General de la Abogacía Española, queridos amigos y amigas.

Quiero comenzar agradeciendo las palabras del Presidente don José Manuel Romay Beccaría, quien me ha distinguido con un elogio tal vez excesivo de mi persona y de mis méritos.

Y quiero dar las gracias a quienes me han apadrinado en esta toma de posesión, el Consejero Permanente don Fernando Ledesma y la Consejera Permanente doña M^a Teresa Fernández de la Vega, que me han honrado al aceptar mi propuesta de apadrinamiento.

Cuando en 1979, bajo la presidencia en el Congreso de los Diputados de otro Consejero y Letrado don Landelino Lavilla Alsina, comenzó a tramitarse el entonces Proyecto de Ley Orgánica del Consejo de Estado, se manifestaba en la parte positiva, en relación con los Consejeros del Pleno, que para la elección de “los ocho Consejeros Natos se ha seguido un criterio en que es determinante la formación jurídica y la categoría máxima en el correspondiente Cuerpo o profesión”.

De este modo, permítanme la deducción, se recogería también en la Ley Orgánica del Consejo de Estado el reconocimiento constitucional hacia la profesión de abogado, la única que cuenta con expresas menciones en nuestra Norma Fundamental y que es específicamente citada en otras leyes capitales de nuestra arquitectura institucional, como las del Tribunal Constitucional o el Poder Judicial.

Ese reconocimiento, tengo para mí, se sustenta en la esencialidad que la profesión de la abogacía ha tenido en la constitucionalización y el sostenimiento del Estado social y democrático de Derecho que proclama el artículo 1.1 de nuestra Constitución.

Sin duda, insignes representantes de mi querida profesión, protagonistas imprescindibles de nuestra historia democrática, fueron quienes ocuparon antes este sitio en el Pleno del Consejo de Estado. Ilustres y comprometidos abogados, como Pedro Rius, Gay y Carnicer, fueron defensores de los derechos y libertades de los ciudadanos, de la consagración constitucional de los Colegios profesionales, de la regulación del acceso a la profesión y de la igualdad de todos los abogados.

Para mí, seguir su senda es un honor.

Un honor por ser la persona que los Decanos de los Colegios de Abogados han elegido para presidirles y representarles, a ellos y a todos nuestros compañeros.

Un honor por poder ser quien traiga a este Pleno la experiencia y la visión del Derecho de la Abogacía; una profesión conocedora de los problemas que derivan de la legislación tan abundante y compleja que cada vez resulta más difícil de conocer y aplicar.

Un honor, en fin, por incorporarme como jurista al Consejo de Estado, institución de raíces históricas profundas y de constante, depurada y consolidada doctrina, debida en gran medida al prestigioso Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, columna vertebral de la Institución.

Es cierto, como dijera el Presidente del Consejo de Estado don Antonio Jiménez Blanco en el acto de toma de posesión de

don Antonio Pedrol como Consejero nato de Estado, que era la primera vez que un abogado se sentaba en tal condición en el Pleno del supremo órgano consultivo del Gobierno en sus cientos de años de historia.

Pero no es menos cierto que las relaciones entre la abogacía y su organización corporativa y el Consejo de Estado son muchas, antiguas y fecundas.

Cabe recordar, así, que Manuel Silvela fue Decano del Colegio de Madrid y Consejero de Estado y que Francisco Silvela, Letrado del Consejo, fue un abogado de enorme éxito y prestigio y artífice, junto con Alonso Martínez, de nuestro venerable Código Civil. Más cerca en el tiempo, quien fuera Letrado de esta Casa, don Fausto Vicente Gella, fue presidente del Consejo General de la Abogacía Española.

Ésta, la profesión de la Abogacía, tiene retos importantes ante sí, como la sociedad a la que servimos y el Estado en que vivimos.

En un mundo en constante cambio, política, jurídica y socialmente, el Derecho como mecanismo de garantía de la paz social es más necesario que nunca. Y por esa perenne e imparable evolución, las apelaciones constantes a la serenidad y el sosiego en la producción normativa, como las que hace el Consejo de Estado y reclama la Abogacía, son de todo punto imprescindibles.

La doctrina sentada por el Consejo en la trasposición del Derecho de la Unión Europea y su defensa de la técnica normativa son solo dos jalones de su intachable andadura constitucional.

El compromiso del Consejo de Estado con el Derecho tiene también su correlato en la Abogacía.

Es ésta es expresión del compromiso de cada abogado con los valores superiores del ordenamiento; con los derechos fundamentales y las libertades públicas y, significadamente, con la tutela del artículo 24 de la Constitución y el derecho de defensa.

Y son los Colegios de Abogados quienes a su vez tienen un deber para con la defensa de los ciudadanos en todas

sus circunstancias, ciudadanos que necesitan para la garantía de sus derechos del auxilio de profesionales formados y éticamente comprometidos, en lo que podría considerarse una versión contemporánea del icónico Atticus Finch creado por la recientemente desaparecida Harper Lee. Este servicio público, que atiende a más de un millón de beneficiarios de asistencia jurídica gratuita cada año y que descansa en el artículo 119 de la Constitución, en directa conexión con su artículo 24, es ejemplo diario y concluyente del cumplimiento de su función pública por miles de abogados para con los más necesitados.

Dijo Ihering en “La lucha por el Derecho”, que éste “no será letra muerta y se realizará (...) si las autoridades y los funcionarios del Estado cumplen con su deber” y “si los individuos pueden hacer valer sus derechos”. Ninguna duda cabe de que este Consejo cumple con su deber y ninguna duda puede haber de que mientras haya abogados libres e independientes las personas podrán hacer valer sus derechos frente al Poder.

La Abogacía, es cierto, ha cambiado mucho. Mis antecesores lucharon por conseguir un acceso a la profesión cuya ausencia nos convertía en una anomalía europea; el sistema existente es perfectible, pero es una realidad. Las nuevas tecnologías vienen a innovar una milenaria forma de ejercer la profesión, pero no afectarán en modo alguno al compromiso de los abogados con la defensa de los derechos de la persona.

Esa defensa, tal y como la conocemos, sólo es posible al amparo de los Colegios de Abogados y de la colegiación obligatoria.

Sin colegios no es factible la ordenación de la profesión, ni puede haber verdadera deontología, como ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 3/2013.

Aun cuando algunos parecen añorar aquellos tiempos, no hay bondad alguna en el retorno a la época de Le Chapelier (1791) y su abolición de todos los cuerpos intermedios. No hay necesidad alguna, ni jurídica, ni económica, que justifique la eliminación de los Colegios, ni la supresión de la colegiación de los abogados, ni en todo ni en parte.

El Poder necesita, por una parte, a la sociedad civil y, por otra, de un entramado institucional que le impida manifestarse de forma arbitraria y descarnada. Forsthoff.

Dice Stolleis que ya han pasado los tiempos de la metáfora del “ojo de la ley”, pero otra metáfora, que se remonta a la antigüedad griega y persa, sigue siendo perfectamente válida: la de los consejeros como los ojos del poder, como recordara Saavedra Fajardo en su *Empresa nº 55*, y, posteriormente, la del Consejo de Estado como el ojo de la Administración.

Desde mi posición en este Pleno, como Consejera, me comprometo a contribuir en la medida de mis posibilidades a que este imprescindible vigía permanente de la actividad pública siga contribuyendo a la noble obra de defensa del Estado social y democrático de Derecho que le es propia.

Muchas gracias.»

3. Letrados

3.1 Cesas

Por Real Decreto 447/2016, de 11 de noviembre, se dispone el cese de don José María Jover Gómez-Ferrer, Letrado del Consejo de Estado, como Subsecretario de Industria, Energía y Turismo.

3.2 Nombramientos

Don Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín fue nombrado Juez del Tribunal General de la Unión Europea por Decisión (UE, Euratom) 2016/484 de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de 23 de marzo de 2016, tomando posesión de su cargo con fecha 13 de abril de 2016.

Don Víctor Pío Torre de Silva López de Letona, Letrado del Consejo de Estado, fue nombrado Letrado Mayor «en comisión» con efectos del día 14 de abril de 2016.

Don José María Jover Gómez-Ferrer fue nombrado Subsecretario de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales por Real Decreto 453/2016, de 11 de noviembre.

Don José Amérigo Alonso fue nombrado Secretario General Técnico de Justicia por Real Decreto 552/2016, de 25 de noviembre.

Don Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade fue nombrado Subsecretario de Energía, Turismo y Agenda Digital por Real Decreto 627/2016, de 2 de diciembre.

Don José Luis Palma Fernández, Letrado del Consejo de Estado, fue nombrado Letrado Mayor «en comisión» con efectos del día 3 de diciembre de 2016.

3.3 *Jubilaciones*

Don Luis María Domínguez Rodrigo, Letrado Mayor del Consejo de Estado, cesó por jubilación voluntaria el día 2 de diciembre de 2016.

3.4 *Situaciones*

Doña María José Trillo-Figueroa Molinuevo, Letrada del Consejo de Estado, reingresa al servicio activo el día 16 de mayo de 2016, procedente de la situación de excedencia por cuidado de familiares.

3.5 *Convocatoria de oposiciones al Cuerpo de Letrados*

Por Resolución de 15 de diciembre de 2016, de la Presidencia del Consejo de Estado (B.O.E. n.º 311, de 26 de diciembre de 2016), se convoca oposición para la provisión de plazas del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado.

4. **Personal administrativo**

4.1 *Nombramientos*

Doña Pilar Sanz García, funcionaria de la Escala Auxiliar de Organismos Autónomos, tomó posesión del puesto de trabajo de Jefe

Adjunto de la Secretaría de la Sección Quinta el día 28 de junio de 2016, mediante el procedimiento de libre designación (Resolución de 16 de junio de 2016, por la que se resuelve la convocatoria efectuada por Resolución de 30 de marzo de 2016).

4.2 *Jubilaciones*

Doña María Dolores Comas Blázquez, funcionaria del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado, cesó por jubilación forzosa el 24 de marzo de 2016.

5. **Personal laboral**

5.1 *Ceses*

Don Leandro Ruiz Púa, personal laboral con la categoría de Oficial 1.ª de Reprografía, Imprenta y Almacén, cesó por jubilación forzosa el 11 de septiembre de 2016.

Doña María del Carmen Adámez Álvarez, personal laboral con la categoría de Limpiadora, cesó por jubilación forzosa el día 6 de octubre de 2016.

IV. **SERVICIOS**

1. **Archivo y Biblioteca**

1.1 *Biblioteca. Adquisiciones*

1.1.1 *Monografías*

El fondo bibliográfico moderno ha tenido un incremento de 967 títulos con lo que dicha serie ha alcanzado los 63.318 volúmenes. A esta cifra hay que añadir la incorporación de 173 títulos de la colec-

ción Marqués de Casa Pizarro que, de manera paulatina, van pasando a formar parte del catálogo general.

La Biblioteca del Cuerpo de Letrados cuenta actualmente con 470 títulos.

Los registros en papel de 75 títulos del catálogo del fondo antiguo se han convertido en registros informatizados y han sido incorporados ya a la base de datos de monografías.

La colección de títulos de la incipiente biblioteca digital alcanza los 15 títulos. Esta serie surge por la necesidad de recuperar las obras de difícil obtención por su antigüedad o rareza, así como aquellas que sean donadas por los autores en soporte digital. Especial atención se presta a las publicaciones digitales cuyos autores forman o han formado parte del Consejo de Estado.

1.1.2 Publicaciones periódicas y seriadas

La colección de publicaciones periódicas consta de 151 títulos vivos, de los cuales todavía se mantienen 74 en formato papel. Los restantes son ya accesibles a través de Internet. Cuando alguno de estos títulos es editado de manera acumulativa en otros formatos (DVD) es adquirido para valorar la posible sustitución del título en soporte papel.

1.1.3 Difusión de la información

Se elabora y se distribuye electrónicamente el Boletín bimestral de Sumarios de Revistas y el Boletín mensual de Novedades Bibliográficas.

Especial mención merece la distribución automática de la publicación digital diaria «Pulso Legislativo» (Parlamentaria), que facilita información sobre las noticias jurídicas, de un modo ágil e inmediato. Otro elemento similar es la «Newsletter» diaria de la editorial Iustel.

1.2 Archivo

Durante 2016 se han recibido en el Archivo un total de 1.137 expedientes correspondientes a consultas evacuadas por el Consejo

durante el mismo período, con lo que el total de expedientes de la Serie Moderna se eleva a 131.622.

Los distintos departamentos administrativos han enviado a lo largo del año un total de 90 legajos al Archivo para su custodia.

1.3 *Investigadores*

La mayoría de los investigadores han realizado su trabajo de forma presencial en el Consejo por exigir éste la consulta directa y selectiva de abundante documentación, aunque también han sido muchas las peticiones concretas de documentos atendidas y resueltas por vía electrónica.

Cabe citar entre los primeros los siguientes temas de investigación histórica:

- El Patrimonio Histórico español durante el primer tercio del siglo XX
 - La operación de Alhucemas como acción definitiva del colonialismo español
 - La función contencioso-administrativa del Consejo en grado de apelación
 - Ordenanzas municipales de Albalate de las Nogueras (1871)
 - Valentín de Ortigosa y la Regencia de María Cristina
 - La Sociedad Fusión Carbonífera y Metalífera de Bélmez
 - La naturalización de extranjeros en España (1833-1939)
 - La Armada española en Filipinas (1860-1870)
 - Los montes del Real Patrimonio y la Desamortización (1811-1879)
 - Administración provincial y administración territorial del Estado (1930-1980)
 - La actividad del Consejo de Estado a través de las Actas de las sesiones celebradas en el Palacio del Marqués de Dos Aguas (Valencia).

Es especialmente reseñable el interés que suscita tanto el Fondo de Ultramar como el Archivo de Personal sobre los que se reciben gran cantidad de consultas.

2. Informática

2.1 Equipo informático

Las compras en 2016 se vieron limitadas por la restricción presupuestaria que el Gobierno aplicó en el mes de julio. A pesar de ello se renovaron los sistemas de correo y nóminas con los siguientes equipos:

- Servidor HP. Proliant DL360. 654081-BND, 64 GB de memoria y cuatro discos de 1,2 TB.
- Servidor HP. Proliant DL160. 666281-BND, 16 GB de memoria y dos discos de 600 GB.
- Servidor FUJITSU M10 con hasta cuatro cores a 3,2Ghz, disco de 600 GB 10.000 rpm 2.5” y 64 GB de memoria.

Como material auxiliar se adquirieron siete impresoras HP LASERJET PRO M402DN para diversos departamentos del Consejo.

Fueron adquiridas asimismo 2 licencias de Windows Exchange Server 2016 como software gestor del servicio de correo existente.

2.2 Actividad

Durante el mes de marzo se llevó a cabo la migración de todo el sistema de nómina a un nuevo servidor, instalando todas versiones actualizadas de los diferentes productos implicados en el aplicativo NEDAES.

En el mes de agosto se procedió al remplazo de los servidores de correo y de su sistema asociado. Se instalaron los servidor mencionados en el apartado anterior, con sistema operativo Windows Server 2012 y se les incorporó el sistema Windows Exchange Server 2013. Con ello se ha conseguido mejorar las funciones administrativas del

correo corporativo y se ha aumentado la cuota de espacio en los buzones asignados a cada uno de los usuarios.

La web del Consejo de Estado recibió a lo largo de 2016 un número de visitas que superaron las 282.000, alcanzando una media diaria aproximada de 770 accesos.

Desde hace varios años y de modo totalmente gratuito, el Consejo de Estado pone a disposición de los ciudadanos la base pública de dictámenes del Consejo de Estado. Dicho repositorio se encuentra alojado en equipos del Boletín Oficial del Estado. Su mantenimiento y gestión corre a cargo del Consejo de Estado, correspondiendo al Boletín Oficial del Estado el sistema de consulta y almacenamiento. A finales de diciembre de 2016, el número de dictámenes incorporados a la base pública superaba los 66.400, habiéndose incrementado en casi unos 1.500 respecto del ejercicio anterior. El número de accesos a la base pública de dictámenes durante 2016 ha superado la cifra de 498.000 accesos, con una media aproximada de 1.350 diarios.

2.3 *Formación*

Entre los cursos recibidos por personal del Área de Informática podemos destacar los de «Administración del Exchange Server 2013», «administración de Windows Server 2012», «Programación .NET sobre Visual Studio» y «Visual Basic .NET Avanzado».

3. **Gestión y Servicios Generales**

3.1 *Base de dictámenes*

La base de dictámenes de acceso público gratuito, al finalizar el año 2016, cuenta con 66.700 dictámenes.

Los dictámenes relativos a anteproyectos y proyectos de normas, una vez comprobado que las mismas han sido aprobadas en el Consejo de Ministros se incorporan de inmediato a la base de dictámenes.

3.2 *Atención a consultas de particulares y solicitudes de información*

Se atienden todas las consultas recibidas relativas a dictámenes, independientemente del medio que se emplee para solicitarla.

La contestación se agiliza lo más posible procurando telefónicamente solucionar cualquier cuestión necesaria para, finalmente, atender la solicitud de información sobre el dictamen. De 250 consultas recibidas por correo, 54 procedían de Instituciones Públicas en general y 196 de particulares.

3.3 *Calificación de los expedientes*

Los expedientes que se reciben en el Consejo son diariamente calificados de acuerdo a un índice de materias.

En la página web del Consejo de Estado se incorpora semanalmente, en el apartado actualidad, información sobre la aprobación de determinados dictámenes en la Comisión Permanente de esa semana, se refiere fundamentalmente a dictámenes que versan sobre asuntos de especial interés o de actualidad.

La incorporación del dictamen íntegro en la base de datos de acceso público, sólo se hace una vez aprobado en Consejo de Ministros la norma objeto de dictamen.

3.4 *Base de doctrina legal*

Se continúa con la Base de doctrina coordinada por la Letrada Rosa María Collado Martínez.

1. La base está constituida por fichas de Doctrina en la que se tiene en cuenta una serie de voces para su identificación y a la que se añade un resumen de los criterios doctrinales.

2. El acceso a la misma es posible a través de la página web del Consejo.

3. La selección se realiza con el objetivo de mantener actualizado el criterio doctrinal del Consejo de Estado. Se procura atender al interés doctrinal y no ser una recopilación de dictámenes.

3.5 *Trabajos estadísticos*

Se realizan los trabajos oportunos para conocer los siguientes datos:

- Procedencia del expediente
- Total dictámenes por Secciones
- Total dictámenes por cada una de las voces de calificación, a saber:

- Administración local
- Anteproyectos de Ley
- Cambio de apellidos
- Concesiones
- Conflicto de competencias
- Consulta potestativa orientativa
- Contratos
- Decretos
- Decretos Legislativos
- Decretos-Leyes
- Deslinde
- Expropiación
- Órdenes Ministeriales
- Otras Normas Reglamentarias
- Otros recursos
- Real Decreto-ley
- Reales Decretos
- Reales Decretos Legislativos

- Recurso extraordinario de revisión
- Recursos de inconstitucionalidad
- Responsabilidad y/o indemnización
- Revisión de oficio
- Títulos nobiliarios
- Tratados, Convenios y Acción exterior

Por lo que se refiere a dictámenes relativos a normas con independencia de su rango, se han dictaminado con carácter urgente 41, respetándose el plazo de urgencia requerida en la orden de remisión.

4. Conservación y mantenimiento

4.1 Prevención de riesgos laborales

Con el objeto de dar cumplimiento a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, se ha prorrogado el contrato con la empresa Fraterprevención, S.L., como Servicio de Prevención Ajeno para este ejercicio, para las cuatro disciplinas preventivas: Seguridad y Salud en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicosociología Aplicada y Medicina del Trabajo.

Igualmente, se realizaron las actividades preventivas programadas y aprobadas para este ejercicio por el Comité de Seguridad y Salud: necesidades formativas, actualización de la evaluación de riesgos en los puestos de trabajo, estudio de condiciones ambientales e iluminación en los puestos de trabajo, etc.

4.2 Conservación y mantenimiento

La empresa Genera Quatro, ha realizado durante este ejercicio las tareas correspondientes al mantenimiento preventivo, correctivo y conductivo de las instalaciones generales del edificio sede de este Consejo de Estado, así como todas las tareas de mantenimiento diario que se vienen realizando.

Se han realizado las diferentes contrataciones con empresas especializadas en el sector para el mantenimiento de diversas instalaciones y equipos del Consejo no incluidos en el apartado anterior.

La empresa Fissa, ha realizado durante este ejercicio las tareas correspondientes al servicio de limpieza integral del edificio sede de este Consejo de Estado.

La empresa Sasegur, S. L., ha desarrollado las tareas de seguridad y protección del edificio. Durante el mes de mayo, se realizaron diversos trabajos de mejora y actualización del sistema de protección del edificio contra el rayo.

4.3 *Adquisiciones*

Como consecuencia del cambio producido en la sucesión de la Corona, se contrató con el pintor D. Hernán Cortés Moreno, la realización de un retrato pictórico de S.M. El Rey D. Felipe VI.

Con objeto de reemplazar la fotocopidora DIGIMASTER 9110, de la marca RICOH, que realizaba el trabajo de grapado para el fotocopiado de los dictámenes de este Consejo de Estado, al quedar obsoleta para dar el servicio requerido para el Servicio de Reprografía, se hizo necesaria la adquisición centralizada de una nueva fotocopidora digital PROC5100S de la marca RICOH, que realiza ese trabajo de grapado selectivo por un total 21.610,00 € sin IVA.

4.4 *Otras actuaciones*

Con motivo de la finalización de la exposición de Arte Moderno en Palacio. «Obras Contemporáneas de las Colecciones Reales», que tuvo lugar en las salas de exposiciones temporales del Palacio Real, el 13 de abril de 2016 se realizó la devolución del lienzo de Carlos Franco, El cuajo 2, N° 10221981, propiedad del Patrimonio Nacional.

Con el mismo motivo, el día 29 de septiembre de 2016 se realizó la devolución de las siguientes litografías de José Manuel Broto Blasón I y Blasón III, N° 10199396 y N° 10199397.

En el momento de la entrega, se retiraron estas tres obras que han sustituido a estos depósitos durante la exposición:

- Grabado: La Batalla (27/75) de Carlos Franco, N° 10011730.
- Grabado: Sin título: de Alberto Rafols Casamada, N° 10011729.
- Grabado: Sin título: de Josep Guinovart, N° 10011733.

Con motivo de la renovación del contrato suscrito entre Patrimonio Nacional y el Consejo de Estado, se ha realizado el estudio de conservación de las dieciocho obras propiedad del Patrimonio Nacional depositadas en este Consejo, emitiéndose el correspondiente informe.

V. RELACIONES INSTITUCIONALES

Don José Manuel Romay Beccaría, Presidente del Consejo de Estado, asistió a lo largo del año 2016, en representación del Alto Cuerpo Consultivo, entre otros a los siguientes actos:

El día 20 de enero asiste a la Presentación del libro «*Treinta años de España en la Unión Europea*» en la Sede de las Instituciones Europeas en España.

El día 21 de enero asiste al Museo del Prado para la entrega de la Encomienda de la Orden de Alfonso X El Sabio a don Domingo Bello.

El día 2 de febrero asiste en la Academia de Jurisprudencia y Legislación a un acto en el que se hace un balance de los últimos 50 años del Derecho del Trabajo en España con intervención del Consejero Permanente don Miguel Rodríguez-Piñero, de don Juan Antonio Sagardoy Bengoechea y de don Luis Enrique de la Villa Gil.

El día 29 de febrero asiste a la Sesión pública *in memoriam* de D. José María Segovia de Arana en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

El día 17 de marzo asiste a la Junta Ordinaria de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación de la que es Académico de Número.

El día 5 de abril asiste al acto de toma de mando como Jefe de la Dirección de Acuartelamiento del nuevo General de División, don Fernando Aznar Ladrón de Guevara, en Capitanía General.

El día 6 de abril asiste a la toma de posesión como Académico de Número de don Manuel Aragón Reyes en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

El día 19 de abril asiste a la toma de posesión de don Ricardo Alonso García como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Los días 25 y 26 de abril asiste a las Clases Magistrales del Consejero Permanente don Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, en CaixaForum.

El día 27 de abril asiste a la presentación del Diccionario del español jurídico en la Real Academia Española.

El día 5 de mayo asiste a la cena del 40.º Aniversario de El País, presidida por SS. MM. los Reyes, en la Galería de Cristal del Palacio de Cibeles.

El día 10 de mayo recibió a una delegación oficial egipcia en el Consejo de Estado.

El día 20 de mayo asiste a la entrega de la Medalla Gallego del Año 2015 a don Darío Villanueva, Consejero de Estado.

El día 30 de mayo asiste a la inauguración de la exposición «El Bosco», presidida por SS. MM. los Reyes. En la tarde de este mismo día 30, asistió a un Debate con el título «*Un pacto por la Educación*», con don Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona y don Marcelino Oreja, en la Fundación Ortega-Marañón.

El día 6 de junio, dentro del marco «Los almuerzos de Deusto Business School», el Presidente asistió al almuerzo-coloquio que pronunciaba el Consejero de Estado don Juan Carlos Rodríguez Ibarra.

El día 8 de junio la Embajadora de Hungría en España, doña Eniko Gyori y el Dr. Vajk Farkas, Primer Secretario de la Embajada, visitan al Presidente en el Consejo de Estado.

El día 9 de junio asiste al homenaje a don Francisco Rubio Llorente en la Facultad de Derecho de la Complutense.

El día 14 de junio asiste al discurso de acceso a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de don José Manuel González-Páramo.

El día 15 de junio asiste en Valencia a la Reunión de Presidentes de Consejos Consultivos.

El día 16 de junio pronuncia un discurso en homenaje al Profesor José María Segovia de Arana, en la Fundación Ramón Areces.

El día 28 de junio asiste al acto y homenaje en recuerdo de las Víctimas del Terrorismo en el Congreso de los Diputados.

El día 29 de junio interviene en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en la presentación del libro homenaje a Santiago Muñoz Machado, «Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje a Santiago Muñoz Machado».

El día 7 de julio forma parte del jurado, con el Ministro Luis de Guindos en la clausura los programas que la Escuela de Negocios de la Universidad de Deusto imparte en Madrid junto a ICADE Business School para ayudar a que los directivos públicos y privados usen el potencial de los emprendedores, en la Fundación Rafael del Pino.

El día 8 de julio preside los «Premios a la Excelencia Sanitaria» del Instituto Europeo de Salud y Bienestar Social.

El día 22 de julio participa en la clausura de las Jornadas «La necesaria modernización del Derecho de obligaciones y contratos en España», que el Ministerio de Justicia organizó los días 21 y 22 de julio en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Cuenca.

El día 24 de julio, invitado por don Alberto Núñez Feijóo, Presidente de la Xunta de Galicia, asiste al acto de entrega de las Medallas de Galicia 2016, en el Museo Centro Gaiás-Ciudad de la Cultura de Galicia, en Santiago de Compostela.

El día 6 de septiembre asiste al solemne acto de apertura del Año Judicial en el Palacio de Justicia del Tribunal Supremo, acto presidido por S. M. el Rey.

El día 27 de septiembre asistió al 2.º Encuentro Internacional de Políticas de Desarrollo, acto Mujeres por África, presidido por la Consejera Permanente doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz.

El día 5 de octubre recibe la visita de Agregados Militares del Área de Iberoamérica.

El día 12 de octubre asiste al acto solemne de Homenaje a la Bandera Nacional y al Desfile Militar por la Fiesta Nacional y posteriormente a la recepción en el Palacio Real.

El día 19 de octubre asistió y pronunció unas palabras en la colocación de una placa en homenaje al que fuera Presidente del Consejo de Estado y Presidente de las Cortes don Antonio Hernández Gil.

El día 20 de octubre asistió a la inauguración del Curso de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, de la que es miembro.

El día 24 de octubre asistió a la Reunión del Jurado Derechos Humanos. Ese mismo día y por la tarde, asistió, además, al solemne acto de apertura del Curso Académico 2016/2017 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

El día 28 de octubre asistió al acto de clausura de las Jornadas de los Consejos Consultivos de Andalucía, que se celebraron en Granada.

El día 17 de noviembre asiste a la solemne apertura de las Cortes Generales. Por la tarde asiste al acto de entrega del galardón de la XXII edición del Premio Pelayo, otorgado al que fue Consejero Nato don Eduardo Torres-Dulce Lifante.

El día 12 de diciembre asiste al ingreso como Académico de don Rafael Gómez-Ferrer Morant en Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

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

El día 5 de febrero visitaron el Consejo de Estado un grupo de Jueces Federales de Brasil, que conocen en su actividad jurisdiccional de cuestiones relativas a Derecho Civil, Contencioso-Administrativo, Seguridad Social, en los que sea parte la Unión o empresas públicas federales. Fueron atendidos por el Consejero don Enrique Alonso García.

El 2 de marzo, el Letrado Mayor don Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín atiende la visita de un grupo del Comité Económico y Social de la Comunidad Europea, Función Consultiva.

El día 14 de marzo visita de un grupo de alumnos de ICADE, siendo recibidos por la Letrada doña Rosa María Collado Martínez.

El día 10 de mayo tuvo lugar la visita de una Delegación del Ministerio de la República Árabe de Egipto, formada por dos jueces y un miembro de la OCDE, siendo acompañados por un Asesor de la Vicepresidencia del Gobierno y un intérprete. Fueron atendidos por el Letrado Mayor don José Leandro Martínez-Cardós y Ruiz.

El día 11 de mayo visitan el Consejo de Estado miembros de la 68.^a promoción de la Carrera Diplomática, siendo recibidos por los Letrados don Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade y doña Elvira Gallardo Romera.

El día 13 de mayo visitan el Consejo de Estado unos alumnos del Instituto de Estudios Bursátiles (IEB). Les atiende el Letrado don Rafael Jover Gómez-Ferrer.

El día 7 de junio visitan el Consejo de Estado un grupo de alumnos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Les atiende el Letrado Mayor don José Leandro Martínez-Cardós y Ruiz.

El día 5 de octubre visita el Consejo de Estado un grupo de Agregados Militares Iberoamericanos. Los reciben el Presidente y la Secretaria General y son saludados por los miembros de la Comisión Permanente.

El día 11 de noviembre tuvo lugar la visita, organizada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, de un grupo de alumnos del Máster Universitario en Derecho Constitucional de diferentes países, siendo atendidos por la Letrada doña Rosa María Collado Martínez.

Entre las actividades llevadas a cabo por los Letrados del Consejo de Estado, cabe citar las siguientes:

La Letrada doña Elvira Gallardo Romera asiste a las V Jornadas de Letrados de Consejos Consultivos y del Consejo de Estado que se celebraron los días 2 y 3 de junio de 2016 en Valencia. Intervino sobre el tema «Novedades en la regulación de la Unión Europea en materia de contratación pública».

Los Letrados don José Luis Palma Fernández, don Javier Torre de Silva López de Letona y don Jesús Avezuela Cárcel participaron

en el libro «Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo. Anuario de Derecho administrativo 2016».

La Letrada doña Elvira Gallardo Romera asiste a las XVII Jornadas de la Función Consultiva del Consejo Consultivo de Andalucía, celebradas en Granada los días 27 y 28 de octubre de 2016. Asisten también el día 28 el Presidente y la Secretaria General. Interviene en la conferencia de clausura don Fernando Ledesma Bartret.

VI. HONORES Y DISTINCIONES

Por Real Decreto 275/2016, de 17 de junio, se concede la Gran Cruz del Mérito Aeronáutico con distintivo blanco a don Leandro Martínez-Cardós Ruiz.

Con fecha 8 de diciembre de 2016, día de la Patrona del Cuerpo Jurídico Militar se otorgó la distinción de Auditor de Honor a don Víctor Torre de Silva y López de Letona.

Don Rafael Gómez-Ferrer Morant ingresa como Académico en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 12 de diciembre de 2016.

Con fecha 14 de diciembre de 2016 se concede el título de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Buenos Aires al Consejero don Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón.

VII. TRIBUNAL DE CONFLICTOS

Por acuerdo de 17 de diciembre de 2015, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, se determina para el año 2016 la composición del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, previsto en los artículos 38 y 40 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 1 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales. Entre dichos miembros se integran como Vocales titulares los Consejeros Permanentes don Miguel Herrero Rodríguez de Miñón, don Fernando Ledesma Bartret y don Alberto Aza Arias, y como Vo-

cales suplentes don José Luis Manzanares Samaniego y doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz.

Durante el año 2016 se dictaron las siguientes sentencias por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción:

Sentencia n.º 1/2016, de 27 de abril de 2016 (B.O.E. n.º 131, de 31 de mayo de 2016).

Ha recaído en el conflicto de jurisdicción 1/2016, suscitado entre la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Tributaria y el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga/1 Bis, en la Cuestión incidental de especial pronunciamiento n.º 991.20/2009, dimanante del concurso 991/2009, relativo a la Sociedad AURIGA CROWN HIRE, S. L.

El fundamento de derecho quinto señala que la cuestión en disputa se circunscribe a si la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) tiene competencia para tramitar y resolver el procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria contra los administradores cuando aún no ha finalizado la tramitación del proceso concursal contra la sociedad declarada en concurso; lo que se traduce, en si en este caso resulta preferente la jurisdicción mercantil al no haber finalizado el concurso y estar a la fecha de declaración de la responsabilidad solidaria, pendiente y en tramitación el procedimiento concursal. El Juzgado Mercantil requirente de la competencia cita la Sentencia del Tribunal de Conflictos de 9 de abril de 2013. En ese caso ya había finalizado el procedimiento concursal y se declaró que correspondía a la AEAT la competencia para tramitar el procedimiento de responsabilidad subsidiaria tributaria. En este caso se declara la responsabilidad solidaria cuando aún no ha finalizado el proceso concursal.

La Sentencia recoge consideraciones de dicha Sentencia y añade que, por la propia naturaleza, objeto y finalidad del proceso concursal, la declaración de responsabilidad tributaria subsidiaria de los administradores concursales sólo cabe hacerla una vez finalizado el proceso concursal, en tanto que es requisito necesario al efecto la previa declaración de fallido.

Más adelante afirma que, para la producción del daño o perjuicio al acreedor es necesario que la masa activa resulte insuficiente para atender el crédito del acreedor y no pudiera percibirlo en su totalidad,

lo que requiere previamente para su verificación que la administración concursal active el régimen excepcional de pago de los créditos contra la masa (artículo 176 bis de la Ley Concursal). Todo lo cual conlleva que hasta que no se aplique este trámite especial y se declare concluso el concurso por insuficiencia de la masa, no pueden considerarse lesionados los intereses de los acreedores; hasta dicho momento no nace, en su caso, la acción prevista en el artículo 36.6 de la Ley Concursal, y no es hasta ese momento cuando puede ser ejercitada. Por ello fue improcedente en la fase del proceso concursal la tramitación del procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria contra los administradores concursales efectuada por la AEAT. Debó culminarse previamente el procedimiento del artículo 176 bis de la Ley Concursal, cuya competencia ostenta el juez del concurso.

El fallo de la Sentencia afirma que procedía la inhibición instada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga, en tanto le corresponde la jurisdicción para evitar la interferencia de la AEAT en el proceso concursal en curso.

Sentencia n.º 2/2016, de 28 de junio de 2016 (B.O.E. n.º 174, de 20 de julio de 2016).

Ha recaído en el conflicto de jurisdicción 2/2016, suscitado entre el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Málaga y el Ayuntamiento de Colmenar (Málaga), para conocer de la acción de deslinde y reivindicatoria ejercitada en juicio verbal número 177/2015 por doña María Cruz Olmedo Contreras, frente al Excmo. Ayuntamiento de Colmenar y de la acción negatoria de servidumbre contra don Juan Rando Báez, don Francisco José Arjona Rando y don Antonio Rodríguez García.

En el fundamento de derecho único subraya la Sentencia que el Ayuntamiento de Colmenar formula requerimiento de inhibición al Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Málaga, cuando éste no solo había admitido a trámite escrito de demanda en la que se ejercitaba contra el Ayuntamiento una acción reivindicatoria y de deslinde previo, esto es, una acción de dominio supeditada a la de deslinde, sino incluso cuando el Ayuntamiento había sido emplazado, por lo que ninguna duda puede ofrecer la absoluta falta de razón que asiste a la Administración municipal para el planteamiento del conflicto. Añade que carece de todo sentido que una vez iniciado el pleito sobre el

dominio de un bien en el orden jurisdiccional civil, único competente, con el objeto de poner fin definitivamente a la titularidad dominical discutida, pueda verse paralizado por el ejercicio de un deslinde administrativo de efectos limitados. Considera que es un caso similar al resuelto por el Tribunal de Conflictos en la Sentencia de 22 de junio de 1979.

El fallo expresa que la competencia para reconocer de la reclamación que ha dado lugar al conflicto corresponde al Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Málaga.

Sentencia n.º 3/2016, de 5 de diciembre de 2016 (B.O.E. n.º 10, de 12 de enero de 2017).

Ha recaído en el conflicto de jurisdicción 6/2016, suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid, que conoce del concurso de la concesionaria de una autopista de peaje, y el Ministerio de Fomento, en el seno del Concurso n.º 701/2012, referido a la empresa Accesos de Madrid Concesionaria Española, S. A.

La Ministra de Fomento requirió de inhibición al Juzgado de lo Mercantil n.º 6 en relación con un auto de 3 de mayo de 2016 –dictado en el procedimiento de concurso 701/2012– que acordó, entre otras medidas, la suspensión a la deudora de las facultades de administración y disposición, el cese de los administradores sociales, la disolución de la sociedad, la apertura de la liquidación y el vencimiento anticipado de los créditos y la resolución del contrato por Ministerio de la Ley, recordando que el artículo 266 del Texto Refundido de Contratos del Sector Público establece que las concesiones de obras públicas se extinguirán por cumplimiento o resolución; que el artículo 269 de dicho texto refundido recoge entre las causas de resolución la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y el artículo 270 del mismo texto legal, que establece que la declaración de insolvencia y, en su caso, de concurso, la apertura de la fase de liquidación, así como las causas de resolución previstas en los párrafos e), g), h) e i) del artículo anterior originarán siempre la resolución del contrato, y en los restantes caso, será potestativo para la parte a la que no le sea imputable la causa de resolución. Indica la Sentencia en el fundamento de derecho sexto que en la fase de concurso, la resolución de la concesión es potestativa, pero cuando a la declaración de concurso sigue, se inicia, la fase

de liquidación, la resolución es obligada; opera por imperativo legal, no queda a voluntad de la Administración declararla. Más adelante añade que el Juzgador concursal no sustituye a la Administración en la declaración de resolución de la concesión, se limita a aplicar la norma y dar noticia de que la concesión se ha resuelto por disponerlo así la Ley.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción desestima el conflicto positivo de jurisdicción planteado entre el Ministerio de Fomento y el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid y declara que corresponde al Juzgado de lo Mercantil la jurisdicción para seguir conociendo de la fase de liquidación del procedimiento de concurso, sin perjuicio y salvando, en todo caso, a favor de la Administración, las potestades administrativas sobre la liquidación de la concesión, su rescate y la asunción, en su caso, de su explotación, determinación de las indemnizaciones pertinentes y demás previsiones contenidas en el artículo 272 del Texto Refundido de Contratos del Estado, sin que sea procedente la inhibición instada por el Ministerio de Fomento.

Sentencia n.º 4/2016, de 5 de diciembre de 2016. (B.O.E. n.º 10, de 12 de enero de 2017).

Ha recaído en el conflicto de jurisdicción 4/2016, suscitado entre el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 y de lo Mercantil de Albacete y la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en el concurso voluntario n.º 591/2010, relativo a la entidad Albacete Balompié, SAD.

En el fundamento de derecho primero señala la Sentencia que el conflicto tiene su origen en el requerimiento que ha dirigido el Delegado Central de Grandes Contribuyentes (DCGC) al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 y de lo Mercantil de Albacete para que se inhiba de conocer del acuerdo singular que, con fecha de 27 de abril de 2011, alcanzó la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) con la sociedad concursal sobre los créditos privilegiados de aquella contra ésta, extendiéndose la inhibición al acuerdo de la AEAT de 20 de marzo de 2015 por el que, al haber incumplido AB Sad el calendario de aplazamiento de pagos comprometido en el acuerdo singular, procedió a declarar su resolución, iniciando los procedimientos de apremio administrativo encaminados al cobro de los créditos privilegiados.

En el fundamento de derecho segundo reconoce la legitimación del Delegado Central de Grandes Contribuyentes para formular el requerimiento de inhibición.

En el fundamento de derecho cuarto, el Tribunal de Conflictos recuerda la Sentencia 8/2014, de 6 de octubre, de Tribunal de Conflictos, que examinó un supuesto análogo en relación con los artículos 133.2 y 134.2 de la Ley Concursal. Dicha Sentencia afirmaba que, aprobado el convenio por sentencia firme, cesa la competencia del Juez de lo Mercantil respecto de los créditos no sujetos a convenio y por tanto respecto de los créditos privilegiados, y consecuentemente el Juez Mercantil carece también de competencia respecto de las actuaciones dirigidas al cobro de los créditos no sujetos a convenio realizadas tras su aprobación. Añadía que el Juez Mercantil carece de competencia para requerir de inhibición a la Administración Tributaria respecto de actuaciones realizadas en un procedimiento de apremio administrativo iniciado después de aprobado el convenio, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de pago de las sociedades no sujetas al convenio, por incumplimientos posteriores a la aprobación del mismo.

En el fundamento de derecho quinto, el Tribunal de Conflictos sigue el mismo criterio que en la reseñada Sentencia. A la vista del artículo 133.2 de la Ley Concursal, una vez aprobado el convenio (que no incluye los créditos privilegiados recogidos en el acuerdo singular celebrado al amparo de los artículos 164.4 de la Ley General Tributaria y 10.3 de la Ley General Presupuestaria, créditos a los que se refiere el artículo 134.2 de la Ley Concursal) la Administración Tributaria puede ejercer sus poderes de autotutela para hacer efectivos dichos créditos privilegiados en caso de incumplimiento, pudiendo acudir a tal efecto al procedimiento de apremio. El ejercicio de tales poderes quedará sometido al principio de legalidad, correspondiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa la verificación de que los actos dictados por la Administración Tributaria se ajustan a la legalidad.

El fallo expresa que el Delegado Central de Grandes Contribuyentes está legitimado para la formulación del requerimiento de inhibición que ha dirigido al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 y de lo Mercantil de Albacete; que ha lugar a dicho requerimiento de inhibición y que corresponde a la Administración Tributaria (AEAT) la jurisdicción para conocer del acuerdo singular que alcanzó dicha Agencia con la sociedad concursada, así como para el conocimiento de la

resolución de la misma Agencia de 20 de marzo de 2015 (referente al posible incumplimiento del referido acuerdo singular), resoluciones de la Administración Tributaria que aquedarán sujetas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

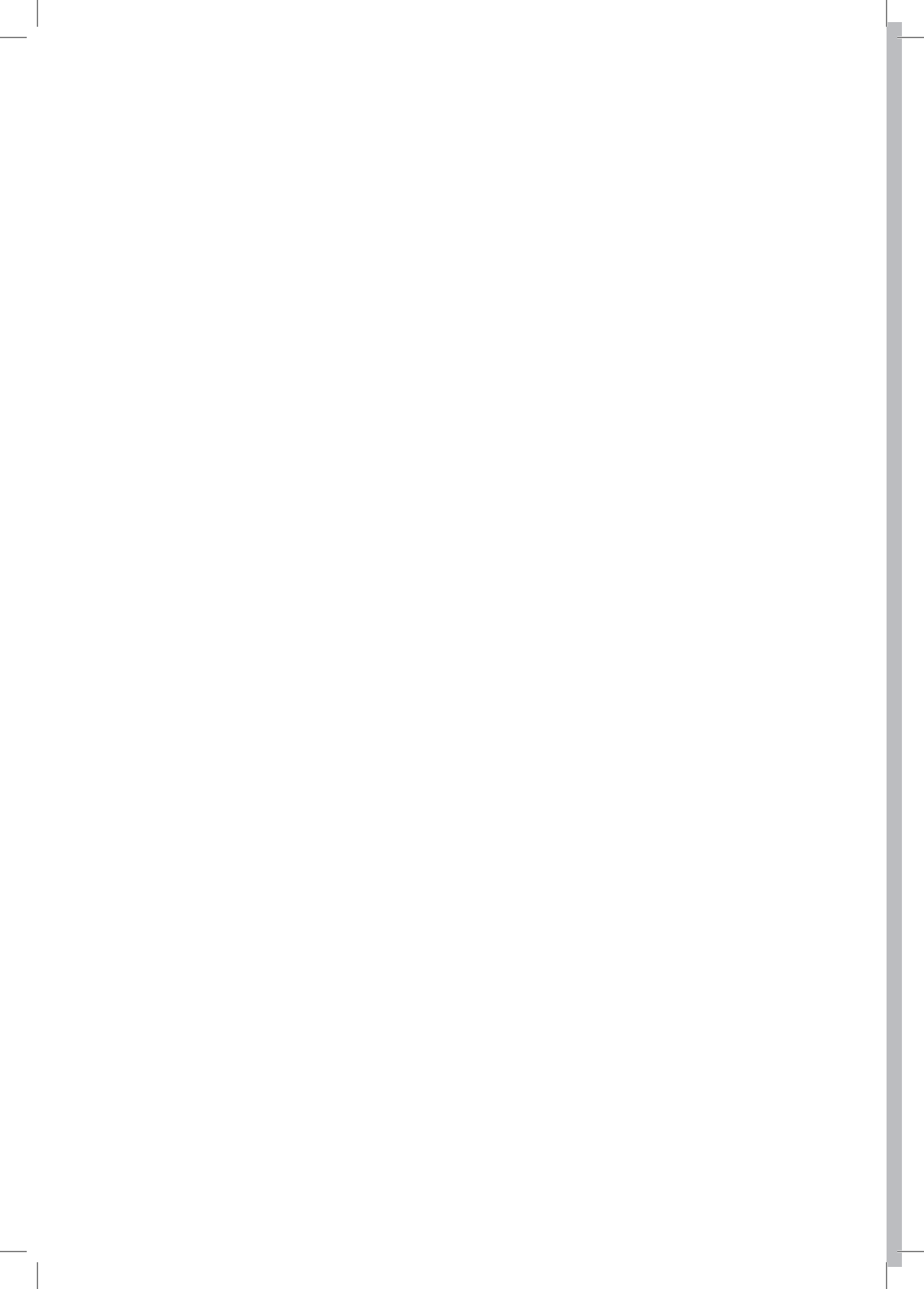
Sentencia n.º 5/2016, de 15 de diciembre de 2016. (B.O.E. n.º 10, de 12 de enero de 2017).

Ha recaído en el conflicto de jurisdicción 5/2016, suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid y el Ministerio de Fomento, en el seno del concurso n.º 131/2015, relativo a Ciralsa, Sociedad Anónima Concesionaria del Estado.

En el fundamento de derecho primero, el Tribunal de Conflictos afirma que el conflicto se suscita entre el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid y el Ministerio de Fomento, en torno al ejercicio de las potestades de resolver, decidir sobre el cumplimiento de obligaciones y liquidar el contrato administrativo de concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje circunvalación de Alicante, la variante libre de peaje El Campello y otras actuaciones, adjudicado a Ciralsa, Sociedad Anónima Concesionaria del Estado, una vez declarado el concurso de esta entidad y abierta la fase de liquidación por Auto del mencionado Juzgado de 3 de mayo de 2016.

En el fundamento de derecho tercero reconoce que, con arreglo a los artículos 112.2 y 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la declaración de insolvencia y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, determinan siempre la resolución del contrato que se produce por voluntad de la Ley. En el Auto de 3 de mayo de 2016, el Juzgado concursal no sustituye a la Administración en la declaración de resolución de la concesión, se limita a aplicar la norma y dar noticia de que la concesión se ha resuelto por disponerlo la ley.

El fallo desestima el conflicto positivo de jurisdicción planteado entre el Ministerio de Fomento y el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid y declara que corresponde a dicho Juzgado la jurisdicción para seguir conociendo de la fase de liquidación del procedimiento de concurso n.º 131/2015, salvando, en todo caso, las potestades administrativas sobre liquidación de la concesión, su rescate y asunción en su caso, de su explotación, determinación de las indemnizaciones pertinentes y demás previsiones contenidas en la legislación aplicable, sin que sea procedente la inhibición instada por el Ministerio de Fomento.



SEGUNDA PARTE

OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS



I. EL CONCEPTO DE REGLAMENTO EJECUTIVO A EFECTOS DEL PRECEPTIVO DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO

Dispone el apartado 3 del artículo 22 de su Ley Orgánica, 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que «*la Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos: Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones.*»

Este precepto tiene una larga tradición de interpretación por dictámenes del Consejo de Estado. Pero en especial en los últimos años, y en concreto en 2016, ha sido objeto de debate motivado por la necesidad de clarificar 1) si son reglamentos ejecutivos sometidos a esta consulta preceptiva las órdenes ministeriales o sólo lo son los reales decretos; 2) si deben considerarse tales otras normas de rango inferior o de naturaleza distinta a la de órdenes ministeriales, tales como las resoluciones, instrucciones o circulares, bien con carácter general, bien en el caso de ser adoptadas por organismos sometidos al principio de autonomía o independencia orgánica o funcional por exigencia del derecho internacional o de la Unión Europea; y 3) si lo son o no las bases reguladoras de las subvenciones, sean reales decretos u órdenes ministeriales.

La respuesta a estas tres cuestiones no es unívoca y por ello deben ser tratadas por separado adelantándose ya que tampoco dentro de cada uno de los tres supuestos es la respuesta unívoca.

No obstante, se adelanta ya también que junto a esta obligación de dictamen preceptivo, del apartado 3 del artículo 22, el apartado inmediatamente anterior, el 2, dispone que la Comisión Permanente del Consejo de Estado debe también dictaminar, y también con carácter preceptivo, las «*disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo*», lo cual abarca supuestos, por lo demás bastante usuales en la praxis

del Consejo, en los que, aunque en hipótesis no fuera preceptivo el dictamen conforme al apartado 3, sí lo es conforme al 2, al transponer la futura norma Directivas o facilitar la ejecución de Reglamentos u otros actos de la Unión Europea.

Además, la respuesta dada a estas preguntas no es unánime tampoco en el derecho autonómico, variando la interpretación entre distintos órganos consultivos incluso cuando se trata de procedimientos de elaboración de normas autonómicas en materias reguladas por legislación estatal o legislación estatal básica.

También varía la respuesta en la praxis de los órganos de los distintos Departamentos de la Administración General del Estado debido a la distinta opinión de la Abogacía del Estado y Secretarías Generales Técnicas respectivas a la hora de elevar las propuestas de iniciativas reglamentarias al titular de su Ministerio o al Consejo de Ministros.

No menor importancia tiene el hecho de que ha sido precisamente en años recientes cuando diversos tribunales contencioso administrativos, incluido el Tribunal Supremo, han tendido progresivamente a limitar el campo donde tradicionalmente algunos Departamentos invocaban, con diversos argumentos la no preceptividad del dictamen simplemente por tratarse de órdenes ministeriales, con la consiguiente inseguridad jurídica, al anularse reglamentos muchos años después, y con la potencial responsabilidad del reglamentador por haber estado aplicando un reglamento declarado nulo simplemente por este defecto esencial del procedimiento.

Una precisión final: la conveniencia de asegurar la interpretación correcta de los apartados 2 y 3 de la Ley Orgánica no es sólo una cuestión formal, y ni siquiera la de evitar efectos indeseables (siempre lo es la anulación de una norma) sino que también debe entenderse desde la naturaleza misma de la legalidad que el Estado de Derecho impone a los poderes públicos, bastando con recordar que, como dijo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, «la intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo.»

I. Órdenes Ministeriales

En principio la potestad reglamentaria del artículo 97 de la Constitución se manifiesta mediante reglamentos aprobados sólo por el Gobierno (reales decretos) o sus miembros (órdenes ministeriales): *«El Gobierno (...) ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes»*.

La potestad reglamentaria, pues, tal y como señala la doctrina del Consejo de Estado, no es predicable, salvo casos muy excepcionales, de órganos inferiores quienes podrán dictar actos de alcance general interpretativos de la aplicación de reales decretos u órdenes ministeriales pero que no constituyen disposiciones de carácter general al no tener carácter normativo. Esta doctrina se ha sentado normalmente con motivo de expedientes de declaración de nulidad a través de la revisión de oficio de la norma, en los que hay que determinar si hay o no legitimación puesto que «es claro, pues, que los particulares pueden promover la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que adolezcan de un vicio de esta naturaleza a través del mecanismo consagrado en el precepto citado [el artículo 102.1 de la Ley 30/1992] que, de este modo, configura una auténtica acción de nulidad, abriendo a los administrados una vía de reacción frente a la actuación administrativa distinta de los recursos ordinarios», mientras que la revisión de oficio de reglamentos (artículo 102.2 de la Ley 30/1992), está reservada a las Administraciones: *«Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas, de oficio y previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2»*).

Así, como señala el dictamen 365/2017, de 8 de junio, *«el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones acerca de la naturaleza jurídica de determinadas resoluciones cuya conceptualización como reglamentos o como actos administrativos resultaba discutida. En la mayoría de los casos, se trata de disposiciones administrativas de carácter interno que reciben diversas denominaciones (resoluciones, órdenes o, más comúnmente, circulares e instrucciones) y que no son más que órdenes jerárquicas que, aun teniendo carácter vinculante para sus destinatarios (sujetos que se*

integran, en una u otra condición, en el aparato organizativo administrativo), no constituyen auténticas normas con eficacia ad extra, esto es, con efectos frente a la generalidad de los ciudadanos, sino que son manifestación del poder de instrucción que los órganos superiores pueden ejercer respecto de sus subordinados jerárquicos –o, en su caso, de los principios de cooperación y coordinación que presiden las relaciones intersubjetivas– a fin de dirigir su actuación, proporcionar directrices interpretativas para aclarar el sentido de las disposiciones que hayan de aplicarse a determinados procedimientos o imponer líneas concretas de actuación. En la medida en que se trata de disposiciones relativas al régimen interior o instrucciones de servicio, que tratan de fijar el orden de funcionamiento de las oficinas y servicios administrativos, carecen de virtualidad innovadora del ordenamiento y no pueden, por ello, considerarse verdaderas normas jurídicas relevantes para terceros. En línea con estos razonamientos, la jurisprudencia entiende que este tipo de resoluciones no pueden ser calificadas como reglamentos, sino como actos administrativos, máxime en los supuestos en que son dictadas por órganos a los que el ordenamiento no reconoce potestad reglamentaria y cuando en su elaboración no se han seguido los trámites que deben observarse en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias.»

Por lo demás este dictamen no hace sino reiterar la misma doctrina recientemente también recordada y fundamentada en el dictamen 339/2014, de 29 de octubre de 2015, sobre la nulidad de la Nota de servicio DAIE/NS/14/2011 de 14 de septiembre de la Subdirección General de Gestión Aduanera, por la que se fijaban criterios para el reembolso del IVA de importación a los representantes agentes de aduanas caso de impago por el importador por considerar el Consejo de Colegios de Agentes y Comisionistas de Aduanas que la misma incorpora requisitos ex novo para tal supuesto y que constituye una norma reglamentaria elaborada sin seguir el procedimiento establecido y que infringe lo dispuesto en la disposición adicional única de la Ley 9/1998, al estimar, a su vez, que es así por cuanto la referida nota de servicio innova el ordenamiento al añadir requisitos a los fijados por el desarrollo reglamentario de aquella norma legal (disposición adicional única del Real Decreto 1.496/2003).

Por lo demás, la nueva ley que ha entrado en vigor el 2 de octubre, es decir, Ley 39/2015, señala en su artículo 128 («Potestad

reglamentaria»), apartado 1, que: «El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de la Nación, a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo establecido en sus respectivos Estatutos, y a los órganos de gobierno locales, de acuerdo con lo previsto en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local»).

Pues bien, respecto de tales reales decretos y órdenes ministeriales, siempre que su contenido y naturaleza sea reglamentario, puesto que el mismo *nomen iuris* se utiliza para muchos actos del Gobierno y sus miembros, la cuestión está en determinar cuando son «ejecutivos».

Una de las primeras interpretaciones detectada con claridad sólo en el año 2016 es la persistencia, un tanto anómala, en algunos Departamentos de la idea de que, incluso cuando se desarrolla una ley y, por su contenido, indudablemente son reglamentos ejecutivos, las órdenes ministeriales, no lo son a efectos del dictamen preceptivo por el mero hecho de tener ese rango de Orden ministerial.

A veces, ante lo anómalo de esta afirmación, se vincula la misma con la idea de que cuando el legislador remite directamente el desarrollo de todo su contenido o, lo que es más usual, de partes, artículos, o apartados, concretos de la ley, no a la potestad reglamentaria del Gobierno sino a una orden ministerial, ello equivale a una expresión de voluntad del legislador de configurar esa materia como área de decisión independiente o sectorialmente «deslegalizada» sometida sólo a decisión del titular del Departamento y por tanto, ajena al control por órganos consultivos cuya función es la de aconsejar sólo al Gobierno.

Ciertamente, esta interpretación es claramente anómala y por ello cuantitativamente poco usual, pero se sigue produciendo y cuando se produce, no es de extrañar, los tribunales contencioso-administrativos han sido tajantes en intentar desterrarla del Ordenamiento, lo que ha sido obviamente reafirmado por el Consejo de Estado cuando en aplicación de sentencias anulatorias de órdenes ministeriales por este motivo, los proyectos de órdenes ministeriales de contenido equivalente al de las órdenes anuladas, han tenido que ser sometidos a dictamen en cumplimiento de sentencias firmes.

El origen, sin embargo, de esta interpretación anómala reside en que tradicionalmente se ha considerado que los reglamentos «ejecutivos» se contraponen a la noción de los denominados «reglamentos independientes» que serían los que quedarían excluidos de la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado. Con independencia de si en nuestro Ordenamiento constitucional caben o no dichos reglamentos, y en qué ámbitos, lo cierto es que son reglamentos independientes simplemente aquellos que no desarrollan leyes. De hecho, la noción es preconstitucional y se creó para calificar las normas del ordenamiento que se pueden promulgar en ausencia de ley reguladora de la materia (sobre la base de un poder ordenador autónomo del Gobierno), que no necesitaría de la previa existencia de una norma con rango de ley para que el Gobierno o sus miembros pudieran regular la materia.

Por otro lado, estaría la cuestión de si sólo cabría esa potestad reglamentaria «independiente» en determinadas áreas o materias ya que, conforme ha establecido la jurisprudencia de Tribunal Supremo, lo esencial para reputar un reglamento como ejecutivo y no como independiente es la de la producción de efectos *ad extra* de la esfera administrativa, fuera del seno o ámbito de las llamadas relaciones de supremacía especial o de autoorganización, estableciendo obligaciones y derechos o afectando a intereses personales de los ciudadanos (lo cual reduce el ámbito del reglamento independiente a la regulación de lo meramente orgánico, como se expondrá más adelante).

En su relativamente antigua Sentencia de 19 de julio de 1993, el Tribunal Supremo delimitó el concepto de los denominados reglamentos independientes de la ley después de la Constitución Española. Estableció que son los propios de la materia organizativa en cuanto competencia típicamente administrativa y que, por ello, sólo pueden dictarse «ad intra», en el campo propio de la organización administrativa y en el de relaciones de especial sujeción. En concreto, se entiende por disposición organizativa que permitiría el reglamento independiente (sin previa ley) aquella que, entre otros requisitos, no tiene otro alcance que el meramente organizativo de alterar la competencia de los órganos de la Administración designados para prestar el servicio concreto de que se trate.

Por tanto, los reglamentos llamados a regular relaciones con los administrados, no serían independientes y necesitarían, todos ellos, estar previstos en una norma previa con rango de ley.

Pues bien, el Consejo de Estado no estima necesario entrar a examinar esta cuestión, por no ser objeto de los problemas a tratar en este punto de la memoria, aunque es un problema relevante y que podría tener que ser tratado en otro contexto o en otra memoria. Es decir, determinar si los reglamentos independientes –no ejecutivos– caben en nuestro derecho constitucional sólo en casos de autoorganización y con efectos *ad intra* o puede haber materias reguladas por tales reglamentos independientes *ad extra*, y si dichos reglamentos, donde no hay ley previa que remita a la potestad reglamentaria, deben ser o no objeto de consulta preceptiva, es un problema en sí mismo relevante pero que, por claridad de la exposición de los principales problemas detectados por la praxis del Consejo en el año 2016, no se estima necesario tratarlo en esta memoria salvo, brevemente, en el punto 3, momento en el que se volverá sobre esta cuestión. Se trata de una cuestión que está conectada con la determinación del ámbito reservado material o formalmente a la ley por la Constitución, por leyes previas, o por la jurisprudencia del Tribunal Supremo o doctrina del Tribunal Constitucional, pero a veces la misma no está clara cuando se trata de regular servicios *ad extra* en los que no hay reserva de ley y por ello en el ámbito de las subvenciones es donde esta cuestión adquiere relevancia, como se verá en ese apartado al que ahora remitimos.

Y no se estima necesario tratarlo por ahora porque, por definición, cuando hay una ley previa simplemente no hay reglamento independiente. Sea cual sea el ámbito que el legislador haya dejado a la potestad reglamentaria, si la potestad se ejerce por habilitación *ad hoc* de la norma con rango de ley, el reglamento no es independiente sino totalmente «dependiente» de la ley.

Y ello sea la materia «organizativa» o no, puesto que el legislador también puede imponer límites legales a la potestad de autoorganización del Gobierno y dicha ley prevalece sobre cualquier reglamento mientras no se anule, por limitar los poderes del Gobierno más allá de lo requerido por el artículo 97 de la Constitución. Ello es incluso más claro cuando la «organización» ha venido explícitamente delimitada por el legislador para garantizar la representación de intereses y la participación ciudadana en órganos colectivos de la Administración (artículo 105.a) de la Constitución), especialmente, pero no sólo, los consultivos sectoriales.

Por consiguiente, no es de extrañar, sino todo lo contrario, que materias tales como la composición, organización y funciones del Tribunal Administrativo del Deporte (dictamen n.º 1.240/2015, de 18 de febrero de 2016), las bases para la implantación de las unidades de gestión clínica, en el ámbito de los servicios de salud (dictamen n.º 35/2016, de 7 de julio), la regulación de las Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supraautonómico (dictamen n.º 790/2016, de 17 de noviembre), o los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (dictamen n.º 394/2016, de 5 de mayo) ... entre otras muchas, hayan sido sometidas a dictámenes preceptivos del Consejo de Estado a lo largo de 2016.

Y precisamente por ello, llama profundamente la atención que todavía se aprueben reales decretos tales como el Real Decreto 598/2016, de 5 de diciembre, por el que se regula la composición, funciones y funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales, cuando su contenido es claro desarrollo del extenso y detallado artículo 27 de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre de Parques Nacionales y se regula haciendo uso de la habilitación de la potestad reglamentaria contenida expresamente en la disposición final cuarta, apartado 1, de dicha Ley (máxime cuando esta materia anteriormente estaba regulada por real decreto sometido a dictamen preceptivo del Consejo de Estado en desarrollo de una ley con idéntico contenido y habilitación de potestad reglamentaria —en este caso el Real Decreto 12/2008 de 11 de enero, por el que se regulan la composición y el funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales, que aquél deroga, y que fue aprobado «de acuerdo con el Consejo de Estado» por ser reglamento ejecutivo de la anterior Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales).

Deben, pues, evitarse estas situaciones: no hay autoorganización, ni reglamento independiente, allí donde el legislador ha organizado servicios y órganos administrativos y remitido a la potestad reglamentaria (claramente ejecutiva) el desarrollo ulterior (entre otras cosas porque no sería «auto... organización», sino que la organización sería la predeterminada y necesariamente compartida con las Cortes Generales). Y ello es aplicable tanto a reglamentos del Gobierno (reales decretos) como de los titulares de Departamentos (órdenes ministeriales). Y si un órgano está regulado o previsto en una ley y se remite se creación o regulación a la potestad reglamentaria

se trata de un reglamento ejecutivo preceptivamente sujeto a dictamen del Consejo de Estado.

Cuestión algo diferente, donde sí se plantean más problemas, es la de si cabe referir el desarrollo de leyes, en materia organizativa o no, directamente a orden ministerial. Aunque, de nuevo la materia tampoco es simple de tratar, lo cierto es que con carácter general no se objeta a que la ley atribuya directamente la potestad reglamentaria per saltum a titular del Departamento ministerial.

Que cabe dicha habilitación ya lo dejó claro el Tribunal Constitucional en la Sentencia 185/1995, de 14 de diciembre (relativa a la inconstitucionalidad de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos): «La atribución genérica de la potestad reglamentaria convierte al Gobierno en titular originario de la misma, pero no prohíbe que una ley pueda otorgar a los Ministros el ejercicio de esta potestad con carácter derivado o les habilite para dictar disposiciones reglamentarias concretas, acotando y ordenando su ejercicio».

Pero la cuestión a examinar es la de si el hecho de que la ley sea directamente desarrollada reglamentariamente por Orden Ministerial y no por Real Decreto, exime o no al proyecto de orden del preceptivo dictamen del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado ya tuvo oportunidad de dirigirse al Gobierno sobre esta cuestión en la Memoria aprobada el año 2005, en la que se destinó un apartado a examinar la potestad reglamentaria de los Ministros, y en particular sobre si los Ministros pueden desarrollar reglamentariamente las Leyes sin necesidad de que exista un previo reglamento aprobado por Real Decreto, y si para el ejercicio de su potestad reglamentaria los Ministros necesitan alguna habilitación. Las consideraciones hechas en su día siguen vigentes, y lo que allí se dijo ha sido ratificado por el Tribunal Supremo.

Como se dijo entonces, clásicamente, la potestad reglamentaria no ha venido correspondiendo solo al Gobierno, sino también a los Ministros e incluso a otros órganos de la Administración. En el contexto del artículo 97 de la Constitución, el artículo 4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, señala que los Ministros, como titulares de sus Departamentos, tienen competencia y responsabilidad en la esfera específica de su actuación, y les corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: «b) Ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento».

Esta concepción ampliada del sistema administrativo normativo ha sido admitida por el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 13/1988, de 4 de febrero, que confirmó que el artículo 97 de la Constitución no reserva la competencia reglamentaria al Gobierno: «... es de rechazar el argumento según el cual la potestad reglamentaria corresponde exclusivamente al Gobierno, sin que éste pueda a su vez conferirla válidamente a otros órganos diferentes, toda vez que la potestad reglamentaria, por ser originaria (art. 97 de la Constitución), no excluye la posibilidad de delegaciones singulares...».

Naturalmente, el que se admita la validez de la atribución de potestad reglamentaria *per saltum* no hace de una orden ministerial un «reglamento independiente». Y ello se trate o no de materia organizativa como se acaba de señalar.

Pues bien, como se apuntaba un poco más arriba, se ha detectado recientemente que hay Departamentos que entienden que la atribución de potestad reglamentaria a orden ministerial hace de ese reglamento un «reglamento independiente» (obviamente no lo es) a los efectos de que ello «excusa» de dictamen preceptivo al proyecto de orden ministerial. Y se hace no tanto reclamando un campo al reglamento independiente, que también, sino sobre la base de entender que en esos casos el legislador ha querido dotar de especial autonomía a la regulación de la materia de manera que no sólo se trata de habilitar a un Departamento (y a su titular como superior jerárquico del mismo) para desarrollar la ley sino que ello implica, se dice, un ámbito de decisión discrecional muy amplio no sometido a los mismos controles preventivos de legalidad a que estaría sometida la acción del Gobierno, por tratarse –se suele argumentar– de materia «técnica» o de especial complejidad y necesitada de especiales detalles o técnicas de regulación. O más simplemente, a veces se interpretaba que, al remitir una ley su desarrollo a una orden ministerial, el legislador ha pretendido no someter la norma a dictamen del Consejo de Estado.

Aunque esta interpretación está relativamente extendida, el Consejo de Estado no ha detectado estas interpretaciones como algo sistemático debido a que al tener como consecuencia que no se solicita su dictamen, no tenía ocasión de examinar y pronunciarse sobre la misma (salvo en supuestos en los que se sometía el proyecto de orden ministerial a consulta no preceptiva, sino potestativa, por el Ministro correspondiente, al amparo del párrafo segundo del artículo 2.2

de la Ley Orgánica del Consejo de Estado: «*La consulta al Consejo será preceptiva cuando en esta o en otras leyes así se establezca, y facultativa en los demás casos*»).

Efectivamente, se ha observado esta forma de actuar recientemente debido a la conflictividad con los tribunales contencioso-administrativos que el operar de esta manera ha generado para la Administración General del Estado, a veces durante años, hasta que se ha optado por evitarla para el futuro.

Dichos campos o materias donde se hace esta interpretación por los órganos proponentes de las órdenes ministeriales suele, además, coincidir con áreas o materias en las que tradicionalmente se había abstenido el legislador de intervenir, por lo que existía una tradición relativamente extendida en el tiempo de regulación de las mismas bien por real decreto bien por orden ministerial, sin existencia alguna de ley que las tratara.

Y es más acentuada dicha interpretación donde la intervención del legislador (por primera vez) en la regulación de la materia es muy abstracta o simplemente ordenadora de la materia o sector desde una perspectiva muy general.

Y, sin embargo, aunque la Ley sea muy general o abstracta, a partir de ese momento áreas y subáreas tradicionalmente reguladas por reglamento sin dictamen del Consejo de Estado pasan a ser de dictamen preceptivo, al ser ahora los reglamentos «ejecutivos» y, por tanto, a estar dichos reglamentos procedimentalmente necesitados de dictamen aunque la ley nada diga al respecto (por aplicación directa del artículo 22.3 en Ley Orgánica 3/1980).

Ello, sin embargo, tarda en asumirse por el regulador acostumbrado, a veces durante décadas, a regular la cuestión por norma reglamentaria «independiente» por no existir ley alguna sobre la misma.

Este fenómeno se ha ido multiplicando desde los orígenes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en 1980 esencialmente por la necesidad de que la atribución de competencias al Estado en el listado de los artículos 148 y 149 de la Constitución –y Estatutos de Autonomía– exige, como regla general, una ley sobre la materia para delimitar lo básico a efecto de delimitar el ámbito competencial estatal, desde los orígenes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en 1980.

Así, por ejemplo, áreas tales como la pesca marítima, la higiene y la seguridad alimentaria o de productos en general, el vino, la investigación, la seguridad industrial, ..., tradicionalmente reguladas por órdenes ministeriales autónomas, una vez promulgada, por primera vez en nuestra historia, una ley (doctrinalmente calificable como «marco» y por tanto abstracta) sobre la materia, pasan a ser reglamentos ejecutivos en la medida en que los principios básicos están enunciados (a veces incluso mediante la mera mención de la materia misma como «regulable») en la correspondiente ley.

La Administración pretende que esos reglamentos, típicamente la órdenes ministeriales, sigan siendo «no ejecutivos» sino independientes basándose en «la tradición», o lo que es más curioso, interpreta que la habilitación *per saltum* a la orden ministerial es atribución de una potestad de regulación autónoma de la materia que hace que no haya reglamento ejecutivo o al menos reglamento necesitado de dictamen del Consejo de Estado que solo sería preceptivo si la habilitación de potestad reglamentaria se hace por el legislador al Gobierno.

Pero que sean posibles en nuestro derecho constitucional delegaciones *per saltum* de potestad reglamentaria no permite interpretar que por el mero hecho de tratarse de una orden ministerial se trata de reglamentos no ejecutivos a efectos de lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980.

El ejemplo más llamativo ha sido el de la pesca marítima en la que pese a la existencia, por primera vez en nuestro derecho, de una ley, al ser materia no abordada nunca en nuestra historia previa por el legislador (vid, el dictamen número 3.714/1999, de 27 de enero), la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, sin embargo, se ha venido interpretando que cuando muchos de sus preceptos remitían a órdenes ministeriales se trataba de crear ámbitos autónomos de decisión (así, desde 2001 no hubo el menor cambio en los procedimientos de elaboración de normas reguladoras de la actividad de pesca en caladeros, nacionales o internacionales, de censos, de reservas marinas (de pesca) y otras zonas de protección pesquera, puertos base, de vedas, artes, limitación de capturas, tallas, volúmenes de pesca y otras «medidas de regulación de la actividad pesquera», etc.), pese a que la citada Ley 3/2001 remite a la regulación orden ministerial y en muchos casos establece criterios sustantivos.

Algunos años después la tradición consistente en interpretar que esa materia es «reglamento independiente» ha sido cuestionada por los tribunales, en concreto por la Audiencia Nacional, con toda razón, confirmadas generalmente por el Tribunal Supremo, empezando una sistemática anulación de órdenes ministeriales (o en su caso de reales decretos) por el mero hecho de la ausencia de dictamen del Consejo de Estado.

La jurisprudencia sobre la naturaleza preceptiva del dictamen del Consejo de Estado cuando una orden ministerial desarrolla directamente una ley es constante. A título de ejemplo puede citarse la reciente Sentencia 166/2017, de 6 de febrero de 2017, Rec. 1.397/2015, en la que se desestimó el recurso de casación promovido por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional que había declarado la nulidad de la Orden Ministerial AAA/1307/2013 de 1 de julio, por la que se estableció un plan de gestión para los buques de los censos del Caladero Nacional del Cantábrico y Noroeste. En el caso referido la Audiencia Nacional había declarado la nulidad de la referida Orden por haberse aprobado ésta sin el previo y preceptivo dictamen del Consejo de Estado, exigido por el artículo 24.2 de la Ley del Gobierno, y también por el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

Otro caso, más claro todavía, es la regulación regula la pesquería de atún rojo en el Atlántico Oriental y Mediterráneo, en el que había habido numerosas sentencias de la Audiencia Nacional (las más antiguas confirmadas por el Tribunal Supremo) anulando en su práctica totalidad las distintas órdenes reguladores de la pesquería, precisamente por no haber sido sometidas a dictamen preceptivo del Consejo de Estado (hasta cinco órdenes emitidas en 2008, 2009, 2010, 2013 y 2014).

En su dictamen (n.º 161/2017, de 16 de marzo) el Consejo de Estado pudo abordar de manera integral la cuestión indicándose que:

«En todos los recursos resueltos por la Audiencia Nacional y en los recursos de casación ante el Tribunal Supremo, incluidos los que están pendientes de resolución, la argumentación de la Abogacía del Estado, rechazada por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, se ha basado en la no consideración –en contra de la doctrina sentada en las sentencias

recurridas— del carácter de reglamento ejecutivo de la normativa contenida en las órdenes impugnadas, resucitando la doctrina de los “reglamentos independientes” (e incluso yendo más allá de esta al haber ciertamente una ley previa habilitante de las potestades que se ejercitan en las órdenes) del derecho administrativo de los últimos años de la década de los sesenta del pasado siglo.

Tan alta litigiosidad —de la que aquí solo se han destacado sus hitos más trascendentes a efectos de la cuestión de la preceptividad o no del presente dictamen— no ha podido finalmente ignorarse por el departamento remitente que, en los últimos documentos incorporados al expediente ha variado sustancialmente la justificación del contenido del proyecto hasta el punto de que, de no mencionarse apenas en el expediente ni en la memoria original esa cadena de sentencias que hacen que la cuestión principal (el reparto entre grupos de las flotas y almadrabas) siga siendo a fecha de hoy nulo (por lo que el statu quo jurídico de la situación sigue tal y como estaba en 2006), no solo se admite en la memoria definitiva y documentación adjunta últimamente incorporada al expediente...».

Concluyéndose que:

«La ausencia de consulta al Consejo de Estado (...) supondría una doble infracción de una ley orgánica (apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1980), pues no debe olvidarse que en último término no se trata con estas órdenes solo de ejecutar reglamentariamente una ley (lo que para la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo es suficiente para haber decretado la nulidad total de las órdenes si no ha habido consulta en el procedimiento de elaboración), lo que supone que el dictamen es preceptivo por disponerlo así el apartado 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1980».

Basta para comprender que no tiene sentido mantener un sector regulado durante años por órdenes periódicamente declaradas nulas (de manera que incluso en 2016 se ha constatado que el sector en realidad no está regulado al retrotraerse la anulación constantemente con efectos *ex tunc*) sobre la base de una interpretación claramente equivocada.

En suma, la remisión de la ley a la potestad reglamentaria mediante órdenes ministeriales *per saltum* no hace de la orden ministerial dictada en desarrollo o ejecución de la ley un reglamento no sujeto a dictamen del Consejo de Estado como reglamento ejecutivo sino exactamente todo lo contrario. Y por supuesto no cabe reglamento independiente donde hay ley que remite a dicha potestad de los titulares de los Departamentos con independencia de que la propia ley haya o no fijado criterios, generales o de detalle, sobre el contenido de la futura regulación.

La razón es sencilla: el dictamen es preceptivo cuando el reglamento es ejecutivo. Y si la norma reglamentaria tiene rango de orden ministerial, no queda exceptuada por su rango menor de su naturaleza de reglamento de ejecución de una ley.

Es más, el dictamen del Consejo de Estado es mucho más necesario cuando se trata de una orden ministerial que desarrolla directamente una ley que cuando se hace por medio de un real decreto, porque la orden ministerial prescinde de la colegialidad del Gobierno, no es informada por los servicios de los demás centros directivos y la mayoría de las veces no es tampoco remitida a las Comunidades Autónomas para su examen.

Debe pues someterse a dictamen toda orden ministerial que, teniendo contenido normativo, se dicte en ejecución directa de una ley.

Aun así, no sería justo que esta memoria silencie la inmediata asunción, en este mismo año, por el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, de este enfoque, mediante un progresivo aumento de materias pesqueras que, estando reguladas tradicionalmente por órdenes ministeriales sin consulta, están empezando a tratarse como lo que realmente son: reglamentos ejecutivos. En concreto, y sirvan de ejemplo prototípico, la regulación de las reservas marinas estatales (por estar situadas total o parcialmente en aguas exteriores) que desde la primera (1982, Tabarca) habían sido reguladas por órdenes ministeriales «autónomas» y cuya nueva regulación desde 2017 ha pasado a serlo mediante previa consulta (vid. dictamen 367/2017, sobre la reserva marina de Cabo de Palos-Islas Hormigas), o la regulación reglamentaria de la pesca-turismo, que –desde su primera regulación por la Ley 33/2014, de 26 de diciembre, de modificación de la 3/2001 (añadiendo los artículos 74 bis y 74 ter)– ha sido sometida a consulta del Consejo (vid. el dictamen número 859/2016, de 15 de diciembre).

Distintos de estos supuestos son aquéllos en los que, habiendo habilitado la ley genéricamente la regulación de una materia por reglamento o especificando que es el Gobierno quien puede/debe regularla haciendo uso de su potestad reglamentaria, el correspondiente real decreto no completa dicha regulación sino que remite dicha regulación a la potestad ulterior del Ministro.

Aquí la cuestión es algo más dudosa al existir un «previo» reglamento ejecutivo (real decreto) que sería el que debe ser sometido a dictamen del Consejo de Estado. Y efectivamente, a veces las materias son tan complejas en su regulación de detalle que se hace ineludible dejar aspectos adicionales a su regulación por orden ministerial en la que, por estar delimitados los criterios claramente en el real decreto cuyo proyecto fue ya informado por el Consejo de Estado, no se estima preceptivo nuevo dictamen sobre la orden. Basta para ello remitir a la regulación del sector eléctrico (objeto de otro apartado de esta memoria) sobre la que se hacen algunas consideraciones inmediatamente más abajo.

Pero, cuando lo que ocurre es que el real decreto deja margen amplio no regulando en realidad la materia sino creando un campo más reducido de esa materia, que debería regular, a su determinación completa por orden ministerial –pese a que la habilitación legal de todo el grupo normativo esté deferida por la ley a la potestad reglamentaria del Gobierno–, la cuestión es mucho más discutible pues invocar el mero hecho de que se trata de una orden ministerial equivale a autorizar al Departamento a evitar el control de legalidad y oportunidad que imponen ahora tanto la ley que remitió la potestad al Gobierno como la propia Ley Orgánica 3/1980.

El argumento, normalmente meramente formal, es que el artículo 22.3 impone el dictamen preceptivo, como se vio, para «los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes...» y en estos supuestos se estarían desarrollando reales decretos.

Se trata, estos supuestos, de casos en los que el análisis del contenido real de la futura norma por los órganos de los que depende la iniciativa normativa (y típicamente las Secretarías Generales Técnicas) debe ser ciertamente casuístico pero a su vez cuidadoso.

Para empezar, hoy la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma que las órdenes ministeriales que a su vez desarrollan reales decre-

tos no están incluidas entre los supuestos en los que el dictamen del Consejo de Estado es preceptivo. Por ejemplo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de noviembre de 2015, Rec. 351/2014, y luego en la Sentencia 2.439/2016 de 14 de noviembre de 2016, Rec. 543/2013, ha interpretado el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica Consejo de Estado en el sentido de que «el dictamen de este Alto Órgano Consultivo del Gobierno de la Nación, es preceptivo respecto de los reglamentos ejecutivos de las leyes, por lo que, atendiendo al contexto normativo en que se adopta la mencionada Orden ministerial, en desarrollo de las precisiones establecidas en el Real Decreto 1.634/2006, de 29 de diciembre (...) y a su carácter esencialmente técnico, no resulta aplicable dicho precepto legal, en cuanto, en propiedad, no cabe caracterizarla como un desarrollo del artículo 49 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico».

Siendo ésta la jurisprudencia, a falta de un cambio legislativo, el Consejo de Estado nada tiene que objetar. No obstante, no cabe duda de que la indeterminación puede generar discordancias. Por ejemplo: la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, fue sometida a dictamen del Consejo de Estado. Pero, a pesar de encontrarse en una tesitura muy semejante, no fueron consultadas ni la Orden IET/1344/2015, de 2 de julio, por la que se aprueban las instalaciones tipo y sus correspondientes parámetros retributivos, aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, ni la Orden IET/2735/2015, de 17 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2016 y se aprueban determinadas instalaciones tipo y parámetros retributivos de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Estas discordancias no son operativas por dos razones. La primera porque, aunque es cierto que la jurisprudencia suele beneficiar la estabilidad de la Orden Ministerial, y además que así ha sido en los casos más recientes, en los que la falta de dictamen del Consejo de Estado no ha sido considerada motivo de nulidad en la Sentencia

de 13 de noviembre de 2015, Rec. 351/2014 (Orden IET/346/2014 de 7 de marzo, por la que se modifica la Orden IET/2103/2013 de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad); Sentencia 913/2016 de 26 de abril de 2016, Rec. 920/2014; Sentencia 953/2016 de 29 de abril de 2016, Rec. 883/2014; Sentencia 2.439/2016 de 14 de noviembre de 2016, Rec. 543/2013; o la Sentencia 2.698/2016 de 21 de diciembre de 2016, Rec. 823/2014 (impugnación de las Órdenes IET/2812/2012 y IET/2446/2013, ambas de 27 de diciembre, por las que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso a terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas), sin embargo alguna de las mencionadas sí ha sido anulada, siquiera sea parcialmente, no por falta de dictamen del Consejo de Estado, pero sí por su disconformidad con el ordenamiento jurídico). Con toda probabilidad dicha anulación podría haberse precavido si la orden ministerial hubiera sido dictaminada por el Consejo de Estado, y con el mismo grado de probabilidad, se habría tal vez evitado el propio recurso contencioso-administrativo interpuesto si en el expediente, para ilustración y garantía del recurrente, hubiera constado el dictamen del Consejo de Estado, que no impide el recurso pero sin duda supone una previa y relevante valoración de las posibilidades de éxito de la cuestión a dilucidar en su caso ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Pero sobre todo, siendo discutible cuándo sí y cuándo no procede el dictamen del Consejo de Estado, pues siempre se ha de ir caso por caso, al prescindir de éste se deja al buen criterio de quien quiera impugnar órdenes ministeriales cuándo puede proceder contra ellas, mermándose la seguridad jurídica, no sólo de las partes sino de todos los operadores jurídicos, ante la perspectiva latente de que éstas andando el tiempo pudieran ser anuladas.

Aun así hay tres criterios muy claros que deben utilizarse a efectos de examinar si procede o no la consulta al Consejo de Estado, criterios ambos que, de darse, hacen preceptivo el dictamen:

El primero de los criterios a utilizar es el de que, si bien se admite dicha remisión para aspectos puntuales, en ningún caso puede comprender la potestad de dictar reglamentos generales de desarrollo y ejecución de las Leyes, aunque sea en materias que puedan calificarse como competencias propias de su departamento, ni se

puede permitir que el Gobierno pueda habilitar por Real Decreto a un Ministro para los desarrollos complementarios obviando su propia competencia natural a base de hacer dejación de la misma mediante un abierto reenvío a lo que decida el Ministro.

Cuanto queda dicho fue expresado con detalle en el dictamen número 207/2017, aprobado el 23 de marzo de 2017, en el que se examinó el proyecto de Orden por la que se establecen los plazos máximos de resolución en los procedimientos regulados en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. Los plazos de resolución fueron examinados a la luz de la referida ley pero también de Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, artículo 59, apartados 2 y 3, en relación con los cuales se dijo que:

(...) existe un mandato explícito del legislador para que se dicte la Orden de fijación de plazos, lo que, al mismo tiempo, supone una habilitación «per saltum» de la potestad reglamentaria del Ministro. (...)

De lo expuesto se infiere que la regla general consiste en que el desarrollo normativo de la ley corresponde al Gobierno en su conjunto, si bien la propia ley lo puede exceptuar. De hecho, el artículo 129.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, prevé en su párrafo tercero que: «Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante».

La excepción se ha previsto en la nueva Ley de Patentes, cuya disposición final séptima autoriza «al Gobierno» a «dic-tar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de esta Ley», si bien la disposición adicional segunda, antes transcrita, incluye una regla especial.

Entiende el Consejo de Estado que, de acuerdo con este precepto, el ámbito de la Orden que desarrolla directamente la Ley de Patentes será, en sentido estricto, el previsto por el legislador, sin que pueda ir más allá.

Sobre esta base se formularon diversas observaciones esenciales por tener que ser desarrolladas por el Gobierno sin perjuicio de que la regulación regida por la delegación especial al Ministro estimó permitido por la citada ley pero también sujeta a dictamen preceptivo de la misma memoria que lo fueron los aspectos parciales dejados por el real decreto de desarrollo de detalle y técnico de una orden ministerial posterior.

El segundo de los criterios esenciales a utilizar es si, además de tener o no que ser sometido el proyecto a dictamen ex artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, debe serlo ex artículo 22.2 de la misma; apartado 2 este que no suele dar lugar a anulaciones de órdenes ministeriales porque tradicionalmente se desconoce y no es, por tanto, invocado los abogados (siendo la jurisdicción contencioso-administrativa rogada lo que impide su enjuiciamiento por los citados tribunales), cuando lo cierto es que la potestad reglamentaria está sometida a otro control preventivo tanto o más importante que el anterior: el de la sujeción de la norma al derecho internacional y, sobre todo –por el volumen de normas afectadas– al derecho de la Unión Europea. Y prueba de que este control preventivo de legalidad es de enorme relevancia que en estos casos también los anteproyectos de ley están sometidos a dictamen del Consejo de Estado en Pleno (a diferencia de la iniciativa legislativa que no lo está). Dispone el artículo 21.2 que: *«El Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos: Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.»*

Es claro que la correspondiente orden ministerial debe someterse a dictamen preceptivo del Consejo de Estado en aplicación no ya del apartado 3 del artículo 22 sino por aplicación, en cualquier caso, del apartado 2, cuando cualquier materia, aunque haya ya sido regulada por real decreto, haya dejado pendiente de regular por orden ministerial algún aspecto, por mínimo que sea, de la correspondiente Directiva o Reglamento de la Unión Europea (por ejemplo artículos concretos de dichas Directivas o Reglamentos cuya transposición y ejecución en España el real decreto intenta abarcar con carácter general pero no en detalle). En suma, cuando el Real Decreto deja sin trasponer por completo una Directiva o de regular todo lo que exige el Reglamento la decisión que se adopte por orden ministerial debe ser sometida a dictamen preceptivo del Consejo de Estado.

Ni qué decir tiene, que al igual que el desarrollo de una ley siempre hace «ejecutivo» el reglamento por muy autoorganizativo que sea éste, la transposición de Directivas o la aprobación de normas que facilitan la ejecución de Reglamentos o Decisiones de la Unión, deben ser en cualquier caso sometidos a dictamen preceptivo por imponerlo así el apartado 2 de la Ley Orgánica 3/1980.

Curiosamente la tendencia a «olvidar» esta exigencia de dictamen también se suele producir en áreas en las que tradicionalmente no había ley y la materia venía siendo regulada por «reglamento independiente».

Un ejemplo claro donde ello ha ocurrido es el de la regulación de la ciencia y la innovación. Y no es de extrañar que haya ocurrido en este campo porque, incumpliendo el citado artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, no se sometió en su día a dictamen el anteproyecto de lo que acabaría siendo la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, pese a que contenía preceptos de clara aplicación en España del derecho de la Unión. La propia exposición de motivos confiesa que una de las finalidades de la ley era la de «disponer de un instrumento que servirá de referencia para la elaboración de los planes de investigación científica y técnica de las distintas Administraciones Públicas, y para su articulación con las políticas de investigación de la Unión Europea y de Organismos Internacionales» y, efectivamente, hay preceptos en ella que son claramente de transposición de Directivas o de ejecución en España de Decisiones y Reglamentos o de facilitación de su aplicación tales como, por ejemplo, la apertura del empleo público en el sector a los nacionales de los Estados miembros, el artículo 37 respecto de la política de la Unión Europea de Open Access, o la Disposición adicional decimoséptima, reguladora de los «Mecanismos para facilitar la participación de entidades, personal o grupos de investigación españoles en los Consorcios de Infraestructuras de Investigación Europeas (ERIC)», es decir, de la aplicación en España del Reglamento (CE) n.º 723/2009 que regula estos consorcios sometidos directamente al derecho internacional y europeo en su funcionamiento; ausencia de dictamen que además dificulta mucho su aplicación al no haberse podido recomendar que se regulara la financiación de los programas europeos y nacionales coordinados con éstos.

No es de extrañar, pues, visto este precedente, que materias clásicas de la investigación a abordar por órdenes ministeriales se regulen, simplemente porque haya un previo real decreto desarrollador directamente de la Directiva, sin previo dictamen del Consejo de Estado, aun cuando el dictamen sobre el real decreto dejaba claro que su transposición (de la Directiva) era parcial y debería completarse –y decirse ello expresamente– en la orden ministerial a la que el real decreto remitía. Vid., por ejemplo, la Orden ECC/566/2015, de 20 de marzo, por la que se establecen los requisitos de capacitación que debe cumplir el personal que maneje animales utilizados, criados o suministrados con fines de experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia, que recogiendo lo preceptuado en los artículos 23, 24 y 25 y el anexo V de la Directiva 2010/63/UE, desarrolló los principios que establecía el artículo 15 del Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero; Real Decreto cuya aprobación, cumplido ya el plazo de transposición de la Directiva, era urgente aunque se hubieran dejado sin transponer los mismos para no agravar el incumplimiento del derecho de la Unión, como había señalado el dictamen número 1.240/2012, de 20 de diciembre. Es decir que dicha Orden debió ser sometida a dictamen especialmente cuando en su memoria de análisis de impacto se invocaba que no era necesario el dictamen simplemente porque ya había un real decreto, pero no se resaltaba que el contenido de la futura orden «cerraba» la transposición completa de la Directiva.

Finalmente un último criterio es el de la distinción entre actos administrativos generales y reglamentos propiamente dichos. Hay muchos supuestos donde la orden ministerial, al contener más detalle en su regulación, no resiste la tentación de añadir actos generales de aplicación en su contenido, hasta el extremo de que éstos, por su trascendencia, desdibujan la naturaleza de reglamento del resto de su contenido.

El Consejo de Estado ha tenido ocasión numerosas veces de afrontar este problema (vid., por todos, el dictamen número 587/2013, de 13 de junio, sobre el proyecto de Orden por la que se determinan los nuevos conjuntos de medicamentos y sus precios de referencia y se revisan los precios de referencia fijados para los conjuntos determinados con anterioridad, que tras numerosos dictámenes previos sobre normas de fijación de precios de referencia de medicamentos que incluían un larguísimo listado fijando dichos precios, nú-

meros 3.109/2003, 3.692/2003, 882/2004, 2.282/2006, 2.600/2006, 2.426/2007, 2.049/2008, 2.087/2009 y 2.108/2010, acabó recomendando la separación de ambos contenidos).

Esta diferencia a veces es sutil y el Consejo de Estado ha tenido ocasión recientemente de fijar criterios para lo uno o para lo otro. Así, con motivo de la aprobación de medidas contra plagas agrícolas (en dictámenes emitidos con carácter urgente, para intentar parar la extensión de la misma –o de la epizootía o zoonosis en el caso de la ganadería) admitió la existencia de proyectos de órdenes sometidos o no a dictamen preceptivo, pese a utilizar la misma habilitación legal, sobre la base del análisis concreto de las medidas adoptadas para combatirlas (compárense las de las medidas examinadas en los dictámenes números 265/2017, de 6 de abril, sobre el proyecto de Orden por la que se modifica la Orden AAA/1424/2015, de 14 de julio por la que se establecen medidas específicas de protección en relación con la lengua azul; y 150/2017, de 23 de febrero, sobre el programa nacional de control y erradicación de Tecia (*Scrobipalopsis*) solanivora (Povolny), con las medidas adoptadas en la Orden APM/21/2017, de 20 de enero, por la que se establecen medidas específicas de prevención en relación con la bacteria *Xylella fastidiosa* (Wells et al.) que no fue sometida a dictamen del Consejo de Estado.

II. Otras normas de rango inferior o de naturaleza distinta a la de órdenes ministeriales, tales como las resoluciones, instrucciones o circulares, en organismos sometidos al principio de autonomía o independencia orgánica o funcional, o ambas, por exigencia del derecho internacional o de la Unión Europea

Las Circulares del Banco de España fueron excluidas por el Tribunal Supremo de las normas que son objeto de dictamen preceptivo del Consejo de Estado en la Sentencia de 11 Oct. 2005, Rec. 6.822/2002:

Aunque lo dicho basta para desestimar este motivo, no existe inconveniente en añadir, a mayor abundamiento, que también acierta la Sala de instancia cuando excluye la procedencia del dictamen del Consejo de Estado en relación con la Circular

del Banco de España. En efecto, la Circular en cuestión no puede entenderse comprendida en el ámbito del artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, cuando se refiere a los «reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones», puesto que dichas disposiciones son en principio aquellas que desarrollan o ejecutan una ley de forma directa e inmediata, no cualesquiera disposición que ulteriormente pueda dictarse en virtud de sucesivas habilitaciones. Aquí nos encontramos en presencia de una disposición dictada por el Banco de España en virtud de una habilitación legal genérica (artículo 48.1 y disposición adicional octava de la LDIEC) y en ejecución de una expresa encomienda por parte del Ministerio de Economía y Hacienda (Orden de 31 de marzo de 1989), y que no desarrolla tanto la LDIEC directamente como la citada Orden de 31 de marzo de 1989.

Sin embargo, las competencias del Banco de España se han visto aumentadas en el sistema europeo (al igual que su coordinación con el Banco de Central Europeo y su autonomía frente al Ministerio de Economía) por lo que «la materia» a regular por dichas circulares a veces es mucho más amplia, en particular cuando se trata de normas de protección *ad extra*, de todos los ciudadanos o de los mismos en cuanto depositantes de fondos o participantes en inversiones, como parte de la ordenación del sistema financiero, o como garantía de que las instituciones financieras tengan asegurada su solvencia.

Las normas de la Unión equivalen en estos casos a leyes de ordenación del sistema y de protección de los consumidores y ciudadanos en general, por lo que el ámbito de las circulares enjuiciado en 2005 es ahora muy distinto. Incluso parte de la regulación de esa materia se basa en la autonomía institucional y funcional del propio Banco de España hasta el grado de que desde el Consejo de Estado ha admitido hace años la consulta directa al mismo sin necesidad de tener que venir remitida la petición a través del Ministerio de Economía.

Como ya se dijo en el primer dictamen recabado a solicitud del Banco de España (dictamen número 2.458/94, de 16 de febrero de 1995), «la atribución de la potestad reglamentaria al Banco de España en los términos contenidos en la Ley 13/1994, de 1 de junio, resulta suficiente para que la máxima autoridad de dicho Banco pueda solicitar el dictamen del Consejo de Estado, de carácter preceptivo,

por tratarse de un supuesto contemplado en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo, de una disposición de carácter general que se dicta en ejecución de una Ley. Puede decirse que, en este caso, la atribución de dicha potestad reglamentaria, inmediatamente vinculada a la Ley, lleva implícita la capacidad de consulta al Consejo de Estado».

Esta doctrina ha sido literalmente reiterada en el dictamen número 287/2016, de 28 de abril, sobre el proyecto de circular sobre el método de cálculo, para que las aportaciones de las entidades adheridas al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito sean proporcionales a su perfil de riesgo, que añadió, doctrina también reiterada, que «con carácter general, el artículo 3.1 de la Ley de Autonomía del Banco de España reconoce la potestad reglamentaria del Banco de España. El análisis de la potestad reglamentaria del Banco de España ha de partir de la doctrina de este Consejo (entre otros, dictámenes número 1.912/2007, de 8 de noviembre, y 25/2008, de 7 de febrero), de acuerdo a la cual la potestad reglamentaria de las entidades dotadas de autonomía no puede equipararse a la potestad reglamentaria originaria del Gobierno, pues se trata de una competencia de atribución, específicamente otorgada en el marco de las funciones de las correspondientes entidades)».

Por lo demás, como ha recordado el dictamen número 161/2016, de 10 de marzo, relativo al proyecto de circular del Banco de España, a las entidades titulares de cajeros automáticos y las entidades emisoras de tarjetas o instrumentos de pago, sobre información de las comisiones por la retirada de efectivo en cajeros automáticos, «el artículo 8.6 del Reglamento Interno del Banco de España (aprobado por Resolución de su Consejo de Gobierno de 28 de marzo de 2000), dispone que “aprobado el proyecto de Circular o de Circular monetaria por la Comisión Ejecutiva, será elevado al Consejo de Estado para consulta y dictamen, cuando sea legalmente preceptivo”, e invoca también el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que se refiere a los “reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones”».

La doctrina en estos casos ha venido a fundamentarse, tal y como señala el dictamen número 8/2016, de 28 de enero, sobre el proyecto de circular a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia,

que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n.º 575/2013, en el sentido siguiente:

«Dada la peculiar configuración de la potestad normativa del Banco de España, que se le confiere por el artículo 3.2 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (LBE) “para el adecuado ejercicio del resto de sus competencias [distintas de la ejecución de la política monetaria del Sistema Europeo de Bancos Centrales]”, otorgándole la facultad de “dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto”, tal autorización normativa puede estar contenida en una norma de rango legal o reglamentario. En rigor, sólo las habilitaciones normativas legales dan, pues, el carácter de reglamento ejecutivo de las leyes a las circulares del Banco de España; si bien, como se verá, con frecuencia las autorizaciones normativas en cadena están íntimamente conectadas –las previstas en las leyes se desarrollan en las normas con rango de real decreto, y estas acaban de precisarse por la orden ministerial– de modo que no es sencillo deslindar el carácter de “reglamento ejecutivo de lo dispuesto en norma con rango de ley” de los restantes.

En esta línea, el oficio de remisión de la autoridad consultante recaba el dictamen del Consejo de Estado “en relación con aquellas disposiciones del proyecto que tengan por objeto el desarrollo o la ejecución directa de una norma con rango legal”. Con independencia de que el adjetivo “directa” no está contenido en la norma atributiva de competencia al Consejo de Estado (el citado artículo 22.3 de su Ley Orgánica y, en términos semejantes, el artículo 5.1.h) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, hablan de “reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes”), lo cierto es que son muchos los preceptos que, habilitados de forma genérica por la ley, encuentran mayor precisión y una autorización normativa más detallada por el reglamento, de forma que también respecto de estos puede predicarse el carácter de reglamento ejecutivo de la circular del Banco de España.

Después se verán con detalle las habilitaciones concretas que se otorgan por unas y otras normas (de rango de ley o con

rango de reglamento). Precisa incluso la entidad consultante que, “en particular (...), se solicita el pronunciamiento del Consejo de Estado sobre las normas del proyecto relativas a la formación de comités mixtos (normas 26 y 27) y al régimen de incompatibilidades (norma 34), que tienen por objeto el desarrollo o la ejecución directa de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito”. A estas normas se prestará especial atención, siendo objeto de dictamen todas aquellas que suponen la aprobación de un reglamento ejecutivo en los términos indicados.

En todo caso, y por las razones que han sido objeto de análisis pormenorizado, es claro que la competencia del Consejo de Estado para dictaminar sobre la Circular proyectada es total en relación con las materia en que las leyes le otorgan aquella (en este caso, incorporación o cumplimiento del Derecho europeo y reglamento ejecutivo de las leyes); son pues las leyes y no la autoridad consultante las que delimitan la competencia consultiva de este Consejo, que se producirá con carácter integral sobre el proyecto atendiendo a los aspectos de legalidad y de oportunidad (artículo 2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado).»

Ello con total independencia de que la autonomía no alcanza a no desarrollar aspectos que la ley habilitante de la potestad del Banco de España (normalmente la ley de transposición de la Directiva) obliga a regular al Gobierno y de que el contenido de la circular debe ajustarse plenamente a los criterios impuestos por dicha ley habilitante (vid. las observaciones esenciales a determinados artículos en ese mismo dictamen).

Es decir, que la circular queda sujeta a la legalidad como cualquier otra norma reglamentaria y por ello su naturaleza es de reglamento ejecutivo a efectos del artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, aunque haya un real decreto interpuesto entre la ley y la circular.

O, dicho con otras palabras, como señala el anteriormente citado dictamen número 287/2016, de 28 de abril:

«En cuanto a las Circulares, la habilitación expresa podrá estar contenida directamente en norma con rango de ley o bien en la norma de rango reglamentario que la desarrolle. En este aspecto, la exposición de motivos de la Ley de Autonomía del

Banco de España subraya lo siguiente: “En materias distintas de la política monetaria, incluidas las relativas a la supervisión de las entidades de crédito, el Banco quedará sometido no sólo a lo dispuesto en las leyes, sino también a las disposiciones reglamentarias que dicte el Gobierno en desarrollo de aquéllas”. Por último, cabe traer a colación también la reiterada doctrina de este Consejo, según la cual dicha habilitación no debe producirse en blanco, sino que ha de fijar al menos las líneas o criterios esenciales en la propia norma de autorización; estas líneas o criterios esenciales deberán ser respetados por la norma que desarrolle la habilitación. B) En el presente proyecto de Circular, el fundamento de la habilitación del Banco de España para regular los aspectos contenidos en el mismo se encuentra en el apartado 3 del artículo 6 del Real Decreto-ley 16/2011, que encomienda a aquel el desarrollo de los métodos necesarios para que las aportaciones de las entidades de crédito adheridas al Fondo de Garantía de Depósitos sean proporcionales al perfil de riesgo de las mismas. Añade, además, que en el desarrollo del método tendrán en cuenta los siguientes factores: los principales indicadores derivados de la normativa de solvencia; el volumen de fondos propios y pasivos computables para el requisito mínimo de fondos propios y pasivos admisibles exigidos de conformidad con la Ley 11/2015; las directrices que haya establecido la ABE y la fase del ciclo económico y el impacto de las aportaciones procíclicas», parámetros todos estos que fueron examinados a los efectos de determinar si la circular propuesta se ajustaba o no a los mismos.

El mismo carácter de reglamento ejecutivo sometido a dictamen preceptivo tienen las circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Así se ha reiterado en el dictamen número 1.257/2015, de 10/3/2016, en el que, además, se precisaba que: «Con carácter general, la aprobación de las circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores requiere la previa habilitación normativa de forma expresa, en los términos que prevé el artículo 21.1 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (LMV), aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre: “La Comisión Nacional del Mercado de Valores, para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye

la presente Ley, podrá dictar las disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos aprobados por el Gobierno o en las Órdenes del Ministerio de Economía y Competitividad, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello”. Por lo que hace a estas funciones normativas, ha de partirse de la doctrina de este Consejo (entre otros, dictámenes números 1.912/2007, de 8 de noviembre y 25/2008, de 7 de febrero), de acuerdo a la cual este tipo de competencia no puede equipararse a la potestad originaria de normación reglamentaria del Gobierno, sino que se trata de una competencia de atribución, específicamente otorgada en el marco de las funciones de las correspondientes entidades dotadas de autonomía. En el caso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, esta potestad normativa se concede para el ejercicio de sus funciones de “supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora y las demás funciones que se le atribuyen en esta Ley” (artículo 17.1 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores).»

Por tanto, las circulares de órganos u organismos con autonomía garantizada por el derecho de la Unión son reglamentos ejecutivos y deben someterse a dictamen del Consejo de Estado desarrollen leyes o reales decretos y muy especialmente cuando transpongan Directivas o se dicten ejerciendo opciones que los Reglamentos o Decisiones otorgan al Reino de España o para facilitar en él su ejecución.

III. Bases reguladoras de las subvenciones

En este caso la cuestión que se suscita es el carácter normativo de las bases reguladoras de las subvenciones, puesto que es claro su carácter «ejecutivo» al ser aplicación y desarrollo de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, gran parte de cuyo articulado (aunque no todo) tiene carácter básico al haberse promulgado en aplicación del artículo 149.1.13.^a, 14.^a y 18.^a de la Constitución, así como lo tienen las subvenciones locales cuando las comunidades autónomas hubieran asumido competencias en materia

de régimen local (disposición final primera), al igual que lo tienen muchos de los artículos de su Reglamento aprobado por el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (vid., también, su disposición final primera).

Por ello, la cuestión del carácter preceptivo o no del dictamen en estos casos no sólo se ha planteado ante este Consejo de Estado sino también en algunos órganos consultivos de las Comunidades Autónomas.

Así, el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana dedica a esta materia un estudio de su Memoria de 2015. Los dictámenes 436/2015, 471/2015 y 483/2015 entre otros han concluido que el dictamen tiene carácter preceptivo por tratarse de reglamentos ejecutivos que ordenan el marco de la relación jurídica subvencional con vocación de permanencia. Viene considerando que ha de darse preponderancia a los criterios objetivables sobre aspectos sujetos a discrecionalidad técnica y exigiendo en todo caso motivación de dicha valoración (dictamen 77/2016).

El Consejo Consultivo de la Región de Murcia examinó esta cuestión en el dictamen 89/2008 y consideró que las bases reguladoras de la subvención que examinaba no eran un complemento indispensable de la Ley de Subvenciones de la Región de Murcia sino un «instrumento para el ejercicio de las competencias que ostentan los órganos que los impulsan». Pero al advertir razones a favor de la naturaleza reglamentaria indicó que se mantendría una postura de prudente expectativa hasta que se despejen las dudas en torno a la naturaleza jurídica de estos decretos y en tanto ello acaece el Consejo Jurídico emitirá con carácter facultativo, los dictámenes que sobre dichos proyectos se le sometan.

Especialmente llamativo es el artículo 18.7 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, del Consejo Consultivo de Illes Balears, que dice que «también están exentas de dictamen preceptivo las órdenes por las que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones».

Debe tenerse en cuenta que «el problema» en parte viene motivado por el hecho de que la citada Ley General de Subvenciones y su Reglamento General describen un procedimiento de aprobación de dichas bases que no citan expresamente la necesidad de informe del Consejo de Estado aunque imponen, como control previo, los informes de los servicios jurídicos y de la Intervención Delegada.

Así, el artículo 17, «Bases reguladoras de la concesión de las subvenciones», dispone en sus apartados 1 y 2 que:

«1. En el ámbito de la Administración General del Estado, así como de los organismos públicos y restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de aquélla, los ministros correspondientes establecerán las oportunas bases reguladoras de la concesión.

Las citadas bases se aprobarán por orden ministerial, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y previo informe de los servicios jurídicos y de la Intervención Delegada correspondiente, y serán objeto de publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

No será necesaria la promulgación de orden ministerial cuando las normas sectoriales específicas de cada subvención incluyan las citadas bases reguladoras con el alcance previsto en el apartado 3 de este artículo [que fija hasta catorce criterios a los que deben sujetarse estas normas y sus párrafos c), f), h), i), j), k), l), m) y n) son legislación básica].

2. Las bases reguladoras de las subvenciones de las corporaciones locales se deberán aprobar en el marco de las bases de ejecución del presupuesto, a través de una ordenanza general de subvenciones o mediante una ordenanza específica para las distintas modalidades de subvenciones».

A su vez, el artículo 29 se refiere «a la normativa reguladora de la subvención», al igual que lo hace el artículo 34.4 de la misma ley. Sin embargo, el artículo 23.2.a) parece admitir alguna excepción al prever como uno de los contenidos de la convocatoria «la indicación de la disposición que establezca, en su caso, las bases reguladoras y del diario oficial en que está publicada, salvo que en atención a su especificidad éstas se incluyan en la propia convocatoria.»

Finalmente, el artículo 28, siempre de la Ley General de Subvenciones, relativo a la concesión directa, establece que el Gobierno aprobará por real decreto, a propuesta del ministro competente y previo informe del Ministerio de Hacienda, las normas especiales reguladoras de las subvenciones reguladas en el párrafo c) del apartado 2

del artículo 22 de la ley (con carácter excepcional, las subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública, es decir, las llamadas subvenciones «directas»). Y el artículo 67.2 del Reglamento de la Ley General de Subvenciones prevé que «de acuerdo con el artículo 28.3 de la Ley General de Subvenciones, en la Administración General del Estado y en los organismos públicos de ella dependientes o vinculados, el Consejo de Ministros aprobará por Real Decreto, a propuesta del Ministro competente y previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda, las normas especiales reguladoras de las subvenciones. El citado Real Decreto tendrá el carácter de bases reguladoras de las subvenciones que establece, e incluirá los extremos expresados en el apartado 3 del artículo 28 de la Ley General de Subvenciones», añadiendo su apartado 3 que «la elaboración del Real Decreto a que se hace referencia en el apartado anterior se ajustará al procedimiento regulado en el artículo 24 de Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno», estableciendo a continuación, que «el expediente incluirá, además de los documentos que se establecen en el citado precepto legal, los siguientes: a) Una memoria del órgano gestor de las subvenciones, competente por razón de la materia, justificativa del carácter singular de las subvenciones, de las razones que acreditan el interés público, social, económico o humanitario, u otras que justifican la dificultad de su convocatoria pública. b) El informe del Ministerio de Economía y Hacienda, que será el último que se emita con carácter previo a la elevación del expediente con el proyecto de disposición al Consejo de Ministros, a salvo de que sea preceptivo recabar dictamen del Consejo de Estado.»

Y tampoco debe olvidarse a) que el artículo 8 de la Ley General de Subvenciones prescribe que la gestión de las subvenciones ha de realizarse de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, principios que, al igual que el resto de normas de la Ley General de Subvenciones que resulten aplicables, habrán de respetarse por las llamadas normas que establezcan las bases reguladoras de concesión de la subvención; b) que la actividad subvencionable puede

haber sido regulada por leyes sectoriales por lo que en la medida en que la actividad de fomento de ese sector mediante subvenciones haya sido regulada por norma con rango de ley ningún real decreto ni orden ministerial puede apartarse de la misma a la hora de establecer las bases reguladoras; y c) que, finalmente, las ayudas de Estado (es decir de cualquier ente del sector público) también están reguladas por los artículos 107 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y numerosos Reglamentos, Decisiones y Comunicaciones, a cuya legalidad debe ajustarse tanto las leyes como los reglamentos de subvenciones.

Finalmente, las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea tienen un régimen jurídico especial regulado en el artículo 6:

«1. Las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea se regirán por las normas comunitarias aplicables en cada caso y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquéllas.

2. Los procedimientos de concesión y de control de las subvenciones regulados en esta ley tendrán carácter supletorio respecto de las normas de aplicación directa a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea».

Antes de entrar a analizar los distintos supuestos debe señalarse que el problema se plantea porque es obvio que una ley no puede derogar una ley orgánica –y mucho menos lo puede hacer un reglamento– y por tanto la cuestión no es meramente formal ya que no puede interpretarse de manera alguna que la Ley de Subvenciones ha derogado (ni siquiera puede interpretarla en manera alguna) la Ley Orgánica 3/1980.

En suma lo que determinará si las bases reguladoras de las subvenciones (que, como se ha visto, no son sólo regulables por orden ministerial aunque está sea la regla general según el transcrito artículo 17) deben o no ser sometidas a dictamen preceptivo del Consejo de Estado es si son o no reglamentos, es decir si son una disposición de carácter general con naturaleza de reglamento (apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1980) o si transponen Directivas o suponen ejecución de normas internacionales o del derecho de la Unión Europea (apartado 2 del artículo 22).

Y ello, ahora sí el fundamento es de carácter formal, porque, en el caso de la Administración General del Estado, al estar las funciones del Consejo de Estado reguladas por Ley Orgánica, la exclusión del dictamen no puede hacerse por norma con naturaleza de ley ordinaria (y la Ley general de Subvenciones la tiene), sino que la exclusión del dictamen, si las bases reguladoras fueran reglamentos ejecutivos o cuando desarrollen de algún modo normas de la Unión Europea, sólo podría hacerse por ley orgánica.

Ello en cambio no es necesario, ni ocurre, en el derecho autonómico donde las funciones y competencias de los consejos consultivos están establecidas en leyes ordinarias y, por tanto, como es el caso de Illes Balears, una ley puede matizar o excepcionar esa función (sin perjuicio de si ello supondría o no respetar la equivalencia de las funciones del Consejo de Estado que institucionalmente tienen que respetar los consejos consultivos en cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuestión que excede, por su alcance, al objeto de este apartado de la memoria).

Pues bien, con carácter general, debe señalarse que la naturaleza de las bases reguladoras ha sido precisada por la jurisprudencia desde el origen mismo de la Ley General de Subvenciones. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2004 destacó la importancia de tales bases reguladoras y su carácter normativo, al decir que, «si bien el establecimiento de la subvención se inscribe dentro de la potestad discrecional de la Administración, en cambio su otorgamiento y reglamento concreto queda sujeto a las reglas y las bases establecidas en la normativa que las regula. Es decir, habremos de estar a las bases reguladoras de la correspondiente subvención para determinar los márgenes de apreciación que la Administración haya podido reservarse en orden al otorgamiento o denegación de la subvención, pues lo contrario resultaría arbitrario y atentatorio al principio de seguridad jurídica. De modo que, establecida la subvención será su regulación concreta la que determinará el margen de discrecionalidad con que cuenta la Administración en su otorgamiento o denegación». Se deduce de tal configuración que las bases reguladoras constituyen un elemento conformador de su régimen jurídico.

Ya en el año 2016 la Sentencia del Tribunal Supremo 610/2016, de 15 de marzo, relativa a un recurso interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra el Real Decreto 536/2013, de 12 de julio, por el que se

establecen las bases reguladoras de las subvenciones estatales destinadas a la realización de programas de interés general con cargo a la asignación tributaria del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en el ámbito de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, afirma en su fundamento de derecho tercero que «no cabe apreciar la insuficiencia de rango denunciada por la recurrente. Se trata aquí de un reglamento dictado en ejecución de lo previsto en una norma con fuerza de ley, a fin de desarrollar esta última en lo relativo a condiciones y trámites del procedimiento de concesión de subvenciones. Pues bien, que el desarrollo de las normas legales se haga mediante real decreto –que, como resulta bien sabido, es la forma adoptada por las disposiciones generales aprobadas por el Consejo de Ministros– es lo normal. Tal vez hubiera de justificarse específicamente un desarrollo reglamentario de la ley hecho mediante disposiciones de rango inferior al real decreto; pero está fuera de toda duda que el Gobierno ostenta la potestad reglamentaria, tal y como establece el artículo 97 de la Constitución». Añade que tampoco cabe apreciar falta de motivación porque no hay ningún precepto equivalente al artículo 54 de la Ley 30/1992, que imponga inexcusablemente la motivación de los reglamentos.

La doctrina del Tribunal Constitucional, a su vez, se refiere esencialmente a conflictos de competencia en esta materia, pero también parte del carácter normativo de las bases reguladoras de las subvenciones, en cuanto inciden en las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos que pretenden acceder a las subvenciones, en aspectos nucleares de la relación jurídica subvencional (SSTC 130/2013, de 4 de junio, 87/2016, de 28 de abril, o 178/2011, de 8 de noviembre, entre otras).

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/2016, de 28 de abril, en su fundamento de derecho sexto, recuerda que en otras sentencias como la 36/2012, de 15 de marzo, en un conflicto sobre subvenciones relativas al área de asistencia social, ha declarado que considera incluida en la esfera de la competencia estatal la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional, objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso, mientras que sitúa dentro de la competencia autonómica lo atinente a su gestión, esto es, a la tramitación, resolución y pago de las subvenciones, así como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 178/2011, de 8 de noviembre (fundamento jurídico sexto), había recordado que «la doctrina sobre el instrumento normativo en el que se han de contener las subvenciones estatales que se instrumenten en materias en las que el Estado ostente competencia para dictar normas básicas ha considerado inadecuado que una vez fijado el régimen subvencional básico en norma de rango adecuado –ley o real decreto– se continúe reformulando dichas bases a través de normas de rango inferior (STC 213/1994), de 14 de julio). Por tanto, con mayor rigor hemos de rechazar ahora la reformulación de cualquiera de los aspectos nucleares de las subvenciones –en este caso las características de los programas asistenciales– a través de resoluciones de desarrollo de la orden ministerial de aquellas materias en las que el Estado carece de título genérico o específico de intervención».

Esta jurisprudencia y doctrina afirman, pues, el carácter reglamentario de las bases reguladoras.

Respecto a la doctrina y praxis de este Consejo de Estado, lo cierto es que esporádicamente son sometidas a consultas algunas bases reguladoras de subvenciones. La inmensa mayoría no lo son, sean reales decretos u órdenes ministeriales.

Cuando son dictaminadas se indica que el Consejo de Estado informa con carácter preceptivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.2 (si son subvenciones europeas) o 3 (si su base legal es sólo nacional) de la Ley Orgánica 3/1980 (vid., por ejemplo, los dictámenes números 1.027/2009, de 17 de septiembre, y 775/2010, de 17 de junio, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la implantación de sistemas de aseguramiento para la mejora integral de la calidad de la leche cruda producida y recogida en las explotaciones, y su certificación externa, y una modificación del mismo; o 827/2014, de 16 de octubre, sobre el proyecto de real decreto por el que se crea un mecanismo de compensación de costes indirectos de emisiones indirectas de gases de efecto invernadero para empresas de determinados sectores y subsectores industriales a los que se considera expuestos a un riesgo significativo de «fuga de carbono» y se aprueban las bases reguladoras de la concesión de las subvenciones para los ejercicios 2014 y 2015).

Únicamente el dictamen 131/2006, de 23 de marzo, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula la concesión por el Instituto Social de la Marina de las ayudas asistenciales en atención a las situaciones especiales derivadas del trabajo en el mar para trabajadores y beneficiarios del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, contiene una referencia a la posición del entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales acerca de la posibilidad de subvenciones que no desarrollan ninguna norma legal: «Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado como unos de los terrenos más propicios para los llamados reglamentos independientes (no necesitados de previa habilitación legal) precisamente es el de la actividad administrativa de fomento, siempre que no afecte a derechos fundamentales o al desarrollo de derechos y libertades públicas. En congruencia con ello, el Ministerio ha considerado como título jurídico suficiente para la aprobación del real decreto consultado, sin necesidad de ley formal habilitante, la atribución de competencias al Instituto Social de la Marina contenida en el artículo 2.6.b) del Real Decreto 1.414/1981 con relación al bienestar de los trabajadores del mar a través de adecuados servicios y acciones. Y, en efecto, abundan los reales decretos que articulan ayudas y subvenciones que no desarrollan ley alguna sino que se entiende desarrollan las competencias que los órganos que los impulsan tienen atribuidas. Así, el mencionado Real Decreto 1.551/2005 no invoca ninguna ley en su preámbulo y no se considera a sí mismo desarrollo de ninguna norma legal, ni siquiera de los artículos 22 y 28 de la LGS, pues estos preceptos solo determinan el rango adecuado de la norma de procedimiento, de orden en el caso general (artículo 17), de real decreto en los supuestos de concesión directa (artículo 28), pero no pretende la propia LGS constituirse en título material suficiente para todas las ayudas o subvenciones que puedan aprobarse, cuyas convocatorias deberán ajustarse y respetar esa ley general pero no por ello serán reglamentos ejecutivos de la misma, sino que habrán de encontrar su habilitación en otras normas relativas al ámbito sobre el que se desee que las subvenciones desplieguen sus efectos de fomento y promoción.»

Analizando su contenido, el dictamen llegaba a la conclusión de que en realidad más que subvenciones el proyecto establecía y regulaba prestaciones: «Ahora bien, si estas llamadas ayudas asistenciales del proyecto no son subvenciones sino prestaciones de la Se-

guridad Social, esta nueva calificación de la naturaleza jurídica de las mismas acarrea consecuencias desde la perspectiva del principio de legalidad, dado que las prestaciones públicas que generan derechos subjetivos en los particulares sí requieren una previa norma de rango legal que las autorice. Norma legal habilitante que ciertamente no falta en esta materia, aunque no haya sido tenida en consideración en la tramitación de este proyecto. A juicio del Consejo de Estado, las prestaciones reguladas en el proyecto de Real Decreto y las seis situaciones especiales que las motivan, se encuadran limpiamente en el artículo 29.1.j) y 2 del texto refundido de las leyes reguladoras del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, ...».

Por ello, estimaba que el dictamen se emitía en aplicación del apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica.

En suma, aunque se admitía la calificación de reglamentos no ejecutivos de algunas subvenciones, a su vez, muchas de ellas podían ser consideradas reglamentos ejecutivos por regular la ejecución en España de normas de la Unión Europea o por tratarse de una actividad sectorial y materialmente regulada por una ley de la que derivaría, más allá de la habilitación del crédito presupuestario, siempre necesaria, la actividad administrativa prestacional o de fomento mediante ayudas (o subvenciones) de determinadas actividades consideradas de interés público como derecho o como posibilidad en régimen de concurrencia o directamente (con independencia de las subvenciones nominativas incluidas directamente en la ley de presupuestos o en convenios, que a su vez, tienen un régimen jurídico muy preciso no exento de problemas cuando a través de ellos en realidad se están instrumentando subvenciones).

Otros dictámenes se han basado para afirmar su preceptividad tanto en el derecho de la Unión Europea, como en el hecho de que hubiera una ley material sectorial previa «ordenando» la actividad prestacional o de fomento, especialmente si orienta o fija criterios para dicha acción, y, en general, cuando se trata de bases reguladoras de subvenciones directas del artículo 28.3 en relación con el 22.2.c) de la Ley General de Subvenciones reguladas por real decreto.

Así, pueden verse, por ejemplo, el dictamen número 61/2010, de 11 de febrero, sobre el proyecto de Real Decreto sobre las bases reguladoras de las ayudas en el marco del Programa Nacional de rees-

tructuración para el sector del algodón, informado por el Consejo de Estado, a través de su Comisión Permanente, «con carácter preceptivo por tratarse de una adaptación interna de los contenidos de los Reglamentos (CE) n.º 637/2008 del Consejo, de 23 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1.728/2003 y se establecen programas nacionales de reestructuración para el sector del algodón, y n.º 1.145/2008 de la Comisión, de 18 de noviembre de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 637/2008 del Consejo, exigencia de dictamen contenida en el artículo 22.Dos de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado», o el dictamen número 533/2014, de 17 de julio, Proyecto de real decreto por el que se establece el régimen de ayudas por costes laborales destinadas a cubrir costes excepcionales vinculados a planes de cierre de unidades de producción de las empresas mineras del carbón, que tenía por finalidad la aplicación del régimen de concesión directa a dichas ayudas, al amparo del artículo 22.2.c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones que, aunque no era ejecución de derecho de la Unión, sí debía operar en el marco de la Decisión 2010/787/UE, de 10 de diciembre de 2010, relativa a las ayudas estatales destinadas a facilitar el cierre de unidades de producción de carbón no competitivas, que prorrogó hasta 2018 la posibilidad de que los Estados miembros concedan ayudas para cubrir costes relacionados con el carbón destinado a la producción de electricidad, si bien, exige para ello una serie de condiciones).

O, en otro área distinta, el dictamen número 214/2010, de 15 de abril, sobre el proyecto de real decreto por el que se regulan las subvenciones y ayudas en el ámbito de la cooperación internacional, en el que la «materia» había sido regulada en parte en una disposición adicional (la decimoctava) de la Ley General de Subvenciones bajo la rúbrica «subvenciones de cooperación internacional». Y sin embargo, no se sometieron a dictamen sus bases reguladoras aprobadas por Orden AEC/2909/2011, de 21 de octubre, por la que se establecen las bases para la concesión de subvenciones de cooperación internacional para el desarrollo, ni, en 2017, la Orden AEC/509/2017, de 23 de mayo, por la que se suspende la aplicación de determinados porcentajes fijados en ella.

O más recientemente los dictámenes números 896/2016, de 10 de noviembre, sobre el proyecto de Orden por la que se determi-

nan los gastos subvencionables por el Fondo Social Europeo durante el período de programación 2014-2020, en la que el dictamen se emitió como preceptivo «en virtud de lo dispuesto en el artículo 22, apartados 2 y 3, de la Ley Orgánica 3/1980», y el dictamen número 83/2017, de 2 de febrero, sobre el proyecto de real decreto por el que se establece la concesión de una ayuda excepcional de adaptación al sector productor de vacuno de leche y se modifica el Real Decreto 1.075/2014, de 19 de diciembre, sobre aplicación a partir de 2015 de los pagos directos a la agricultura y ganadería y otros regímenes de ayuda, que el Consejo de Estado informó con carácter preceptivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 22, apartados 2 y 3, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, siendo una concesión directa tramitada conforme a lo previsto en el artículo 22.2.c) de la Ley General de Subvenciones, además de ejecución de una norma de la Unión al hacer uso el Gobierno de las opciones que permite al Reino de España el Reglamento Delegado (UE) 2016/1613, de la Comisión. En este dictamen se ha sentado la doctrina de que, «aunque tanto el ministerio proponente como el Ministerio de Hacienda y Función Pública entendieron que se trataba de ayudas directas del artículo 22.2.c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y, por ello, de conformidad con lo previsto en la letra a) del párrafo segundo del artículo 67.3 del Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, aprobado mediante Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, tramitaron el expediente recabando, conforme al mismo, solo el preceptivo informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de manera que dicho informe incluyó todos los aspectos competencia de dicho ministerio (por ejemplo el de la adecuación del proyecto al orden de distribución constitucional de competencias), ello sin embargo, no obviaba su tramitación como disposición de carácter general pese a antecedentes históricos en sentido contrario, especialmente porque, al modificarse el Real Decreto 1.075/2014, de 19 de diciembre, sobre la aplicación a partir de 2015 de los pagos directos a la agricultura y a la ganadería y otros regímenes de ayuda, debería haberse incorporado el informe en materia competencial que hoy correspondería al Ministerio de Presidencia y para las Administraciones Territoriales».

Pero basta con examinar normas aprobadas en 2016 y 2017 para comprobar que en el fondo estos criterios se aplican erráticamente.

Por ejemplo se recogen a continuación una serie de reales decretos en los cuales el dictamen, pese a tratarse de uno de los que, según lo recién indicado se someten a dictamen preceptivo del Consejo de Estado, sin embargo los respectivos proyectos no lo han sido.

Real Decreto 312/2016, de 29 de julio, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas para el apoyo a las acciones de formación profesional y adquisición de competencias en el marco del Programa Nacional de Desarrollo Rural 2014-2020, para el fomento de la integración de entidades asociativas agroalimentarias de carácter supraautonómico, pese a tener un marco legal de referencia europeo (el Reglamento (UE) n.º 1.305/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural-FEADER) y nacional (la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario y diversos instrumentos de desarrollo de la misma).

Real Decreto 425/2016, de 11 de noviembre, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones de la Administración General del Estado al Seguro Agrario, pese a ser claro desarrollo de la Ley 87/1978, de 28 de diciembre, de Seguros Agrarios Combinados, crea el Seguro Agrario Combinado y define sus características y los principios generales de su aplicación y gestión. Entre otras disposiciones, dicha ley prevé que el Estado realice aportaciones económicas al importe de las primas que deben satisfacer los agricultores y dispone la creación de la Entidad Estatal de Seguros Agrarios (ENESA); ni el proyecto de lo que sería el Real Decreto 264/2017, de 17 de marzo, por el que se establecen las bases reguladoras para la financiación de la adaptación de las líneas eléctricas de alta tensión a los requisitos establecidos en el Real Decreto 1.432/2008, de 29 de agosto, por el que se establecen medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y la electrocución en líneas eléctricas de alta tensión, a su vez un reglamento ejecutivo de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y de diversos convenios internacionales y Directivas (de ahí que fuera informado por el Consejo de Estado al amparo tanto del 22.3 como del 22.2 de la Ley Orgánica 3/1980, vid., dictamen número 170/2008, de 7 de febrero).

Real Decreto 359/2017, de 31 de marzo, por el que se establece una convocatoria para el otorgamiento del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables en el sistema eléctrico peninsular, pese a que pretende avanzar en el cumplimiento de los objetivos vinculantes establecidos en la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y es desarrollo directo del artículo 12 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que dispone que para el otorgamiento del régimen retributivo específico se establecerán mediante Real Decreto las condiciones, tecnologías o colectivo de instalaciones concretas que podrán participar en el mecanismo de concurrencia competitiva, así como los supuestos en los que se fundamente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.7 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

Real Decreto 561/2017, de 2 de junio, por el que se regula la concesión de diversas subvenciones directas del Ministerio del Interior, a) a Cruz Roja Española, para programas asistenciales en Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), por su participación en la Operación Paso del Estrecho y en otras actividades de protección civil, y por su colaboración en el cumplimiento de penas de trabajo en beneficio de la comunidad, b) a la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), para estudios universitarios de los reclusos, c) a la Conferencia Episcopal Española, para atención del culto en centros penitenciarios, d) a la Comisión Islámica de España, para la atención del culto en centros penitenciarios, e) a la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), para la colaboración en la realización de trabajo en beneficio de la comunidad, y f) a Cáritas Española, para facilitar la aplicación de los programas con personas sentenciadas a penas no privativas de libertad.

Otro ejemplo de subvención directa del artículo 28 en relación con el 22.2.c), y 67 del Reglamento, es el Real Decreto 654/2017, de 23 de junio, por el que se regula la concesión directa de una subvención a las ciudades de Ceuta y Melilla para la mejora de la atención prestada en los centros de acogida de menores extranjeros no acompañados, donde, como en todos los anteriores, no hubo consulta al Consejo de Estado.

Si el centro de atención se pone en las aprobadas por Orden Ministerial, también hay múltiples ejemplos. Sin ánimo exhaustivo, pueden verse las siguientes:

- Orden INT/666/2015, de 27 de marzo, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a entidades locales adscritas a los Planes de Emergencia Nuclear.

- Orden SSI/1449/2015, de 13 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras del Certamen Nacional de Jóvenes Emprendedores.

- Orden PRE/593/2016, de 21 de abril, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión por el Centro de Investigaciones Sociológicas de subvenciones para formación e investigación en materias de interés para el Organismo.

- Orden IET/1009/2016, de 20 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas de apoyo a agrupaciones empresariales innovadoras con objeto de mejorar la competitividad de las pequeñas y medianas empresas.

- Orden ECD/1345/2016, de 3 de agosto, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas dirigidas a la contratación de jóvenes inscritos en el fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

- Orden SSI/121/2017, de 8 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras de los Premios de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género a tesis doctorales sobre violencia contra la mujer.

- Orden HFP/276/2017, de 22 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de becas de formación para titulados universitarios, en materia de transparencia, derecho al acceso a la información y buen gobierno.

Es cierto que en algunas de estas normas la ausencia total de intervención del legislador en la materia, podría justificar que las bases reguladoras no puedan considerarse reglamento ejecutivo o, cuando se trata de una orden ministerial, que la ausencia de un real decreto regulador de la materia sectorialmente podría justificar el que se en-

tendiera que la orden ministerial tampoco está desarrollando ninguna norma previa. De esta manera, si la subvención objeto de la base reguladora solo tiene como norma superior la mera habilitación del crédito presupuestario, es más discutible que dichas bases reguladoras sean realmente reglamentos ejecutivos.

Lo mismo podría decirse en los supuestos en que se interpone entre la norma presupuestaria y las bases reguladoras un plan nacional no normativo, supuesto que también hace quizás más justificable su aprobación sin necesidad de dictamen ya que, si caben todavía reglamentos independientes, no organizativos, este sería uno de los ejemplos típicos.

Así por ejemplo, tampoco fue sometido a dictamen el Real Decreto 637/2016, de 9 de diciembre, por el que se prorroga el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016 regulado por el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril (en la actualidad ocurriría lo mismo con la puesta en marcha del nuevo plan de vivienda 2018-2021 aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros en mayo de 2017).

O puede verse otro ejemplo muy similar en la promulgación del Real Decreto 617/2017, de 16 de junio, por el que se regula la concesión directa de ayudas para la adquisición de vehículos de energías alternativas, y para la implantación de puntos de recarga de vehículos eléctricos en 2017 (Plan MOVEA 2017), y que es expresión de que, al igual que la acción estatal en materia de vivienda, también la acción estatal en el sector automovilístico como sector económico-industrial, opera, como ha hecho siempre, sin marco legal concreto sino a través de planes.

En suma, si bien parecen atisbarse tres campos donde las bases reguladoras –las normas que fijan los criterios de subvención– casi con toda seguridad pueden calificarse de reglamentos ejecutivos [a) subvenciones y ayudas europeas, b) en materias donde la actividad prestacional o de fomento ha sido regulada por el legislador que remite al Gobierno el desarrollo de criterios concretos, y c) los reales decretos reguladores de subvenciones directas], no pudiendo considerarse el que la mera aplicación de la Ley General de Subvenciones,

por el mero hecho de serlo, haga atribuible a las bases reguladoras del carácter de reglamento ejecutivo, sin embargo, la praxis demuestra que ello da lugar a decisiones erráticas de consulta, donde no hay claridad en los criterios, que más bien parecen depender de la opinión de los distintos Departamentos.

Por ello estima urgente este Consejo de Estado que en el marco de la previsible reforma de la citada Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, se clarifique definitivamente el régimen jurídico de las mismas fijando con más claridad cuáles tienen carácter de reglamento ejecutivo por suponer la aplicación de uno de los tres criterios antes enunciados.

Mientras tanto, debería ciertamente coordinarse mejor la acción de las Secretarías Generales Técnicas, la Abogacía del Estado y la Intervención General, para aplicar criterios similares a todas las bases reguladoras.

IV. Conclusiones

Cuando una norma con rango de ley ha regulado la organización administrativa, la remisión del desarrollo de esa regulación a la potestad reglamentaria del Gobierno o del titular del departamento nunca puede interpretarse como «no de ejecución» de la ley por muy «autoorganizativo» que sea la materia y el contenido del real decreto u orden ministerial de desarrollo.

Toda habilitación *per saltum* directa al titular del Departamento para la regulación de la materia de que se trate, sea de un precepto sea de aspectos más amplios del ámbito de la ley, constituye un reglamento ejecutivo que exige el dictamen del Consejo de Estado aunque se trate de proyectos de órdenes ministeriales.

La orden ministerial que se dicte haciendo uso de una habilitación de potestad reglamentaria prevista en un real decreto que a su vez sea desarrollo de una ley es en principio reglamento ejecutivo salvo que su detalle haya sido prefijado en el real decreto y se trate de materias que por su complejidad o carácter técnico, o necesidad de cambios rápidos para adaptarse a situaciones cambiantes, esté justificada la no necesidad de consulta. Ello en ningún caso es

aplicable a supuestos donde lo regulado en la orden ministerial sea algún precepto, mandato o ejercicio de opciones concretas habilitadas o impuestas por el derecho de la Unión Europea, especialmente cuando el real decreto reconoce expresamente su carácter parcial o incompleto de adaptación del ordenamiento español al de la Unión Europea en esa materia.

Las circulares y resoluciones con fuerza y naturaleza normativa reglamentaria de órganos funcionalmente autónomos o independientes son reglamentos ejecutivos a efectos del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en los mismos términos que lo señalado para las órdenes ministeriales, de nuevo especialmente cuando su función es la de asegurar el cumplimiento del ordenamiento de la Unión Europea en España.

En espera de una reforma clarificadora de la Ley General de Subvenciones, deberían fijarse criterios uniformes para todos los Departamentos ministeriales acerca de cuándo los reales decretos de desarrollo de subvenciones directas, de bases reguladoras en las que la actividad subvencionada esté predeterminada de alguna manera por ley (más allá de la mera habilitación del crédito presupuestario) y de aplicación en España de ayudas y subvenciones de la Unión Europea o que deben enmarcarse en la regulación habilitada y detallada en normas de la Unión, deben ser sometidos a dictamen del Consejo de Estado.

Finalmente, debe quedar claro que la estructura del grupo normativo del ordenamiento español (es decir, leyes, programas, planes, reales decretos u otros instrumentos) y, por tanto, el carácter ejecutivo o no, dentro de ese sistema interno, del real decreto u orden proyectados, es sólo una de las variables a tener en cuenta –en aplicación del artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980–. Cualquier norma proyectada para facilitar la aplicación del derecho internacional o de la Unión Europea, incluida la transposición de cualquier precepto de una Directiva, haya o no normas internas de rango superior (ley, o real decreto, en su caso) y, por tanto, con total independencia de que se trate, dicha norma, de un reglamento ejecutivo o no, debe en cualquier caso ser sometida a dictamen del Consejo de Estado en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 21.2 y 22.2 de la Ley Orgánica 3/1980.

II. LAS ATRIBUCIONES DEL GOBIERNO EN FUNCIONES

1. El marco legal

Por Real Decreto 977/2015, de 26 de octubre, se disolvieron el Congreso de los Diputados y el Senado y se convocaron elecciones para el día 20 de diciembre de 2015. Por Real Decreto 184/2016, de 3 de mayo, se volvieron a disolver las Cámaras y a convocar elecciones para el 26 de junio de 2016, en aplicación del artículo 99.5 de la Constitución. Como consecuencia de todo ello el Gobierno ha estado en funciones desde el 21 de diciembre de 2015 hasta el 31 de octubre de 2016, casi un año.

El artículo 101 de la Constitución prevé que el Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente y el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Esta es la única regulación constitucional de la llamada *prorrogatio* del Gobierno, cuya finalidad es evitar la paralización del Estado durante la conformación de un nuevo Ejecutivo y facilitar el traspaso de poderes.

Es la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, la primera que desarrolla la configuración del Gobierno en funciones, en cuanto a atribuciones y límites de actuación. Con anterioridad había sido presentado en la primera legislatura un proyecto de Ley Orgánica del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública (Boletín Oficial de las Cortes de 5 de febrero de 1980) que únicamente decía en su artículo 9 que el Presidente en funciones no podrá proponer la disolución de las Cámaras, ni plantear la cuestión de confianza o ser objeto de moción de censura. Ejercerá el resto de las facultades del Presidente del Gobierno y continuará en el desempeño de su cargo hasta la toma de posesión del nuevo Presidente.

Con motivo de la aprobación de la Ley 50/1997, del Gobierno, se suscitaron algunas dudas acerca de la posibilidad de que una Ley pudiera limitar las funciones del Gobierno cuando la Constitución no lo hace ni tampoco apela al legislador. En tal sentido cabe recordar el voto particular del Magistrado Eduardo Espín Templado a la Senten-

cia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005, que considera que la Constitución no restringe la capacidad de actuar del Gobierno de manera genérica ni explícita ni implícitamente, y que dicha limitación sustrae al ámbito de la política del sistema democrático parlamentario toda una serie de decisiones políticas y las somete indebidamente al juicio de los tribunales, por lo que hubiera sido pertinente el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad. Lo cierto es que no se ha suscitado ninguna cuestión al respecto y el artículo 21 de la Ley del Gobierno viene aplicándose desde entonces.

Las Comunidades Autónomas ya en los años 80 comenzaron a dictar Leyes de Gobierno que han sufrido diversas modificaciones, siendo el núcleo esencial para determinar las posibilidades de actuación del Gobierno en funciones, el concepto de «despacho ordinario de los asuntos públicos» de su competencia a través de expresiones como «asuntos de trámite», «funcionamiento normal de los servicios públicos», «gestión ordinaria» o «buen funcionamiento de la Administración»). Un caso singular es el de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que ha aprobado la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura, que afirma el principio general de continuidad del gobierno tras el cese del Presidente y lo concreta en los principios rectores de mínima intervención, neutralidad política, lealtad y colaboración e información y transparencia e impone limitaciones a los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma, como aprobar expedientes de contratos sujetos a regulación armonizada, salvo los de suministros o de servicios o suscribir convenios con entidades públicas o privadas que supongan reconocimiento de obligaciones para la hacienda pública de la Comunidad Autónoma.

El texto del artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno es el siguiente:

«1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.

2. El Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, con las limitaciones establecidas en esta Ley.

3. El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas.

4. El Presidente del Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:

- a) Proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras, o de las Cortes Generales.
- b) Plantear la cuestión de confianza.
- c) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo.

5. El Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:

- a) Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- b) Presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

6. Las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales».

Más recientemente, la Ley Orgánica 1/2016, de 31 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, introduce una disposición adicional séptima en la Ley Orgánica 2/2012, consecuencia del largo período del Gobierno en funciones para establecer reglas de actuación del gobierno cesante para la competencia relativa al establecimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para el conjunto de Administraciones públicas. Como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2016, el Gobierno se encuentra en funciones desde la celebración de las elecciones de 2015, situación que sujeta la actuación del Gobierno a ciertos lími-

tes, previstos en el artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Añade que «de un lado, debe limitar su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique» y de otro lado, «el Gobierno en funciones no puede aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado. Esta imposibilidad conduce a la prórroga de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, de no aprobarse a iniciativa de un nuevo Gobierno antes del primer día del ejercicio económico correspondiente un presupuesto». Por ello el Gobierno no puede aprobar el límite de gasto no financiero, en el sentido previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 2/2012. La finalidad de la Ley declara que es permitir la revisión de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, para adaptarlos a las decisiones del Consejo de la Unión Europea, cuando un Gobierno se encuentra en funciones según lo previsto en el artículo 101.2 de la Constitución y no se haya producido la aprobación del límite de gasto no financiero del Presupuesto del Estado. El dictamen 908/2016/759/2016, de 24 de noviembre, examinó dicha Ley Orgánica con motivo de una consulta facultativa formulada por el Presidente de la Junta de Extremadura sobre la obligación del Gobierno en funciones de remitir a la Junta de Extremadura la información exigida por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

2. La interpretación jurisprudencial del artículo 21 de la Ley del Gobierno

Hay tres sentencias del Tribunal Supremo que han abordado la actuación del Gobierno en funciones desde el artículo 21 de la Ley del Gobierno: Sentencias 5.369/2005, de 20 de septiembre, 8.303/2005, de 2 de diciembre y 2.602/2013, de 28 de mayo.

La Sentencia de 20 de septiembre de 2005 anuló la concesión de una extradición por entender que el Gobierno en funciones, «al pronunciarse sobre la procedencia o no de la extradición pasiva ejercita siempre una facultad de valoración de los intereses nacionales que conlleva un juicio político que excede de la gestión or-

dinaria de los asuntos públicos y priva al futuro Gobierno de una decisión política que en el ejercicio de su soberanía nacional le corresponde», añadiendo que «la gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza».

La Sentencia de 2 de diciembre de 2015 enjuició si la denegación de un indulto entraba dentro de las atribuciones de un Gobierno en funciones. Afirma que el despacho ordinario de los asuntos públicos «comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique, condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse». La propia Sentencia expresa que restringe el criterio seguido por la Sentencia anterior ya que no es la presencia de una motivación o juicio políticos lo que excede a la gestión ordinaria de los asuntos públicos sino «la adopción de decisiones que, por su contenido en las circunstancias concretas en las que se toman, impliquen una nueva orientación política o condicionen, comprometan o impidan la que deba adoptar el nuevo Gobierno» Dice que expresamente que «damos un nuevo paso en el proceso de definición, a partir de las previsiones constitucionales y legales, del estatuto del Gobierno en funciones».

La Sentencia de 28 de mayo de 2013 confirma la interpretación realizada por la Sentencia de 2 de diciembre de 2005 al expresar que el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas, ni desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya. El cese priva a este Gobierno de la capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin, de manera que será preciso examinar, caso por caso, cuando surja la controversia al respecto, si el discutido tiene o no esa idoneidad en función de la decisión de que se trate, de sus consecuencias y de las circunstancias en que se deba tomar.

3. Las posibilidades de actuación del Gobierno en funciones en la reciente doctrina del Consejo de Estado

Tanto en la Ley 50/1997, del Gobierno, como en la Ley Orgánica 1/2016, el concepto en torno al cual se configura la capacidad de actuación del Gobierno es el de «despacho ordinario de los asuntos públicos» al que deben añadirse como presupuestos habilitantes –por vía de excepción y debidamente acreditados– los «asuntos urgentes» o «exigidos por el interés general». Se trata de dar continuidad a la actividad pública necesaria para el funcionamiento del sistema.

El cese del Gobierno extingue la relación de confianza entre Parlamento y Gobierno que le habilita para el ejercicio de la dirección política por lo que su actividad ha de limitarse a los llamados asuntos ordinarios y a la adopción de medidas para afrontar los asuntos urgentes o improrrogables sin condicionar o impedir las tareas del futuro Gobierno. En otros ordenamientos se habla de los llamados «*affaires courantes*» por el Consejo de Estado francés (a partir de los *arrêts* de 4 de abril de 1952 y de 19 de octubre de 1962 y que aparecía en el artículo 52 de la Constitución de la IV República); los «*affari correnti*» o la «administración ordinaria» en Italia; «los asuntos corrientes para asegurar la continuidad de las funciones» (artículo 15 de la Constitución de Dinamarca); los «actos estrictamente necesarios para asegurar la gestión de los asuntos» (artículo 186.5 de la Constitución de Portugal de 1976). En Bélgica se han diferenciado los llamados asuntos banales, los asuntos urgentes y aquellos en que el Gobierno debe abstenerse de intervenir.

Durante este largo tiempo de provisionalidad del Gobierno, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar las atribuciones del Gobierno en funciones a la vista de cada caso para analizar la concurrencia de los presupuestos habilitantes como sugiere la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo que en la exposición de su doctrina es importante conocer el objeto de la consulta. Se advierte que prácticamente en la mayoría de las ocasiones en que el dictamen entra a examinar la posibilidad de adoptar la medida por estar el Gobierno en funciones se refieren a anteproyectos o proyectos de normas. El Consejo de Estado se plantea la cuestión en otros casos. Así, cabe recordar el dictamen 791/2016, de 22 de septiembre, en el que se dijo que la competencia para que el Gobierno pudiera modi-

ficar una concesión de autopistas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, no se veía entorpecida por el hecho de que el Gobierno estuviera en funciones. En concreto, se señaló que «esta prolongada situación y la índole del asunto permite incardinarlo en el ámbito del “despacho ordinario de los asuntos públicos” a que se refiere el artículo 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. En efecto, la naturaleza de la modificación a aprobar –una modificación accesoria de la concesión de que es titular Autopistas del Atlántico S. A.–, lo acotado de las obras que constituirán el proyecto –la ejecución de un enlace de la vía– y lo exiguo de su previsible importe de ejecución en relación con el valor total de la infraestructura –4.200.000 euros– y del montante de su conservación –20.000 euros al año–, según consta en la memoria del proyecto, avalan dicha incardinación.»

Por otra parte, el dictamen 805/2016/183/2016, de 20 de octubre, relativo a una propuesta de denegación de solicitud de prórroga de la concesión de explotación de hidrocarburos, que estima que «el real decreto de denegación de la prórroga concesional se inscribe en el despacho ordinario de los asuntos públicos. Y ello por cuanto la decisión administrativa de reconocimiento o denegación de prórroga de una concesión es un acto reglado, pues dicha prórroga ha de otorgarse al peticionario siempre que éste reúna los requisitos legalmente exigidos. No se trata, pues, de una decisión política que comprometa la gestión de un futuro Gobierno».

No debe olvidarse que el transcurso del tiempo durante la situación de prórroga incide en la capacidad de actuación del Gobierno en funciones; acaba constituyendo un elemento conformador de los conceptos en juego. Lo que en un principio podría esperar a la previsible constitución del nuevo Gobierno en un plazo razonable, deviene urgente y la autocontención al despacho ordinario de los asuntos públicos del Gobierno cesante para no comprometer o impedir la acción del que lo sustituya, se va atenuando, porque surgirán nuevas o imprevistas necesidades cuya atención en aras del interés general requiera una actuación inmediata y sin dilaciones. De este modo ante una realidad fluida y dinámica que se extiende en el tiempo, el concepto de «cualesquiera otras medidas» a adoptar por razones de «urgencia» o «interés general» del artículo 21 de la Ley del Gobierno

(como opuesto al despacho ordinario de los asuntos públicos) adquiere un mayor ámbito de actuación.

3.1 *La emisión de dictamen del Consejo de Estado respecto de anteproyectos de ley y respecto de reales decretos legislativos*

A la vista de los dictámenes emitidos fundamentalmente durante el año 2016, la primera cuestión que se ha suscitado ha sido la relativa a la posibilidad misma de que el Consejo de Estado pueda informar respecto de facultades que el Gobierno no puede ejercitar. Como se dijo, el artículo 21.5 de la Ley 50/1997, del Gobierno, impide al Gobierno en funciones presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado y, el apartado 6 del artículo 21 prescribe que las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedan en suspenso durante todo el tiempo en que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales.

El dictamen 1.115/2015, de 10 de marzo de 2016, relativo al anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, tras recordar que el artículo 21.5 de la Ley del Gobierno impide al Gobierno presentar proyectos de Ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado, añade que «la referida previsión no incide por lo demás en las competencias propias de este Consejo de Estado. No existe obstáculo para la emisión del dictamen. Consulta que, por otra parte, resulta conveniente expedir toda vez que las directivas que se incorporan en el anteproyecto han estado en el derecho interno antes del mes de abril de 2016. El incumplimiento del citado plazo puede comportar la incoación por parte de la Unión Europea del correspondiente procedimiento sancionador. Ahora bien, en virtud de una práctica de uso, la Comisión no lo hace cuando se ha culminado el procedimiento interno de elaboración de la norma de incorporación, lo que, en el caso español, se considera producido al emitir su dictamen este cuerpo Consultivo».

Esta circunstancia tiene reflejo en la conclusión que indica que, tras constituirse el Gobierno después de las elecciones generales celebradas, podrá elevarse al Consejo de Ministros el anteproyecto de

Ley sometido a consulta para su aprobación y su posterior remisión, como proyecto de ley, a las Cortes Generales. En igual sentido se expresa el dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, relativo al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

El dictamen 796/2016, de 27 de octubre, relativo al anteproyecto de Ley sobre precursores de explosivos, expresa que «la emisión del dictamen comporta la culminación del procedimiento de elaboración de la norma, a falta de su aprobación como proyecto de ley y ulterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación, aunque estas últimas determinaciones no son posibles en el momento de emisión de la consulta». Añade que el que el apartado 5 de del artículo 21 de la Ley del Gobierno no permita al Gobierno en funciones presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado, no incide en las competencias propias del Consejo de Estado ni constituye obstáculos para la emisión del dictamen. Recuerda que en virtud de una práctica de uso, la Comisión Europea no incoa expediente sancionador si se ha llegado a culminar el procedimiento interno de elaboración de la norma de incorporación, lo que ocurre en el caso de España, cuando ha emitido su dictamen el Consejo de Estado. Estima que es oportuno despachar la consulta en cuanto que el dictamen habrá de producir efectos en el procedimiento por incumplimiento ya iniciado, no sin antes recordar que resulta oportuno tratar con mayor premura anteproyectos como el consultado.

Cuestión distinta es la incidencia en la tramitación del proyecto de Real Decreto Legislativo para la aprobación de un texto refundido del hecho de que la delegación legislativa quede en suspenso conforme al apartado 6 del artículo 21 de la Ley 50/1997, del Gobierno.

El dictamen 1.109/2015, aprobado por el Pleno el 28 de enero de 2016, se refiere al proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación. Recuerda el apartado 6 del artículo 21 de la Ley 50/1997, del Gobierno, y añade que, «dado que el Gobierno en funciones es el cesante tras la celebración de elecciones generales que sigue en funciones hasta la toma de posesión del nuevo gobierno (apartados 1 y 2 de este mismo artículo 21), habiéndose celebrado elecciones generales el 20 de diciembre de 2015, no puede aprobarse este Real Decreto Legislativo hasta la constitución del nuevo Gobierno. Efectivamente, el citado artículo 21, en sus apartados 5 y 6,

distingue tres tipos de actos normativos con rango de Ley a efectos de determinar tres potestades diferentes que tiene el Gobierno en funciones: la Ley de Presupuestos Generales del Estado, el resto de Leyes, y los reales decretos legislativos».

Continúa afirmando el dictamen que, «para los primeros se dispone que el Gobierno en funciones carece de la potestad de aprobarlos (artículo 21.5.^a); para los segundos, el Gobierno puede aprobarlos como proyectos de ley pero no puede presentarlos al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado (artículo 25.1.b), lo cual es lógico dada la caducidad de todo tipo de proyecto de ley con independencia del trámite en que se encuentren en cualquiera de las citadas cámaras; pero respecto de los terceros, en los que las delegaciones legislativas permanecen en vigor y vinculan plenamente al Gobierno que se constituya después de las elecciones, solo se suspende –al tratarse de actos con rango de ley– la potestad del Gobierno (en funciones) de hacer uso de la delegación, de manera que sólo el nuevo Gobierno puede hacer uso de la misma en los términos en que esté formulada y como, en el presente caso, dados los términos en que está redactada la delegación legislativa de la disposición final cuarta de la Ley 21/2015, se trata de una autorización siempre dentro del plazo en la misma prevista, podrá optar el nuevo Gobierno por aprobar el presente texto refundido o por no hacer uso de dicha autorización, dejando caducar el plazo, o, finalmente, por elaborar otro proyecto o hacer modificaciones en el que es ahora objeto de consulta en cuyo caso deberá ser remitido de nuevo el texto a este Consejo para la emisión del correspondiente dictamen, correspondiendo al nuevo titular del Ministerio con competencias en la materia de medio ambiente elevar el proyecto sometido a consulta al nuevo Gobierno».

Concluye expresando que, «ahora bien, dado que la emisión del dictamen por el Pleno del Consejo de Estado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21.3 de la Ley Orgánica 3/1980 respecto de un proyecto elaborado y remitido por el Gobierno antes de estar en funciones no constituye ejercicio de esa potestad de promulgar texto con rango de ley sino un trámite más, el último y ciertamente el más relevante si se atiende al artículo 107 de la Constitución, pero al fin y al cabo un acto de tramitación del expediente de un texto elaborado en gran parte cuando el Gobierno no estaba en funciones, procede emitir el mismo, ya que los órganos de la Administración General del

Estado no están “en funciones” sino que siguen funcionando normalmente, no pudiendo declinar o dejar de ejercer su función meramente consultiva este Consejo de Estado al afectar la suspensión de la delegación del Gobierno como tal, aunque ciertamente no procede que sea elevado al Gobierno en funciones para su aprobación, al estar la delegación legislativa suspendida mientras no tome posesión el nuevo Gobierno (y sin perjuicio de lo antes señalado acerca de las potestades, respecto al texto elaborado y al dictamen, que siempre tendrá el nuevo Gobierno). Máxime cuando la suspensión se levanta, automáticamente, el mismo día en que toma posesión el nuevo Gobierno, por lo que, si fuera correcto que no puede emitirse el dictamen durante la suspensión, tendría que reunirse necesariamente el Pleno de este Consejo el mismo día de la toma de posesión para emitir, en el plazo legalmente exigido, el dictamen, incluso antes de que el Gobierno pudiera decidir acerca del texto remitido, todo lo cual lleva a una argumentación rechazable por absurda». Añade que la observación tiene carácter esencial a efectos de lo previsto en el artículo dos, apartado 2, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

Esta interpretación no fue unánime ya que el dictamen cuenta con un voto particular del Consejero Permanente Sr. Herrero Rodríguez de Miñón al que se adhieren los Consejeros Sres. Cava de Llano y Carrió, Laborda Martín, Pendás García, Escudero López, Velarde Fuertes, Manzanares Samaniego y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer en el que se indica que la razón del voto es que no procede evacuar la consulta de referencia en tanto que el Gobierno se encuentre en funciones a tenor del artículo 101.2 de la Constitución porque la suspensión de la delegación que prescribe el artículo 21.2 de la Ley del Gobierno comprende la intervención del Consejo de Estado y toda su tramitación y resulta contrario al principio de eficacia reconocido por el artículo 103.1 de la Constitución.

3.2 *Despacho ordinario de los asuntos públicos*

Como se ha dicho, el ámbito de actuación del Gobierno en funciones viene determinado, en primer lugar, por el concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos como presupuesto habilitante cuya concurrencia y concreción ha de ser examinada en cada caso. La

constatación de que un asunto excede de lo que pueda considerarse «despacho ordinario» lleva a cuestionarse si se está ante uno o los dos otros presupuestos habilitantes de su capacidad de actuación: la urgencia o razones de interés general.

Así, el dictamen 12/2016, de 4 de febrero, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral, recuerda las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005 y de 28 de mayo de 2013 y entiende que «cuando el Gobierno se encuentra en funciones, si decide adoptar alguna medida que pudiera exceder del despacho ordinario de los asuntos públicos –y, en particular, en el caso de adopción de disposiciones generales–, debe justificar adecuadamente la urgencia o las razones de interés general que amparan su adopción, lo que, en el caso de las disposiciones generales encontraría natural acomodo en la memoria del análisis de impacto normativo». En el caso que examina el proyecto preveía una modificación de gran entidad del sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales, que, a juicio del Consejo de Estado, condiciona o compromete la acción del futuro Gobierno, como se refleja en las discrepancias y objeciones formuladas en el proceso de elaboración del texto, tanto por diferentes órganos de la Administración como por las principales organizaciones sindicales: Queda fuera del despacho ordinario de los asuntos públicos y su adopción solo podría justificarse por razones de urgencia o interés general.

El Consejo de Estado ha entendido también que si el proyecto de disposición se limita al desarrollo reglamentario de una Ley sin entrar en opciones polémicas sí tiene cabida dentro del concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos. En este sentido el dictamen 252/2016/1.290/2015, de 14 de abril de 2016, sobre el proyecto de Real Decreto sobre acreditación de institutos de investigación sanitaria, considera que el expediente debe dejar constancia de que la aprobación del proyecto encaja en el carácter ordinario del despacho de los asuntos públicos o subsidiariamente, ha de acreditar la urgencia o las razones de interés público que concurren en su aprobación. En ese caso tiene encaje en el despacho ordinario y su aprobación viene motivada por la necesidad de adaptar la regulación reglamentaria de los institutos de investigación al marco legal vigente e introducir los

ajustes pertinentes en dicha regulación. En parecido sentido el dictamen 742/2016, de 27 de octubre, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula la memoria de análisis de impacto normativo, estima que entra dentro del concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos, ya que su contenido se circunscribe a la adaptación de la estructura y contenido de la memoria de análisis de impacto normativo a las novedades derivadas de la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

La incidencia de observaciones de carácter esencial impide, en alguna ocasión, la calificación del proyecto como de despacho ordinario de los asuntos públicos. Así, el dictamen 773/2016, de 6 de octubre, sobre el proyecto de Real Decreto sobre la anotación y cancelación de notas desfavorables en la documentación militar personal, considera que no se han justificado en el expediente razones motivadas de urgencia o de interés general, por lo que en ese momento no puede aprobarse por el Consejo de Ministros. Ha de destacarse que este dictamen contenía varias observaciones esenciales: una relativa al régimen de protección de datos que se aplica a las notas desfavorables que se practican en la hoja de servicios y otra relativa al efecto desestimatorio del silencio administrativo en el expediente de cancelación de anotaciones en la hoja de servicios. Sin embargo, el dictamen 702/2016, de 13 de octubre, relativo al proyecto de Real Decreto sobre anotación y cancelación de notas desfavorables en la documentación del personal de la Guardia Civil, considera que tiene cabida en el concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos. Reconoce expresamente la conexión con el dictamen anterior y añade que en este caso no hay problemas con la legislación de protección de datos ni afectación a derechos fundamentales, sino una cuestión de mera y ordinaria administración.

El dictamen 495/2016, de 16 de junio, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula el procedimiento de autorización para la realización de actividades de promoción y publicidad de la donación de células y tejidos humanos, hace referencia a que el informe de la Abogacía del Estado indica que el proyecto consultado tiene cabida en el concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos porque la tramitación del proyecto no supone otra cosa que dar adecuado

cumplimiento a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 2015. El Consejo de Estado comparte el criterio de la Abogacía del Estado y añade que el proyecto no es novedoso y puede considerarse como asunto ordinario aunque se trate de una decisión normativa, pues viene a reproducir literalmente lo que ya existe en nuestro ordenamiento jurídico aprobado por la Orden Ministerial de 18 de diciembre de 2013.

También el Consejo de Estado ha tenido ocasión de comprobar cómo el Departamento de iniciativa de la disposición llega a depurar el contenido de un proyecto para que se ajuste al concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos, separando de un proyecto lo que pueda no corresponder a dicho despacho ordinario. El dictamen 512/2016, de 23 de junio, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se consideran las obras de reforma y rehabilitación de Casas-Cuartel de la Guardia Civil como proyectos de interés general y social para su ejecución por las Corporaciones Locales, tiene su origen en un proyecto de Real Decreto por el que se desarrollaba la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, que fue objeto del dictamen 1.275/2015, de 4 de diciembre, y no fue aprobado porque el Gobierno en funciones debió entender que no entraba dentro del concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos. Se ha procedido a desgajar su disposición adicional quinta, tramitándola como un proyecto independiente que consta de un solo artículo y que no formaba parte del núcleo esencial de aquella norma. El dictamen afirma que el proyecto en este caso no excede, en razón de su naturaleza y de la finalidad que persigue (que las obras de reforma y/o rehabilitación de las Casas Cuarteles de la Guardia Civil son proyectos de interés general y social que pueden ser ejecutados por las Corporaciones Locales a efectos de la percepción de las subvenciones previstas en el Real Decreto 939/1997, de 20 de junio) del despacho ordinario de los asuntos públicos.

3.3 *Urgencia y razones de interés público*

Las razones de urgencia y de necesidad son las condiciones que actúan como presupuestos habilitantes de aquellos asuntos que ex-

ceden del despacho ordinario de los asuntos públicos. El artículo 21 de la Ley del Gobierno requiere que la urgencia esté debidamente acreditada y las razones de interés general cuenten con acreditación expresa que lo justifique. Habrán de constar en el expediente de modo explícito y razonado y deberán tener una eficacia inmediata. No basta que tales motivos resulten del propio contenido de la medida. Nada se dice acerca de la adecuación entre la situación habilitante y la actuación a adoptar por el Gobierno en funciones como ocurre en el caso de los decretos-leyes, respecto de los cuales el Tribunal Constitucional al examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 86 de la Constitución de extraordinaria y urgente necesidad requiere que exista una conexión o adecuación entre las medidas adoptadas por el Gobierno e incluidas en el decreto-ley y la situación de urgencia a la que se pretende atender (SSTC 29/1982, 68/2007, 183/2014 o 139/2016).

La ausencia de acreditación de las razones de urgencia o de interés general puede determinar que el Gobierno no pueda aprobar el proyecto de disposición. Así, el dictamen 587/2016/1.252/2015, de 15 de septiembre, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario Militar, expresa que el objeto del proyecto es la regulación de los establecimientos penitenciarios castrenses, cuestión esta que resulta fundamental en el marco de la política penitenciaria del Ministerio de Defensa. Por ello, añade que «esta iniciativa normativa queda fuera del despacho ordinario de los asuntos públicos, por lo que su adopción sólo podría justificarse, en las presentes circunstancias, por razones motivadas de urgencia o de interés general. Sin embargo, tales razones no han sido ofrecidas en el expediente, ni tampoco se desprenden del mismo». La conclusión indica que el proyecto se puede elevar al Consejo de Ministros para su aprobación «tras constituirse el Gobierno después de las elecciones generales celebradas».

El dictamen 12/2016, antes citado, examina la urgencia desde la perspectiva formal (cumplimiento de los plazos previstos legalmente) y material, en función de la urgencia real y sustantiva de la adopción de medidas que exceden del despacho ordinario de los asuntos públicos. En cuanto a las razones de interés general cuya acreditación expresa así los justifique, «entiende el Consejo de Estado que el interés general ha de referirse no solo a la iniciativa normativa de que se trate

en sí misma considerada, sino también a la necesidad o conveniencia de que se apruebe aun encontrándose en funciones el Gobierno». Considera que en ese caso el expediente no contiene la acreditación expresa de tales razones, por lo que no procede la elevación al Consejo de Ministros para su aprobación el proyecto consultado. El dictamen 170/2016, de 31 de marzo, relativo al proyecto de Orden por la que se modifica la Orden ECC/274/2012, de 20 de diciembre, de desarrollo metodológico de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, sobre el cálculo de las previsiones tendenciales de ingresos y gastos y de la tasa de referencia de la economía española, indica que el expediente debe dejar constancia de que la aprobación del proyecto encaja en el carácter ordinario del despacho de los asuntos públicos que, en la situación actual, corresponde al Gobierno o, subsidiariamente, acredite la urgencia o las razones de interés público que concurren en su aprobación y que en este caso es la adaptación de la metodología empleada para el cálculo del saldo ajustado cíclicamente a la nueva regulación existente en el ámbito de la Unión Europea.

Un caso singular es el del dictamen 315/2016, de 21 de julio, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, y otros reglamentos en materia de gestión de riesgos de inundación, caudales ecológicos, reservas hidrológicas y vertidos de aguas residuales, que estima que no es un asunto de despacho ordinario y debe justificarse la urgencia y las razones de interés general. La Memoria solo dice que se trata de dar coherencia mediante una interpretación común a los planes de gestión de riesgos, acuerdos de declaración de reservas hidrológicas y sobre todo los planes hidrológicos de segundo ciclo. Cabe recordar que el Consejo de Estado emitió el dictamen 1.228/2015, de 26 de noviembre, sobre lo que luego sería el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta y Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guediana y Ebro, que fue aprobado cuando el Gobierno ya estaba en funciones.

En varios dictámenes del Consejo de Estado se aprecia que la necesidad de transponer una Directiva porque el plazo ha sido in-

cumplido es motivo suficiente para justificar las razones de urgencia. El dictamen 523/2016, de 14 de julio, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1.561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en materia de trabajo nocturno, considera que concurren razones de urgencia e interés general porque «la modificación normativa trae causa de una insuficiente transposición del Derecho de la Unión Europea que, muy en particular, fue recogida en un dictamen motivado de la Comisión Europea de 28 de mayo de 2015, concediéndose un plazo de dos meses para subsanar el incumplimiento. Este plazo no ha sido respetado y entiende el Consejo de Estado que la aprobación del texto no debe demorarse más». En parecido sentido el dictamen 567/2016, de 21 de julio, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula el acceso a infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, la coordinación de obras civiles y la publicación de información sobre concesión de permisos, considera que el proyecto puede aprobarse por un Gobierno en funciones por razones de urgencia al haber sido superado el plazo de transposición de la Directiva 2014/61/UE y de la activación por la Comisión Europea de la fase precontenciosa de un eventual recurso por incumplimiento de Derecho Comunitario. También el dictamen 574/2016, de 14 de julio, sobre el proyecto de Real Decreto sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos magnéticos justifica la posibilidad de aprobarse la norma, de acuerdo con el informe de la Abogacía del Estado, en que entra dentro del concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos y además concurren razones de urgencia ya que su objeto es la transposición de la Directiva 2013/35/UE, que establece como fecha límite de la incorporación el 1 de julio de 2016.

En igual sentido, el dictamen 604/2016, de 21 de julio, sobre un proyecto de Real Decreto que modifica otros Reales Decretos en materia de calidad del agua de consumo humano, afirma que el proyecto «tiene cabida en el concepto jurídico indeterminado de “despacho ordinario de asuntos”, que pueden ser sometidos al acuerdo del Consejo de Ministros “en funciones”, habida cuenta de la urgencia de que trata la regulación proyectada». Su objeto es la transposición de la Directiva 2013/51/Euratom, de 22 de octubre de 2013, por la que se establecen

requisitos para la protección sanitaria de la población con respecto a las sustancias radiactivas en las aguas destinadas al consumo humano, cuyo plazo de transposición es el 28 de noviembre de 2015 y se ha recibido ya una carta de emplazamiento de infracción de la Comisión Europea al Estado español por incumplimiento del mandato de la Directiva europea. También el dictamen 799/2016, de 6 de octubre, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Plan Estadístico Nacional 2017-2020, considera que concurren en el proyecto razones de urgencia e interés general para ser aprobado, puesto que el nuevo Plan trae causa de la obligación legal que la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, impone al Gobierno en cuanto a su elaboración cuatrienal y además es necesario para hacer efectivas determinadas normas europeas (o las relativas a estadísticas en relación con cuentas medioambientales, que se incorporan por primera vez al Plan-Reglamento (UE) n.º 538/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014).

En otros casos la urgencia viene determinada por la necesidad de adoptar una concreta medida en un plazo fijo que está al llegar. El dictamen 559/2016, de 7 de julio, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio para el curso 2016-2017, y se modifica parcialmente el Real Decreto 1.721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas, tiene cabida en el artículo 21.3 de la Ley del Gobierno por constituir razones de interés general el que las becas tengan operatividad en el curso escolar 2016-2017. En igual sentido, el dictamen 627/2016, de 21 de julio, relativo al proyecto por el que se regulan las evaluaciones finales de Educación Secundaria Obligatoria y de Bachillerato, entiende que concurren urgencia y razones de interés general pues la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, estableció que las primeras pruebas posteriores a los cursos de ESO y de Bachillerato se celebrarían en 2017, siendo necesario que antes de 30 de noviembre de 2016 estén aprobados los criterios y reglas a tener en cuenta para que las Administraciones educativas puedan ejercer sus competencias y celebrar las pruebas, antes del inicio del curso 2016/2017, debiendo ser conocidos anticipadamente los criterios por profesores y alumnos.

El dictamen 715/2016, de 8 de septiembre, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se prorroga la situación de sequía declarada para el ámbito territorial de la Confederación Hidrográfica del Júcar por el Real Decreto 355/2015, de 8 de mayo, y para el ámbito territorial de la Confederación Hidrográfica del Segura por el Real Decreto 356/2015, de 8 de mayo, considera que, dada la situación excepcional, es una norma que puede adoptar el Gobierno en funciones de acuerdo con la Ley 50/1997. Ha de destacarse que los Reales Decretos objeto de modificación tienen una vigencia temporal hasta el 30 de septiembre de 2016 y que la situación fáctica de sequía persiste.

El dictamen 797/2016, de 27 de octubre, relativo a un proyecto de Orden por la que se regulan determinados aspectos relacionados con el Impuesto sobre el Valor de la Extracción de Gas, Petróleo y Condensados y con los perímetros de referencia para la determinación de los pagos a propietarios de terrenos suprayacentes o concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos, se limita a recordar que el informe de la Abogacía del Estado incluye el dictamen en el concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos y, además, concurren razones de urgencia o interés general. Y añade que las nuevas concesiones de hidrocarburos deben determinar los propietarios de los terrenos suprayacentes beneficiarios del pago, algo que no se puede hacer hasta conocer el perímetro de referencia, objeto del proyecto y que el nuevo Impuesto sobre el Valor de la Extracción de Gas, Petróleo y Condensados regulado en la Ley 8/2015, de 21 de mayo, entró en vigor el 1 de enero de 2016.

La necesidad de dar cumplimiento a una sentencia también puede justificar la existencia de razones de urgencia cuando se ha dilatao en el tiempo su ejecución. Así, el dictamen 844/2016, de 20 de octubre, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se establece la metodología para el cálculo de los costes de comercialización de las comercializadoras de referencia a incluir en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor de energía eléctrica, aprecia la concurrencia de una situación de urgencia debidamente acreditada, por cuanto la finalidad primordial del texto radica en la ejecución de las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2015 que anularon el apartado 2 de la disposición adicional octava del Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, tras las que, en el incidente instado por dos de las recurrentes, el Alto Tribunal ha instado la elevación del oportuno proyecto de una metodología para el cálculo de

los costes de comercialización al Consejo de Ministros, otorgando un plazo perentorio que ha sido rebasado.

3.4 *La incidencia del tiempo de duración de la prorrogatio del Gobierno*

Como ya se advirtió, la prolongación de la situación en funciones de un Gobierno determina que aumente el número de situaciones que requieran la adopción de medidas concretas e inmediatas. Lo que en un momento solo puede ser conveniente con el transcurso del tiempo puede devenir necesario, urgente e inaplazable en aras del interés general. Pueden agravarse situaciones que requieran actuaciones improrrogables. En estos casos habrá que valorar la excepcionalidad de la situación y la posible incidencia en las directrices políticas del nuevo Gobierno, de modo que en ocasiones la actuación del Gobierno cesante se verá limitada a lo indispensable.

El dictamen 500/2016, de 6 de octubre, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral, tiene en cuenta el tiempo transcurrido desde que el Gobierno está en funciones. El dictamen recuerda que la versión anterior había sido objeto del dictamen 12/2016, de 4 de febrero, que concluía que no podía aprobarse porque el Gobierno estaba en funciones y no se cumplían las condiciones del artículo 21.3 de la Ley del Gobierno. El dictamen de 6 de octubre de 2016 constata que, a pesar del tiempo transcurrido desde la emisión del primer dictamen, la situación política no ha variado. Se consulta un segundo proyecto de idéntico alcance al anterior. La nueva Memoria justificativa estima que las medidas contenidas en el proyecto persiguen paliar un problema económico y social de tanta relevancia como es la siniestralidad laboral, que está creciendo significativamente desde hace algún tiempo, por lo que su solución debe constituir una prioridad para el nuevo Gobierno que se forme con independencia de su ideología política, por lo que no podría entenderse que el proyecto tenga la entidad de acto de orientación política que la Ley del Gobierno excluye del concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos en el sentido de la Sentencia del Tribunal Supremo

de 2 de diciembre de 2005. El dictamen no considera suficientes tales argumentos para fundar la competencia de un Gobierno en funciones, siendo trasladables las objeciones formuladas en el dictamen 12/2016. Destaca que no se ha aportado un informe de la Abogacía del Estado que respalde las conclusiones de la Memoria, como viene siendo habitual desde que se inició la situación de transitoriedad. Advierte que el proyecto no tiene cabida en el concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos porque contempla una reforma de cierto alcance del sistema de incentivos a las empresas para la reducción de la siniestralidad laboral (en ciertos puntos discutida) y condicionaría la política a seguir en la materia por el futuro Gobierno, dada la inconveniencia de modificar con excesiva frecuencia los mecanismos de lucha contra la siniestralidad. Tampoco concurren circunstancias de urgencia o de interés general, aunque reconoce que la valoración de esa eventual perentoriedad no puede hacerse ahora en los mismos términos que en el pasado mes de febrero, pues el tiempo transcurrido puede acentuar las razones de la urgencia en relación con la adopción de determinadas medidas. Afirma el dictamen: «El Consejo de Estado ha tenido en cuenta la gravedad y las imposiciones de la presente coyuntura –tras más de diez meses de Gobierno en funciones–; pese a ello, sigue entendiendo que no se ha acreditado una situación en que los intereses generales hagan por el momento ineludible e inaplazable hasta la constitución de un nuevo Gobierno una intervención, normativa urgente en el sentido de lo proyectado». No se ha acreditado que el mantenimiento en vigor del sistema instaurado por el Real Decreto 404/2010, sea contrario al objetivo de reducción de la siniestralidad y exija una urgente e inaplazable intervención, por lo que la aprobación de la regulación proyectada excede de los márgenes propios de la actuación de un Gobierno cesante. Además, la disposición final quinta del proyecto prevé la entrada en vigor el 1 de enero de 2017 y el dictamen reconoce que «nada impide pensar que en el ejercicio 2017 podría aplicarse ya un nuevo sistema, aprobado por un Gobierno formalmente constituido».

4. Consideraciones finales

Como resulta de los dictámenes emitidos durante el año 2016, el Consejo de Estado ha entendido que su competencia para informar no se ve afectada por el hecho de que el Gobierno esté en funciones

y le someta a consulta un proyecto relativo a una norma que en ese momento no puede terminar de tramitar por prohibirlo la Ley del Gobierno por razones de competencia, cualquiera que sea el contenido de las medidas a adoptar (como un anteproyecto de ley o un proyecto de real decreto legislativo), o por razones de fondo de modo que una norma que formalmente por su rango podría ser aprobada no cumple las condiciones del artículo 21 de la Ley del Gobierno atendiendo a su contenido; es decir, no constituye despacho ordinario de los asuntos públicos y no concurren razones de urgencia o de interés general. En los casos en que el Consejo de Ministros no puede presentar un proyecto de ley o no puede aprobar un real decreto legislativo por estar en suspenso la delegación, el Consejo de Estado ha ejercitado su función consultiva advirtiendo de tales circunstancias y de la posibilidad de que las razones que motivaron la elaboración del texto normativo puedan haber cambiado cuando el Gobierno pueda ejercitar su competencia y requieran una revisión del proyecto que requiera una nueva consulta al Consejo de Estado.

El Consejo de Estado ha examinado caso por caso la concurrencia y debida acreditación de los requisitos habilitantes para la actuación del Gobierno en funciones teniendo en cuenta aspectos tales como la realidad de la urgencia formal y real y sustantiva, la entidad de las innovaciones, la existencia de discrepancias entre los órganos que han participado en el proceso de elaboración de la norma sobre las medidas adoptar y el grado de afectación de tales medidas sobre la acción del futuro gobierno.

El Consejo de Estado también ha analizado si se trata de dar cumplimiento a una sentencia o se avecina un plazo improrrogable. Gran parte de las razones de urgencia examinadas por el Consejo de Estado radican en la necesidad inaplazable de transponer una directiva, bien cuando ya ha transcurrido el plazo para la transposición o bien, cuando ya ha habido una carta de emplazamiento de la Comisión Europea.

El Consejo de Estado ha llamado la atención sobre la necesidad de acreditar de modo explícito y razonado en el expediente, normalmente en la memoria de análisis de impacto normativo, que el contenido del proyecto tiene cabida en el concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos o la concurrencia de razones de urgencia o de interés general. El cumplimiento de los presupuestos legales

que legitiman la acción del Gobierno en funciones no debe resultar implícitamente del contenido de la medida a adoptar, requiere una justificación expresa y su ausencia ha dado lugar a dictámenes cuya conclusión era contraria a la aprobación de la norma por este motivo.

A la vista de las cuestiones suscitadas durante los diez meses que el Gobierno ha estado en funciones, sería recomendable que los expedientes relativos a proyectos normativos contuvieran un informe detallado sobre la existencia del presupuesto habilitante para ser aprobada por un Gobierno cesante y la significación de las medidas a adoptar en relación con el eventual establecimiento de nuevas orientaciones políticas del nuevo Gobierno. Así, el Consejo de Estado podrá examinar con mayor certeza el uso adecuado y no abusivo de las posibilidades de actuación del Gobierno en funciones.

III. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA LEY 24/2013, DE 26 DE DICIEMBRE, DEL SECTOR ELÉCTRICO

En 2016 se cumplen tres años desde la entrada en vigor de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Durante este período se ha producido un intenso desarrollo reglamentario de esa Ley, en el que ha participado el Consejo de Estado a través de múltiples dictámenes. En estas líneas se pretende dar una visión general de ese desarrollo reglamentario, desde el punto de vista de la técnica normativa y con brevedad, a partir de lo indicado en ellos.

Con carácter preliminar conviene recordar que la calidad normativa de la regulación del sector eléctrico ha sido una preocupación constante de este Alto Cuerpo Consultivo. Así, en su Memoria del año 2010 se dedicaba el capítulo IV a la «técnica normativa en la ordenación del sector eléctrico». Gran parte de las observaciones que entonces se hacían tienen plena actualidad, como por ejemplo una que se formulaba con carácter introductorio:

[L]a dificultad técnica y económica que presenta la materia, la urgencia con la que a menudo se tramitan los expedientes, la falta de estabilidad de un marco jurídico y, en ocasiones, la falta de perspectiva global con la que se lleva a cabo la aprobación de

nuevas disposiciones, han dado lugar a una regulación compleja técnica y jurídicamente, en la que no siempre resulta sencillo dar con la norma aplicable a cada caso, y en la que se producen algunas disfunciones que es necesario corregir.

Conviene mencionar que el anteproyecto de lo que luego fue la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, fue sometido a dictamen del Consejo de Estado (dictamen 937/2013, de 12 de septiembre). Sin embargo, el tiempo de que dispuso este Alto Cuerpo Consultivo para elaborar el dictamen fue mínimo, pues la consulta se formuló por el Consejo de Ministros con la indicación de que se respondiese con carácter urgente, en un plazo de cuatro días. Y ello pese a que el anteproyecto constaba de ochenta artículos, nueve disposiciones adicionales, ocho disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales, preceptos además con frecuencia de gran extensión y no fácil intelección (12). Esto confiere mayor relevancia al examen que ha realizado el Consejo de Estado en el desarrollo reglamentario de esa Ley.

En el período 2014-2016 se han aprobado dieciocho dictámenes (13) de normas reglamentarias de desarrollo (14) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre. Catorce se referían a proyectos de real decreto y cuatro a proyectos de órdenes ministeriales (15).

(12) El listado de las disposiciones ha crecido desde entonces, y en la actualidad abarca veinte disposiciones adicionales, dieciséis transitorias y seis finales, además de la derogatoria.

(13) Dictámenes de 21 de noviembre de 2013 (número 1.106/2013), 18 de diciembre de 2013 (número 1.344/2013), 18 de diciembre de 2013 (número 1.345/2013), 6 de febrero de 2014 (número 39/2014), 20 de marzo de 2014 (número 252/2014), 12 de junio de 2014 (número 539/2014), 23 de julio de 2014 (número 574/2014), 30 de octubre de 2014 (número 758/2014), 6 de noviembre de 2014 (número 883/2014), 6 de noviembre de 2014 (número 1.123/2014), 11 de diciembre de 2014 (número 1.182/2014), 26 de febrero de 2015 (número 52/2015), 23 de abril de 2015 (número 145/2015), 7 de mayo de 2015 (número 381/2015), 17 de septiembre de 2015 (número 820/2015), 5 de noviembre de 2015 (número 1.065/2015), 19 de noviembre de 2015 (número 936/2015) y 20 de octubre de 2016 (número 844/2016).

(14) En ocasiones se desarrolla no sólo la Ley del Sector Eléctrico sino junto con ella alguna otra norma legal. Por ejemplo, el Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía, cuyo proyecto fue objeto del dictamen de 23 de abril de 2015 (número 145/2015, también desarrolla la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

(15) Del listado anterior (supra, nota 2, sólo versaban sobre proyectos de órdenes ministeriales los dictámenes de 12 de junio de 2014 (número 539/2014), 23 de julio de 2014 (número 574/2014), 6 de noviembre de 2014 (número 883/2014) y 26 de febrero de 2015 (número 52/2015).

Este simple dato da una idea de la enorme proliferación de disposiciones de desarrollo de la Ley del Sector Eléctrico y del volumen del trabajo desarrollado por el Ministerio proponente y por el Consejo de Estado en la materia.

Una primera cuestión que se aprecia al examinar los proyectos, y las disposiciones aprobadas tras ellos, se refiere a la fragmentación del desarrollo reglamentario. El Consejo de Estado lo ha tratado en varios de sus dictámenes. Así, en el dictamen de 20 de octubre de 2016 (número 844/2016), se decía:

Ciertamente, la complejidad de la regulación de la actividad de suministro de electricidad, desde su producción hasta el consumidor final, hace que el desiderátum de un grupo normativo compuesto por la legislación de cabecera y un reglamento general que lo desarrolla haya sido hace ya tiempo abandonado (lo que, por desgracia, es común a otros muchos ámbitos). Con todo, es imprescindible mantener, al menos, la unidad regulatoria a nivel reglamentario de aquellos aspectos que cuentan con una habilitación legal específica, lo que no sucede en el presente caso (...).

La configuración del proyecto dictaminado como una nueva disposición, aunque no resulta objetable en términos de legalidad de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Supremo (...), sí lo es desde la óptica de la técnica normativa. Como resultado, la metodología del cálculo de los PVPC aparecería desglosada en dos reales decretos: el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, que pese a la supuesta completitud que trasluce su título, se limitaría a establecer la forma en que se integran en dichos precios el coste de la producción energética, los peajes y los cargos; y la norma proyectada, a la que aquél se remitiría en lo referente a los costes de comercialización, de forma que el operador tendría que recurrir necesariamente a ambas disposiciones de carácter general para dilucidar el mecanismo de determinación de los PVPC.

Entiende el Consejo de Estado que este planteamiento ha de ser reevaluado, a la vista de los argumentos expuestos. Sin que ello tenga que suponer merma alguna de su contenido, podría dotarse al proyecto del carácter modificativo del Real De-

creto 216/2014, de 28 de marzo, no simplemente para favorecer la articulación de ambos textos (fin que persigue la limitada reforma del reglamento vigente que contempla la disposición final segunda del texto analizado), sino para integrar en dicho real decreto la proyectada metodología de cálculo de los costes de comercialización (...).

El Gobierno aceptó esta observación del Consejo de Estado y, de acuerdo con ella, el proyecto de real decreto consultado se reformuló, perdió su carácter independiente, y se aprobó como el Real Decreto 469/2016, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación.

La preocupación por remediar la gran dispersión normativa, en particular de los reglamentos del sector eléctrico, se ha manifestado en otros dictámenes del trienio, como en los de 18 de diciembre de 2013 (número 1.345/2013), 20 de marzo de 2014 (número 252/2014) y 23 de abril de 2015 (número 145/2015). También fue tratada en la Memoria de este Alto Cuerpo Consultivo de 2010, en la que se decía:

En primer lugar, es necesario asumir, desde el momento inicial de la tramitación de las disposiciones, la finalidad de evitar la fragmentación normativa, para lo cual es fundamental buscar a cada nueva regulación la sede normativa adecuada, evitando que cada nueva regulación de una misma materia se lleve a cabo en distintas disposiciones.

El Consejo de Estado entiende que el desarrollo reglamentario de la Ley del Sector Eléctrico mejoraría no poco si se identificaran las áreas principales de regulación reglamentaria y se previera un solo real decreto para cada una de ellas. De esta suerte, aunque no cupiese llegar a un reglamento general de la Ley, se reduciría mucho la dispersión normativa, se aseguraría la coherencia interna dentro de cada área, se evitarían engorrosas repeticiones y se facilitaría el manejo de los textos. La idea sería elaborar reales decretos de refundición que, incluso sin variar el contenido, ordenasen sistemáticamente el desarrollo reglamentario del área en cuestión y derogasen una pluralidad de reales decretos.

A título de simple ejemplo puede mencionarse la retribución del sector eléctrico. En el trienio 2014-2016 se han consultado a este Alto Cuerpo Consultivo, y subsiguientemente aprobado, cinco reales decretos. Si se prescinde de uno de mero carácter modificativo, el 1.073/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifican distintas disposiciones en los reales decretos de retribución de redes eléctricas, quedan otros cuatro:

– Real Decreto 1.047/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica (cuyo proyecto fue objeto del dictamen de 18 de diciembre de 2013, número 1.344/2013).

– Real Decreto 1.048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica (cuyo proyecto fue objeto del dictamen de 18 de diciembre de 2013, número 1.345/2013).

– Real Decreto 1.054/2014, de 12 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de cesión de los derechos de cobro del déficit del sistema eléctrico del año 2013 y se desarrolla la metodología de cálculo del tipo de interés que devengarán los derechos de cobro de dicho déficit y, en su caso, de los desajustes temporales negativos posteriores (cuyo proyecto fue objeto del dictamen de 11 de diciembre de 2014, número 1.182/2014).

– Real Decreto 738/2015, de 31 de julio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y el procedimiento de despacho en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares (cuyo proyecto fue objeto del dictamen de 7 de mayo de 2015, número 381/2015).

Dada la homogeneidad sustancial del área en la que se enmarcan estos cuatro reales decretos, la retribución del suministro de electricidad, cabría hacer un esfuerzo por refundirlos en una sola disposición reglamentaria, simplificándola en lo posible.

Una segunda cuestión que ha sido percibida por los dictámenes de este Consejo de Estado en el trienio en cuestión es la de la adecuada fundamentación de las normas reglamentarias. En efecto, la propia Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, tiene una gran complejidad, que se incrementa aún más en su desarrollo

reglamentario. La densidad regulatoria es abrumadora, pues además muchas veces los reales decretos a su vez se complementan con órdenes ministeriales, sin contar las que constituyen un desarrollo directo «per saltum», de la propia Ley. Más tarde se aludirá al carácter complejo y minucioso de la regulación. Como de estas normas se derivan consecuencias económicas muy relevantes, resulta fundamental que todas las decisiones normativas estén correctamente motivadas y explicadas.

En parte por estas características, el desarrollo reglamentario de la Ley del Sector Eléctrico ha sido objeto de una gran litigiosidad. De hecho, de las dieciocho disposiciones reglamentarias sobre las que ha emitido dictamen el Consejo de Estado en el período 2014-2016 al menos catorce han sido impugnadas ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ante el Tribunal Constitucional o ante ambos. Aunque en líneas generales las sentencias han respaldado las normas impugnadas, en muchas ocasiones han anulado preceptos, a veces decisiones de tipo técnico sin la adecuada justificación. Un ejemplo puede ser la anulación del apartado 2 de la disposición adicional octava del Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2015 (recurso número 358/2014).

El Consejo de Estado, en punto a la fundamentación de las disposiciones reglamentarias consultadas, siempre ha partido de la presunción de constitucionalidad de las normas legales. Así, en el dictamen de 6 de febrero de 2014 (número 39/2014), se decía:

En estas circunstancias, no resulta procedente entrar a enjuiciar, a la luz de los principios constitucionales de seguridad jurídica y confianza legítima, el modelo retributivo de las instalaciones existentes, en la medida en que dicho modelo ha sido trazado por el legislador, en particular en el aspecto en el que se concentran las objeciones formuladas por asociaciones y empresas del sector, es decir, la consideración de hechos pretéritos, aunque sea para el cálculo de retribuciones futuras. En este sentido, debe prevalecer el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, al que alude, entre otros, el dictamen 2.608/2004, de 28 de octubre. Por lo demás, como ha

señalado el Consejo de Estado en numerosas ocasiones (entre otros, dictámenes 3.480/2003, de 18 de diciembre, 800/2006, de 22 de junio, y 991/2011, de 21 de julio), la pendencia de recursos de inconstitucionalidad interpuestos por varias Comunidades Autónomas contra la legislación de cobertura no supone un obstáculo jurídico para la aprobación de la norma reglamentaria destinada a desarrollarla. De este modo, el hecho de que, como se hace constar en el informe de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, del que trae causa el desarrollo proyectado de la retribución de las instalaciones existentes, haya sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional invocándose la vulneración de los principios constitucionales de irretroactividad, confianza legítima y seguridad jurídica por el nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, no es óbice para la adopción de la disposición en curso, pero sí puede hacer impertinente cualquier reflexión acerca de la acomodación del proyecto a los principios aludidos.

De hecho, esta presunción se vio confirmada por ulteriores sentencias del Tribunal Constitucional, que desestimaron las alegaciones de inconstitucionalidad por quiebra de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (como las 270/2015, de 17 de diciembre; 19/2016, de 4 de febrero; 29/2016, de 18 de febrero; 30/2016, de 18 de febrero; 42/2016, de 3 de marzo; 61/2016, de 17 de marzo; y 161/2016, de 20 de octubre).

En algún supuesto, la anulación de la norma reglamentaria ha venido por no acoger una observación formulada en su dictamen por el Consejo de Estado. Es el caso del Real Decreto 1.048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica. En el dictamen sobre el proyecto, de 18 de diciembre de 2013 (número 1.345/2013), a propósito del artículo 8, este Alto Cuerpo Consultivo indicó que debería establecerse una salvedad que permitiera retribuir líneas soterradas en suelo rural, cuando el

soterramiento viniera exigido por normas estatales. No se acogió en el Real Decreto, y precisamente por este motivo se anuló el artículo 8.1, con cita del dictamen, en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016 (recurso número 182/2014).

En cuanto a la adecuada fundamentación de los proyectos de disposiciones reglamentarios, el Consejo de Estado en este trienio ha insistido en dos líneas. Por una parte, en la necesidad de que se incluya en los expedientes, en la memoria o en otro lugar, una valoración de las alegaciones recibidas en el trámite de audiencia. Su falta se pone de manifiesto en los dos dictámenes de 18 de diciembre de 2013 (números 1.344/2013 y 1.345/2013), así como en los dictámenes de 6 de febrero de 2014 (número 39/2014), 23 de abril de 2015 (número 145/2015), 7 de mayo de 2015 (número 381/2015) y 19 de noviembre de 2015 (número 936/2015). En cambio, en alguna ocasión en que la valoración se ha realizado, se ha hecho constar expresamente un juicio positivo (como en el dictamen de 12 de junio de 2014, número 539/2014).

También el Consejo ha subrayado la importancia de la memoria de los proyectos en este ámbito y la necesidad de que se expliquen en ella las decisiones que se han tomado y así como el impacto económico y presupuestario. Esto se ha indicado en los dictámenes de 18 de diciembre de 2013 (número 1.345/2013), 23 de julio de 2014 (número 574/2014), 6 de noviembre de 2014 (número 1.123/2014) y 5 de noviembre de 2015 (número 1.065/2015). En el dictamen de 12 de junio de 2014 (número 539/2014) se solicitó que se completase tanto la memoria como el preámbulo.

En la Memoria del Consejo de Estado del año 2010 también se abordó la importancia de los preámbulos, así como la conveniencia de que se esclarezcan en el expediente las medidas que se adopten a través de la norma. En este sentido, se decía:

En primer lugar (...), debe llevarse a cabo una cuidadosa valoración de los aspectos económicos y técnicos, y dejar en el expediente reflejo documental de la misma.

En este sentido, la valoración de estos aspectos –y, en particular, de los económicos– resulta relevante, desde luego, para conocer los costes y beneficios que supone la medida. Pero sucede que, en ocasiones, la finalidad de la disposición es emi-

nementemente económica (por ejemplo, de adecuación del marco retributivo) o que la determinación de la conformidad o no a Derecho de la disposición (por ejemplo, al principio de suficiencia de la retribución o a las normas sobre competencia) exige valorar su impacto económico en el mercado.

A la vista de tales circunstancias, el Consejo de Estado ha venido planteando la necesidad de llevar a cabo un adecuado análisis económico de las medidas que se adoptan. Y se ha subrayado también en ocasiones la importancia de reflejar documentalmente en el expediente el juicio que se hace sobre las cuestiones económicas y técnicas (...). A este respecto, la memoria del análisis de impacto normativo es la sede adecuada para incorporar y abordar estas cuestiones.

En los dictámenes del trienio este Consejo de Estado también ha apreciado una falta de estabilidad en el ordenamiento. Por de pronto, varias de las normas reglamentarias aprobadas en el trienio 2014/2016 fueron modificadas por otras dentro del mismo trienio. Así ocurrió, por ejemplo, con el Real Decreto 1.054/2014, de 12 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de cesión de los derechos de cobro del déficit del sistema eléctrico del año 2013 y se desarrolla la metodología de cálculo del tipo de interés que devengarán los derechos de cobro de dicho déficit y, en su caso, de los desajustes temporales negativos posteriores. Esta norma modificaba en sus disposiciones finales, entre otros reales decretos, tres muy recientes: el 1.047/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica, el 1.048/2013, de la misma fecha, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica, y el 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. El proyecto que luego se transformó en el citado Real Decreto 1.054/2014, de 12 de diciembre, fue objeto del dictamen de 11 de diciembre de 2014 (número 1.182/2014). En él se hacía «una reflexión sobre la necesaria revisión de los textos normativos, sobre la que el Consejo de Estado se ve obligado a insistir continuamente, para evitar la publicación de los textos oficiales necesitados de rectificación posterior».

No es un caso único. El Real Decreto 738/2015, de 31 de julio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y el procedimiento de despacho en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares, volvió a modificar el ya enmendado Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Algo parecido ocurrió con el Real Decreto 1.073/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifican distintas disposiciones en los reales decretos de retribución de redes eléctricas. De nuevo modificó el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, ya citado, así como los también modificados Reales Decretos 1.047/2013, de 27 de diciembre, y 1.048/2013, de la misma fecha. Por si fuera poco, el Real Decreto 1.074/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifican distintas disposiciones en el sector eléctrico, modificó (por cuarta vez en menos de año y medio) el tan citado Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Cierto es que en ocasiones la falta de estabilidad se debe a alguna causa extrínseca, como la incorporación del Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, la manera en que se verifica la transposición puede ser también deficiente en este punto. Cabe citar a título de ejemplo la Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE. Como se indicaba en el dictamen de 23 de abril de 2015 (número 145/2015), esa Directiva se había incorporado a Derecho español a través de cuatro normas:

- El Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, posteriormente tramitado y aprobado como Ley 18/2014, de 15 de octubre.

- La Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (vía enmienda parlamentaria).

- La Orden IET/931/2015, de 20 de mayo, por la que se modifica la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente

de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia, cuyo proyecto fue consultado al Consejo de Estado, que emitió el dictamen de 26 de febrero de 2015 (número 52/2015).

– El Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía (que fue objeto del mencionado dictamen de 23 de abril de 2015, número 145/2015).

En este último dictamen se decía:

[L]a incorporación [de la Directiva] se está llevando a cabo de forma fragmentada y confusa. Nada que objetar a la transposición de Directivas mediante instrumentos jurídicos diversos (necesaria, a veces, en función del sistema interno de fuentes y distribución de competencias). Sin embargo, en este caso concreto la dispersión normativa en la transposición revela una ausencia de planificación en la incorporación de la norma comunitaria al ordenamiento español que ha encontrado reflejo en el presente expediente.

Al respecto de la estabilidad de las normas, la Memoria del Consejo de Estado de 2010 incluía algunas afirmaciones de plena actualidad:

[E]l Consejo de Estado es consciente de (...) los problemas derivados de la falta de estabilidad del marco normativo (...).

En orden al logro de esta estabilidad del marco normativo, se hacen seguidamente algunas sugerencias:

En primer lugar, cabe llamar la atención de que, en algunas ocasiones, un adecuado análisis de las consecuencias económicas de las normas que se tramitan, considerando todas las hipótesis, puede dotarlas de una mayor estabilidad y hacer innecesarias ulteriores revisiones (...).

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, la falta de estabilidad normativa de la regulación es fruto de la propia rigidez de las disposiciones (...). [S]í que es claro que la mayor flexibilidad en la regulación viene requerida en

orden al logro de la estabilidad a la que se hacía referencia, y también por el carácter dinámico de este sector (...).

En definitiva, estima el Consejo de Estado que la necesidad de lograr una mayor estabilidad en el marco normativo (...) ha de perseguirse desde el mismo momento en que se elaboran y tramitan las normas.

En estrecha relación con las cuestiones anteriores, cabe mencionar también a la enorme complejidad de este grupo normativo. A ella también se refirió la Memoria de 2010. Ciertamente es que tal complejidad se deriva del propio texto de la Ley del Sector Eléctrico, pero el desarrollo reglamentario la ha incrementado.

Un ejemplo del trienio estudiado puede ser la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. La disposición ocupó 1.761 páginas del Boletín Oficial del Estado del 20 de junio de 2014. Su proyecto fue objeto del dictamen de 12 de junio de 2014 (número 539/2014), que subrayaba la complejidad en estos términos:

La extraordinaria complejidad de las operaciones de clasificación de las instalaciones tipo y concreción de sus respectivos parámetros retributivos es notoria a la vista del volumen de tales operaciones. No hay que olvidar que la clasificación afecta a las más de 60.000 instalaciones existentes y que, como resultado de la clasificación de éstas y de las instalaciones que no hubieran alcanzado los objetivos de potencia, se distinguen 1.492 instalaciones tipo, cada una de las cuales cuenta con una ficha descriptiva del cálculo de los parámetros retributivos en el anexo VIII del proyecto remitido en consulta.

Como es evidente, la elaboración de una disposición normativa de esta envergadura consume ingentes recursos públicos, sobre todo si se proporciona una adecuada fundamentación para cada una de las reglas y categorías que se aprueban. Al mismo tiempo, este nivel de detalle hace imprescindible introducir modificaciones con el transcurso del tiempo, lo que afecta a la estabilidad del ordenamiento. De hecho, la Orden fue modificada en su anexo por la Orden IET/1344/2015, de 2 de julio, por la que se aprueban las instalaciones tipo y sus co-

respondientes parámetros retributivos, aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y más tarde por la Orden IET/2735/2015, de 17 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2016 y se aprueban determinadas instalaciones tipo y parámetros retributivos de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Ninguna de estas dos órdenes modificativas fue consultada al Consejo de Estado. En este punto parece forzoso remitirse al capítulo de esta Memoria en el que se aborda la preceptividad de la consulta al Consejo de Estado de las normas reglamentarias.

Además, una regulación tan extensa y minuciosa con frecuencia multiplica los litigios. Respecto de la Orden citada, la IET/1045/2014, de 16 de junio, fueron alrededor de dos centenares las impugnaciones. Un grupo de ellas tuvo éxito y logró la anulación de ciertos parámetros para las instalaciones del tratamiento y reducción del purín (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016, recurso número 485/2014), incluso con reconocimiento de indemnizaciones de daños y perjuicios (por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016, recurso número 428/2014, dos Sentencias de 26 de julio de 2016, recursos números 504/2014 y 508/2016, Sentencia de 19 de septiembre de 2016, recurso número 505/2014, y Sentencia de 16 de marzo de 2017, recurso número 430/2014). En otros casos las Sentencias del Tribunal Supremo fueron desestimatorias (por ejemplo, tres de 1 de junio de 2016, recursos números 631/2014, 641/2014 y 783/2014, Sentencia de 7 de junio de 2016, recurso número 850/2014, Sentencia de 3 de abril de 2017, recurso número 520/2014 (16), dos Sentencias de 5 de abril de 2017, recursos números 519/2014 y 561/2014, dos Sentencias de 6 de abril de 2017, recursos números 560/2014 y 645/2014, y Sentencia de 7 de abril de 2017, recurso número 570/2014).

Sin embargo, esta descomunal tarea de reglamentación de 1.492 instalaciones tipo que llevó a cabo la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, no venía exigida por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del

(16) Esa sentencia tenía un fallo desestimatorio respecto de la impugnación de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, pero estimatorio respecto de la pretensión anulatoria de otra norma.

Sector Eléctrico. Fue impuesta por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (título IV).

El Consejo de Estado considera que, con ocasión de las sucesivas normas reglamentarias en materia del sector eléctrico, cabe plantearse cómo reducir su complejidad, para hacerlas más comprensibles, de más fácil fundamentación y más estables.

Una última cuestión abordada por los dictámenes del Consejo de Estado del trienio 2014/2016 ha sido la urgencia de las consultas formuladas. Pese a la densidad normativa de los proyectos en esta materia, de los dieciocho dictámenes emitidos en el período la mayoría, exactamente diez, se han solicitado con carácter urgente. En otros se ha rogado, sin calificar como tal la consulta, que el dictamen se emitiera «a la mayor brevedad» (por ejemplo, dictamen de 6 de noviembre de 2014, número 883/2014) o se ha indicado que el proyecto era prioritario (dictamen de 17 de septiembre de 2015, número 820/2015). A este respecto, en el dictamen de 7 de mayo de 2015 (número 381/2015), se decía:

[L]a urgencia con la que se solicita la emisión del presente dictamen contrasta con el ritmo al que se ha instruido su tramitación precedente (...).

En estas circunstancias, no cabe sino reiterar «la conveniencia –si no necesidad– de que se haga un uso meditado y prudente de las declaraciones de urgencia», a la que alude, entre otros, el dictamen n.º 884/2009, de 28 de mayo, en la medida en que tales declaraciones no favorecen el ejercicio de la función consultiva, máxime cuando ésta tiene como objeto proyectos normativos de la complejidad e importancia del ahora dictaminado.

Sólo cabe subrayar la relevancia de esta observación, que se podría haber formulado en otros expedientes.

En las páginas anteriores se han abordado una serie de cuestiones relativas al desarrollo reglamentario de la Ley del Sector Eléctrico, desde la perspectiva de los dictámenes emitidos en el trienio 2014/2016. Su fragmentación, la necesidad de la adecuada funda-

mentación, la falta de estabilidad, la complejidad y la urgencia en las consultas han sido los aspectos tratados. Quizás algunas de las reflexiones sobre estos puntos puedan ser de utilidad a efectos de los posteriores proyectos reglamentarios en la materia.

IV. LA SISTEMÁTICA NORMATIVA DE LAS LEYES 39 Y 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE

El 2 de octubre de 2016 entraron en vigor las Leyes 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), ambas de 1 de octubre. Estas nuevas leyes han venido a derogar y sustituir otras varias anteriores, entre las que destaca, por la dimensión del cambio que su derogación supone, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) que constituía un instrumento verdaderamente vertebrador del derecho administrativo español por contener la regulación común a las distintas Administraciones públicas en lo relativo a las bases de su configuración como organizaciones, a sus relaciones, al procedimiento para su actuación mediante la producción de actos administrativos, a las condiciones de validez de éstos y a los mecanismos no jurisdiccionales para su revisión.

En razón de estos contenidos, los criterios seguidos por las nuevas leyes, en lo relativo a su propia estructura y su sistemática, tienen un alcance importante en la organización misma del ordenamiento jurídico administrativo y, consiguientemente, suponen un condicionamiento de la actuación de los operadores jurídicos en su conocimiento y su análisis así como en su interpretación y aplicación.

Pues bien, los criterios seguidos por las Leyes 39 y 40/2015 en el aspecto mencionado se asientan en tres decisiones esenciales. La primera ha sido derogar y sustituir íntegramente la LRJPAC en lugar de haber operado a través de su reforma como aconteció en 1999 cuando la Ley 30/1992 fue modificada en profundidad mediante la Ley 4/1999, de 13 de enero. Esta opción era, por lo demás, ineludible para poder aplicar la segunda de estas deci-

siones: producir dos leyes, relativas respectivamente al régimen jurídico de las administraciones públicas y del resto de organizaciones integrantes del sector público, una, y al procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, la otra. Ello en lugar de regular en un solo texto y de manera integrada ambas materias como se hizo con la LRJPAC de 1992.

La tercera decisión, que únicamente atañe a la Ley 40/2015, fue acumular en un mismo texto la regulación relativa al régimen jurídico en cuanto es común a todas las administraciones públicas y demás entes integrantes del denominado «sector público institucional» con la regulación que específicamente corresponde a «la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de su sector público institucional...» (art. 1 de la LRJSP).

El Consejo de Estado fue consultado con relación a los dos anteproyectos a partir de los cuales se han sustanciado y aprobado las Leyes 39 y 40/2015 y, en atención a tales consultas, emitió, el 29 de abril de 2015, los dictámenes 274/2015, respecto del anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, y 275/2015, sobre el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dictámenes en los cuales, en cuanto a la materia aquí tratada, manifestó su discrepancia con los criterios sistemáticos a que los anteproyectos respondían con base en las razones que seguidamente se desarrollan.

A) SUSTITUCIÓN DE LA LEY 30/1992

La sustitución de la Ley 30/1992 por una ley enteramente nueva no cobraba una justificación clara en el alcance del contenido material propiamente innovativo que los anteproyectos incorporaban.

El anteproyecto de la LRJSP, se dijo en el dictamen 274/2015, «procede, más que a una reforma, a una codificación de las normas actualmente existentes en materia de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas en general y de la Administración del Estado en particular.» Y, en este mismo sentido, se observaba que el anteproyecto –como la Ley 40/2015 subsiguiente– presentaba una densidad normativa muy superior a la de las leyes precedentes en la materia sin desarrollar una «colaboración» correcta desde la

ley general con las leyes especiales y desde la ley con el reglamento, siendo exponente destacado de ello la incorporación del contenido de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, así como de buenas partes de normas reglamentarias en la materia dando lugar a la derogación de la Ley mencionada, aunque, por efecto de la dualidad de textos legales con que se opera la reforma y la consiguiente división de las regulaciones en éste, como en otros campos, tal derogación queda establecida no en la LRJSP, sino en la LPAC, Ley 39/2015.

El contenido propiamente innovador y reformador de la LRSP en su fase de anteproyecto atañía básicamente a establecer una tipología exhaustiva de los entes institucionales dentro de la delimitación subjetiva del sector público (en cuya disciplina se incorpora la decisión de suprimir la figura misma de las Agencias Estatales con la derogación consiguiente de su ley reguladora, Ley 28/2006, de 18 de julio), en la regulación de los convenios (artículos. 47 a 53 de la Ley) y de los consorcios (artículos 118 a 127 de la Ley) y en la relativa al Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local (artículos 82 y 83 de la Ley).

Merece una mención diferenciada la previsión que el anteproyecto de LRJSP contenía (artículo 2.1, 2 y 4 del anteproyecto) en el sentido de que la ley fuera aplicable a la «actuación administrativa» de diversos órganos constitucionales del Estado (así como al Centro Nacional de Inteligencia), a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y a instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas, al Consejo de Estado y al Defensor del Pueblo en lo no previsto en su regulación específica y en cuanto sea compatible con su naturaleza y funciones propias.

Esta determinación fue cuestionada en el dictamen 274/2015 que observaba que la determinación de que la normativa administrativa general establecida en la LRJSP fuera aplicable, aun supletoriamente, a la organización y funcionamiento interno de los órganos citados suponía una vulneración de su autonomía orgánica y funcional garantizada constitucionalmente, de manera que las «remisiones a la legislación administrativa general en materia de organización y funcionamiento se realicen desde sus propias normas específicas –ninguna de las cuales tiene naturaleza de ley ordinaria...». Los preceptos del anteproyecto que se cuestionaban no figuran en la Ley aprobada. En

su lugar, contiene una disposición adicional vigesimosegunda que remite a la normativa específica de los órganos mencionados la regulación de su actuación administrativa añadiendo una fórmula cuyo alcance no es evidente: «... en el marco de los principios que inspiran la actuación administrativa de acuerdo con esta Ley.» La LPACAP contiene una adicional quinta exactamente del mismo tenor.

Por su parte, el anteproyecto relativo a la nueva Ley de Procedimiento, según observaba el dictamen 275/2015, reproducía en la mayor parte de sus preceptos, con ligeras modificaciones el contenido de las normas anteriores a la que ahora figuran en la Ley 39/2015, de manera que, desde el punto de vista de su efecto innovador en la materia, se hacía menos evidente aún la necesidad de una ley nueva.

Ello sin que se dejase de constatar la existencia de novedades en aspectos concretos, algunos muy significativos, como son el cómputo de plazos por horas, la consideración del sábado como día inhábil a efectos del cómputo de plazos, el establecimiento como nuevo supuesto de silencio negativo el de expedientes basados en la solicitud relativa al ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente, la eliminación del plazo de tres meses a efectos de la impugnación de actos presuntos, el establecimiento de un plazo de seis meses para la revisión de oficio, la regulación del procedimiento abreviado, las relativas a la administración electrónica o la regulación del procedimiento de elaboración de normas, circunscrita en la LPACAP a su Título VI: «De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones.»

El anteproyecto también contenía la nueva regulación relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, la cual quedó después trasladada a la LRJSP dentro de la normativa sustantiva de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (arts. 32 a 35).

Así pues, la formulación de la iniciativa legislativa de manera que la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, quedara derogada y sustituida no constituía una verdadera necesidad atendiendo al volumen de las novedades que la iniciativa aportaba en materia de régimen jurídico del sector público y de procedimiento de las Administraciones públicas y así lo consideró el Consejo de Estado en los dictámenes emitidos. En todo caso, el mantenimiento de la Ley

30/1992 reformada no resultaba ciertamente compatible con las otras dos decisiones adoptadas en materia de sistemática normativa que se examinan seguidamente.

B) LA REFORMA MEDIANTE DOS LEYES

Como se indicó, la segunda decisión consistió en afrontar la reforma mediante dos cuerpos legales. Uno relativo al régimen jurídico del conjunto del sector público y otro al procedimiento administrativo común de todas las Administraciones públicas.

El criterio se presentaba en los anteproyectos así como en el preámbulo de la LRJSP derivado de las propuestas contenidas en el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) elevado al Gobierno el 21 de junio de 2013 y se justificaba como una recuperación del sistema tradicional del derecho administrativo español entendiendo que, hasta la Ley 30/1992, las regulaciones de «los aspectos orgánicos del poder ejecutivo» estaban separadas de las relativas a los procedimientos. La segunda justificación, se decía, era la pretensión de configurar una estructura normativa administrativa sistemática, coherente y ordenada, mediante la diferenciación de lo orgánico y lo procedimental, de la regulación separada de las relaciones «ad intra», referidas al funcionamiento interno de las Administraciones y de las relaciones entre ellas, y de las relaciones «ad extra» que sostienen las Administraciones con los ciudadanos y las empresas.

En los dictámenes 274 y 275/2015, se expresó la disconformidad del Consejo de Estado con los criterios expuestos.

En primer lugar, por entender que la tradición normativo-administrativa española hasta la Ley 30/1992, más allá de la denominación de los textos legales, no presenta esa nítida diferenciación entre lo orgánico y lo procedimental a través de cuerpos legales correspondientes a uno u otro tipo de materias, pero sobre todo porque la dicotomía «ad intra»/«ad extra», como enfoque en el que se sustentan los contenidos normativos, lejos de aportar claridad y sistemática, era generadora de importantes disfunciones, básicamente por el hecho de que existen conceptos e instituciones que sencillamente no son reducibles a uno de esos campos.

El Consejo de Estado puso en evidencia dos inconvenientes fundamentales derivados de centrar la temática de cada ley en esta dicotomía. El primero las inevitables duplicidades y remisiones entre los anteproyectos a que el criterio conducía, lo cual tenía un exponente destacado en el régimen de los órganos administrativos que en los anteproyectos aparecía descompuesto entre los dos textos según el contenido de cada norma, fuera primordialmente procedimental o relativa a su composición o a su funcionamiento.

Esta situación ha sido parcialmente reconducida al situar la disciplina del órgano administrativo en la LRJSP, artículos 5 a 24, en consonancia con la impronta «orgánica» con que esta Ley se identifica. No obstante, este tratamiento no puede evitar inconvenientes inherentes a la dualidad de textos. En este caso, que siendo el órgano administrativo la unidad a la que se atribuyen funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros (en los términos empleados por el artículo 5.1 de la LRJSP), y por tanto la unidad a través de la que la Administración actúa en el procedimiento, su disciplina deba estar separada en ley aparte de la que lo regula.

El segundo inconveniente consistía en la distorsión del enfoque con que se regulaban en los anteproyectos instituciones básicas en el derecho administrativo, tales como la responsabilidad patrimonial, la potestad sancionadora, la iniciativa legislativa o la potestad reglamentaria. Todas ellas irreductibles, según se ha dicho, tanto a lo orgánico como a lo procedimental y acreedoras de una regulación integral que las considere desde su naturaleza de instituciones y que contenga ambos aspectos sustantivos y procedimentales como sucedía en la Ley 30/1992 e incluso, anteriormente, respecto de la responsabilidad patrimonial, en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.

En la dicotomía que inspira las iniciativas, los anteproyectos optaron por regular las instituciones de la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora dentro del anteproyecto de LPAC como especialidades del procedimiento administrativo común. El dictamen 275/2015 razonaba que «la conversión de las referidas instituciones en meros procedimientos administrativos (...) supone desconocer la verdadera naturaleza de aquéllas y despojarlas de su particular identidad», de manera que con el tratamiento del anteproyecto «se oscurece el conocimiento completo y unitario del régimen jurídico aplicable a tales materias.»

Las leyes finalmente aprobadas han modificado esta consideración de las instituciones como procedimientos, aunque a costa de romper la unidad de su regulación. Así, sus aspectos sustantivos han quedado recogidos en la LRJSP, que dedica los artículos 25 a 31 a la potestad sancionadora y los artículos 32 a 37 a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, mientras que la LPAC incluye preceptos dedicados a las especialidades de los procedimientos instruidos en estas materias (artículos 90 respecto de la resolución de los sancionadores y 91 y 92 relativos a la resolución y a la competencia en materia de responsabilidad patrimonial).

La iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria han mantenido su regulación, más sustantiva que procedimental, en el título VI de la LPAC.

C) LA ACUMULACIÓN DE LA NORMATIVA COMÚN Y LA ESPECÍFICA DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL

La tercera de las decisiones enunciadas ha sido incluir en el mismo cuerpo legal, la Ley 40/2015, LRJSP, la normativa de organización y funcionamiento común a todas las Administraciones y demás entes integrantes del sector público y la específica de la Administración General del Estado y de su sector público institucional. En consonancia con ello, la LRJSP ha procedido a derogar la Ley que, separadamente, daba regulación a la Administración estatal, Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

Se ha mantenido vigente y separada la Ley del Gobierno, Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en consideración, a tenor del preámbulo de la LRJSP, a la condición del Gobierno en cuanto «cabeza del poder ejecutivo» y a la índole fundamentalmente política de sus funciones, aunque gran parte de sus preceptos han sido modificados a través de la disposición final tercera.

También esta opción sistemática fue cuestionada en el dictamen 274/2015, fundamentalmente por la mezcla de preceptos básicos y no básicos que conlleva. El dictamen decía: «... el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público no es una norma de carácter básico con algunos preceptos aplicables a la Administración

del Estado, tal y como pudiera deducirse de su disposición final cuarta (en la Ley aprobada, decimocuarta), sino una regulación aplicable fundamentalmente a la Administración del Estado a la que se incorporan además preceptos básicos, lo cual dificulta la identificación de unos y otros y supone, a la postre, una regresión, en términos de una buena ordenación de la materia regulada, respecto de la normativa vigente».

Con independencia de que la tradición de diferenciar lo orgánico y lo procedimental en textos diferentes en que se apoya la iniciativa constituya una interpretación más o menos correcta de nuestros antecedentes normativos, la emulación de esa tradición así entendida supone desconocer que, en todo caso, correspondería a un marco previo al que construye la Constitución, uno de cuyos pilares es la descentralización territorial y la configuración del Estado de las Autonomías en el cual es esencial contar con una distinción nítida entre lo que es común y básico y lo que corresponde específicamente al sector público de cada Administración, incluida la del Estado.

Por ello, el artículo 149.1.18.^a de la Constitución configura y hasta prefigura el ámbito de la que fuera a ser normativa común en materia jurídico administrativa, sea normativa común por ser objeto de normas básicas (régimen jurídico de las Administraciones y del régimen estatutario de los funcionarios; contratos y concesiones administrativas) o por ser objeto de la competencia exclusiva del Estado (procedimiento administrativo común, expropiación forzosa, sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas).

Lo más coherente con el sistema de distribución de competencias que se dibuja en el citado precepto es la producción por parte del Estado de esa normativa de alcance común de manera separada respecto de la que es específicamente aplicable a su propia Administración. Este es el criterio a que respondió la Ley 30/1992 cuando abordó la regulación del régimen jurídico y el procedimiento común en un momento ya posterior a la Constitución de 1978. Criterio que ha quedado desconocido por la Ley 40/2015, dando paso a la mezcla de lo común y lo exclusivamente estatal en la misma ley, mezcla rigurosamente innecesaria y generadora de desorden y confusión.

Así, en una descripción muy sumaria, lo que es propiamente régimen jurídico común se localiza en el Título Preliminar, los Capítulos I

y V del Título II relativos al sector público institucional y a los consorcios respectivamente, y el Título III sobre relaciones interadministrativas, siendo el resto de la Ley referido al sector público estatal.

Como lógica e inevitable consecuencia, la identificación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas que requiere el mencionado precepto constitucional y que habilitan para dictar la mayor parte de la normativa común de la Ley (respecto del sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas, la competencia exclusiva del Estado no se circunscribe a determinar sus bases), esa identificación no se puede realizar por el sencillo procedimiento de establecer que la Ley se haya dictado al amparo del precepto constitucional habilitante sin que fuera preciso distinguir entre los diversos contenidos de la Ley, sino que esa invocación del artículo 149.1.18.^a de la Constitución (apartado 1 de la disposición final decimocuarta) va seguida de un apartado 2 que enuncia las excepciones al carácter básico en una enumeración larga y farragosa que menciona Títulos, Capítulos, artículos y disposiciones adicionales.

No se mencionan disposiciones finales por cuanto en ellas se procede a modificar leyes preexistentes y corresponde entender que la condición básica que los preceptos modificados puedan tener vendrá establecida, en su caso, en la Ley en la cual éstos se inserten.

En esta apelación al título competencial a cuyo amparo se producen normas de valor prevalente respecto de las Comunidades Autónomas, ambos anteproyectos incluían apartados diferentes al 18 del artículo 149.1 de la Constitución, lo cual fue objetado por el Consejo de Estado.

La mención de los apartados 6 y 8 del artículo 149.1 y que se contenía en el anteproyecto de LRJSP no figura en la Ley 40/2015 aprobada, pero las dos Leyes nuevas mantienen la invocación de los apartados 13, que atribuye al Estado competencia en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y 14 en materia de la Hacienda general.

La objeción consistió en argumentar que ninguno de los dos textos legales contiene disposiciones que encajen en los referidos títulos tal y como éstos han sido delimitados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En este sentido, es conveniente advertir que la eficacia habilitante de los preceptos que definen competencias exclusivas del Estado no depende de que el legislador cuente entre sus propósitos con producir efectos favorables en un determinado ámbito, en la actividad económica y en la Hacienda pública en este caso, como parece desprenderse de los párrafos finales de la LRJSP. Depende de que la materia regulada se corresponda con la materia definida en el precepto constitucional invocado. Solo si se da esa concordancia material debe entenderse procedente la invocación y solo así la Constitución despliega su efecto legitimador de la producción de normas vinculantes para las Comunidades Autónomas o prevalentes respecto de las que las Comunidades tengan competencia para emitir.

V. COLEGIOS PROFESIONALES

En el año 2016 el Consejo de Estado ha tenido ocasión de emitir sucesivos dictámenes sobre cuestiones afectantes a Colegios Oficiales o Consejos Generales, en especial sobre sus Estatutos (dictámenes emitidos bajo expedientes números 1.307/2015, 44/2016, 133/2016, 295/2016, 602/2016 y 719/2016). Ha establecido al efecto ciertos criterios o ha recordado doctrina existente sobre la materia; lo más relevante puede diversificarse por materias conforme a los siguientes apartados:

1. **Carácter preceptivo o no del dictamen del Consejo de Estado**

La primera cuestión suscitada se refiere al carácter preceptivo o no del dictamen previo a la aprobación de los Estatutos. A este respecto, en los dictámenes núms. 602/2016 y 719/2016 se aclaró finalmente que había que diferenciar según se tratara o no de colegios a los que sea preceptivo incorporarse para poder ejercer la profesión. Solo en el primer caso (colegiación preceptiva) se considera que los Estatutos son disposiciones de carácter general dictadas en ejecución de leyes, por lo que el dictamen es preceptivo de acuerdo con lo establecido en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que se refiere a «Reglamentos o dispo-

siciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes así como sus modificaciones», y se añadió lo siguiente:

«Esta diferencia entre profesiones de colegiación obligatoria y profesiones de colegiación voluntaria tiene una notable importancia, que se traduce, entre otros extremos, en la diferencia de instrumento normativo preciso para la creación de sus Colegios y la regulación de sus funciones.

De la evolución normativa y jurisprudencial en la materia cabe destacar lo declarado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 201/2013 que, al analizar la cuestión de la norma exigible para la creación de un colegio (artículo 4.1 de la Ley de Colegios Profesionales), señaló que “la exigencia de norma de rango legal para su creación, únicamente tiene carácter básico en su aplicación a los colegios de adscripción obligatoria, en la medida en que los mismos ejercen funciones públicas –de deontología y ordenación de la profesión–, y limitan los derechos de los profesionales –el derecho de asociación y la libertad de ejercicio de la profesión–; y en este contexto ha de ser entendido lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley estatal, previsto para un momento temporal en que todos los colegios profesionales eran obligatorios. Dicha exigencia no resulta, sin embargo, de aplicación a los colegios voluntarios, surgidos tras la reforma efectuada por la Ley 25/2009, los cuales carecen de funciones coactivas para la regulación del ejercicio profesional, y se someten al régimen jurídico general de las asociaciones, sin perjuicio de que puedan ejercer funciones de interés general”.

El Tribunal Constitucional deja así establecida su jurisprudencia en la materia, diferenciando entre Colegios de adscripción obligatoria, a los que corresponde el ejercicio de funciones públicas –ordenación de la profesión y control deontológico– encomendadas o atribuidas por el legislador y las Administraciones competentes, y los Colegios de adscripción voluntaria, que en principio no pueden ejercer funciones de ordenación de la profesión, incluida la potestad disciplinaria.

La referida jurisprudencia constitucional, como es obvio, es de suma importancia para la determinación del carácter preceptivo o facultativo del dictamen del Consejo de Estado, pues

en el caso de las profesiones de colegiación obligatoria, cuya determinación y en las que la que la creación de sus estructuras colegiales demanda ley estatal, la aprobación de las normas estatutarias de rango reglamentario previstas en la Ley de Colegios profesionales de 1974 –los Estatutos Generales del artículo 6, apartados 2 y 3, y el artículo 9.1.b) de la Ley 2/1974, y los Estatutos del Consejo General, contemplados en el artículo 9.1.b) y 9.2– exige de la intervención del Gobierno de la Nación y, en consecuencia, de la preceptiva intervención del Consejo de Estado ex artículo 22.3 de la citada Ley Orgánica 3/1980.»

2. Procedimiento de elaboración de los Estatutos, tramitación de los expedientes y alcance de la competencia para la aprobación final

– En relación con la iniciativa para la aprobación de los Estatutos, se ha señalado que tal iniciativa debe partir de los propios Colegios.

Concretamente, en el dictamen 602/2016, y en el dictamen 295/2016, al informarse sobre un proyecto de absorción de un Colegio por el Consejo General, siguiendo lo ya dicho antes (dictamen 44/2016) se dijo que la iniciativa debía ser asimismo de la propia organización colegial y se recordó lo siguiente:

«El Consejo de Estado ha señalado que “los Estatutos son normas jurídicas especiales, fruto simultáneo de la autonomía que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la Administración corporativa y del control que se reserva al Gobierno de la Nación” (entre otros, dictámenes números 4.408/98, de 4 de febrero de 1999, 1.813/2000, de 27 de julio, 773/2007, de 17 de mayo, y 2.289/2010, de 21 de diciembre). Esta doble vertiente, como recordaba el dictamen 44/2016, de 10 de marzo, se plasma en la existencia de dos fases para la reforma de las normas estatutarias: en primer lugar, una fase colegial, en la que han de respetarse las prescripciones de esta norma; y en segundo lugar, una fase gubernamental, consistente en el acto de aprobación por parte del Consejo de Ministros.»

En el mismo sentido se manifestaron los dictámenes núms. 1.307/2015 y 719/2016.

– Sobre el procedimiento de elaboración de Estatutos, se ha destacado por este Consejo que la Administración competente para aprobarlos (en el caso de los Estatutos de los Consejos Generales la competencia es de la Administración del Estado de acuerdo con los artículos 6.2 y 9.1.b. de la Ley de Colegios Profesionales) no debe paralizar la tramitación de los expedientes. Así se resaltó en los dictámenes núms. 1.307/2015 y 602/2016; en éste se dijo:

«... las organizaciones corporativas no tienen competencia para modificar por sí mismas los Estatutos Generales de los Colegios y de la profesión correspondiente, ni tampoco los Estatutos de los propios Consejos Generales (artículo 9.1.b) de la Ley 2/1974), requiriendo el concurso del Gobierno; si éste no se produce, las normas colegiales quedan paralizadas y, en muchos casos, obsoletas, sin adaptarse con la exigible agilidad a los cambios normativos y jurisprudenciales, con las derivas que ello puede tener, por ejemplo, en materia de defensa de la competencia.

En definitiva, se entiende que es exigible en estos procedimientos bifásicos de aprobación de normas la coordinación entre las organizaciones corporativas y el Poder Ejecutivo competente para evitar paralizaciones como la que se advierte en el presente expediente.»

Se ha señalado también (en los dictámenes núms. 295/2016 y 719/2016) que la segunda fase del procedimiento –que es la que corresponde seguir ante la Administración competente para la aprobación final– debe cumplir con las reglas de elaboración de normas aplicables a esa Administración, en concreto la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

– Y en cuanto al alcance de la competencia para la aprobación final de los Estatutos, en el dictamen n.º 295/2016, transcribiendo el dictamen 5.081/97, se ha recordado:

«El Consejo ha destacado que cada organización profesional elabora sus Estatutos Generales dentro del ámbito que la Ley les reconoce y para su exclusivo uso y régimen, de tal suerte que “su aprobación por el Consejo de Ministros no tiene otro

significado que el de comprobar si, en el ejercicio de la potestad reguladora de su propio ámbito, las Corporaciones se mantuvieron o no dentro de los límites y obedecieron las prescripciones legales o reglamentarias que les son de aplicación”».

Y en el dictamen n.º 1.307/2015 se dijo:

«Como ha señalado el Consejo de Estado, al informar proyectos de disposiciones aprobatorias de Estatutos con base en el artículo 6.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (“los Consejos Generales elaborarán para todos los Colegios de una misma profesión, y oídos éstos, unos Estatutos Generales, que serán sometidos a la aprobación del Gobierno a través del Ministerio competente”), “los Estatutos de los Colegios de ámbito nacional”, ha señalado que los Estatutos son normas jurídicas especiales, “fruto simultáneo de la autonomía que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la Administración corporativa y del control que se reserva al Gobierno de la Nación” (dictámenes 405/99, 690/99, 1.813/2000, 697/2009 o 2.289/2010, entre otros).

El Consejo ha destacado que cada organización profesional elabora sus Estatutos Generales dentro del ámbito que la Ley les reconoce y para su exclusivo uso y régimen, de tal suerte que “su aprobación por el Consejo de Ministros no tiene otro significado que el de comprobar si, en el ejercicio de la potestad reguladora de su propio ámbito, las Corporaciones se mantuvieron o no dentro de los límites y obedecieron las prescripciones legales o reglamentarias que les son de aplicación” (dictamen 5.081/97).»

La competencia estatal para la aprobación de los Estatutos de los Consejos ha sido resaltada en diversos dictámenes citados (con invocación del artículo 149.1.18.^a de la Constitución, que da amparo a la legislación general –en buena parte preconstitucional– sobre Colegios).

En cambio, en cuanto a la competencia para la aprobación de Estatutos de los Colegios, en los dictámenes núms. 1.307/2015, 416/2016, 602/2016 y 719/2016 se ha recordado que tal competencia es de los Consejos Generales, como establece el artículo 6.4 de la Ley de Colegios Profesionales; incluso se ha considerado que en dichos Estatutos debería, por exigencias de claridad y armonía reguladora, hacerse referencia expresa a esa competencia.

Y respecto a los Estatutos Generales de la profesión, en el dictamen n.º 133/2016 se dijo lo siguiente:

«Interesa recordar una vez más que los Estatutos Generales de los Colegios Profesionales y en concreto, de los Colegios Oficiales de Arquitectos y su Consejo Superior, encuentran su fundamento y título competencial habilitante –como más arriba se indicó– en la propia Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974 y en particular, en los artículos 6 y 9.1.c), que atribuyen a los Consejos Generales de Colegios la competencia para elaborar los Estatutos Generales de una misma profesión y señalándose en el apartado 3 del citado artículo 6, las materias propias de tales Estatutos Generales, que una vez aprobados por la organización colegial, se someten a la aprobación del Gobierno a través del ministerio competente.»

3. Diversidad de normas colegiales

Se ha observado la pertinencia de diferenciar entre Estatutos Generales de la profesión, Estatutos de los Consejos Generales y Estatutos de los Colegios, aparte los Reglamentos de Régimen interior que cada Colegio apruebe para desarrollar o complementar sus Estatutos. A ese respecto en el dictamen 602/2016 se dijo:

«... se ha detectado a lo largo de la tramitación del expediente una cierta confusión entre las figuras que se acaban de mencionar, es decir, entre los Estatutos Generales del artículo 6, apartados 2 y 3, y el artículo 9.1.b) de la Ley 2/1974, los Estatutos colegiales, mencionados en el artículo 6, apartados 1 y 4, y en el artículo 9.1.c), y los Estatutos del Consejo General, contemplados en el artículo 9.1.b) y 9.2. Cada uno de ellos tiene un régimen jurídico específico, así como un contenido distinto, como resulta de la lectura de los mencionados preceptos. No hubiera sido correcta, como se sugirió en algún momento en la tramitación del expediente, la adjetivación de estos Estatutos proyectados como “generales”, porque los Estatutos proyectados nunca han sido los del artículo 6, apartados 2 y 3, de la Ley 2/1974, sino Estatutos de Consejo General, y como tales han sido tramitados, presentando además un contenido

en líneas generales ajustado a las previsiones legales (...) La Ley de Colegios profesionales contempla de manera expresa la figura de los Reglamentos de régimen interior en sus artículos 6.1 y 9.1.c), sin que se precise su contenido, aunque puede considerarse que será de desarrollo o complemento de las disposiciones denominadas Estatutos contempladas en los artículos 6 y 9 de la propia LCP.»

En el dictamen n.º 1.307/2015 se afirmó a ese mismo respecto:

«Debe ponerse de manifiesto, en cualquier caso, que se ha detectado a lo largo de la tramitación del expediente una notable confusión entre las figuras que se acaban de mencionar, es decir, entre los Estatutos Generales del artículo 6, apartados 2 y 3, y el artículo 9.1.b) de la Ley 2/1974, los Estatutos colegiales, mencionados en el artículo 6, apartados 1 y 4, y en el artículo 9.1.c), y los Estatutos del Consejo General, contemplados en el artículo 9.1.b) y 9.2. Cada uno de ellos tiene un régimen jurídico específico, así como un contenido distinto, como resulta de la lectura de los mencionados preceptos. Es acertado, como indicó en su momento el Ministerio de Economía y Competitividad, que se eliminara la adjetivación de “generales” en el título del Proyecto, porque los Estatutos proyectados nunca han sido los del artículo 6, apartados 2 y 3, de la Ley 2/1974, sino Estatutos de Consejo General, y como tales han sido tramitados, presentando además un contenido en líneas generales ajustado a las previsiones legales.

La anterior reflexión no lleva a este Consejo a desconocer que, de ordinario, los Estatutos del Consejo General, que abarcan la regulación de su composición, organización y funciones, suelen integrarse en los Estatutos Generales del artículo 6 de la Ley 2/1974, como es el caso del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.»

4. Representación institucional de la correspondiente profesión

También ha destacado este Consejo que la representación institucional exclusiva de las profesiones para cuyo ejercicio sea preceptiva la colegiación corresponde a los Colegios y al Consejo General,

como establece el artículo 1.3 de la Ley de Colegios Profesionales. Así, dictámenes núms. 133/2016 y 602/2016.

5. Registros profesionales de los Colegios y de los Consejos

Se ha recordado (dictamen n.º 602/2016) que en los registros de profesionales que deben elaborar los Colegios y los Consejos, que serán accesibles a la población (sin perjuicio de las normas sobre confidencialidad), no deberá incluirse información sobre los títulos generales y sobre los títulos de las especialidades de los que en su caso dispongan los colegiados.

También en relación con los registros, en el dictamen n.º 602/2016 se ha dicho que las circunstancias que se deben reflejar en los registros no pueden ser otras más que las previstas en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/2007, de 25 de marzo, de Sociedades Profesionales, y 10 de la Ley de Colegios Profesionales, de modo que los Estatutos no pueden añadir otras.

6. Competencia residual de los Consejos

En el dictamen 602/2016 se ha recordado, siguiendo dictámenes más antiguos –núms. 806/2012, 127/2012 y 1.361/2012–, que las funciones de los Consejos Generales no requieren de una «autorización legal» para ejercerlas, pues dichos Consejos tienen directamente atribuido por la Ley de Colegios el ejercicio de «*cuantas funciones redunden en beneficio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados*» (artículos 5.a) y 9.1 de dicha Ley).

7. Porcentaje de voto de los Colegios en las Asambleas de los Consejos e impago de cuotas o asignaciones por dichos Colegios

– En 2016 se volvió sobre una cuestión ya tratada en los dictámenes 1.328/2009 y 928/2013, como es la pertinencia de aclarar cuál

es el momento al que debe referirse la asignación de un peso porcentual de voto de cada Colegio en la Asamblea General del Consejo. En el dictamen 602/2016 se dijo a ese respecto:

«La solución parece venir dada por el proyectado artículo 19.2, que prevé en su segundo párrafo que “los Tesoreros de los colegios oficiales de farmacéuticos estarán obligados a enviar al Tesorero del Consejo General, al finalizar cada trimestre, una relación certificada de los colegiados inscritos cada mes de dicho trimestre en el Colegio, con indicación de la actividad profesional que realicen. Con los datos que figuren en dicha relación, se realizará una regularización de las cantidades resultantes de las cuotas a que se refieren los párrafos a) y b) del punto anterior”. Sin embargo, el Proyecto no contiene remisión entre los artículos 4 y 19, por lo que no queda claro el momento en que ha de computarse el número de colegiados a efectos de determinación del número de votos de cada Colegio. Esta omisión ha de corregirse.»

– Y también se ha recordado (en el propio dictamen 602/2016) el criterio establecido por diversas Sentencias del Tribunal Supremo, por ejemplo las de 4 de febrero de 2004 y 27 de octubre de 2009 –ya recordado en los dictámenes núms. 928/2013, 416/2014, 517/2015 y 1.307/2015–, sobre la improcedencia de que el impago de cuotas o asignaciones por parte de un Colegio al Consejo General permita al mismo privar al Colegio de su derecho a participar y votar en los órganos de dicho Consejo, al no tener ello encaje en el artículo 9 f) de la Ley de Colegios Profesionales. En el propio dictamen n.º 602/2016 se resaltó sin embargo que, conforme a la citada sentencia, ello no afecta a *«la prestación de servicios por parte del Consejo General que tengan naturaleza ajena a las funciones esenciales del Consejo General dirigidos a los colegiados pertenecientes a los colegios morosos, con respecto de los cuales puede resultar proporcionada la suspensión de los mismos por falta de las aportaciones a ellos correspondientes. (...) aunque no sea sencillo determinar cuáles son las funciones esenciales a las que alude el Tribunal Supremo, sí debe repararse en que existen determinados casos en que los servicios que se prestan por el Consejo General atienden al cumplimiento por los Colegios de obligaciones legalmente impuestas –como la existencia de una ventanilla única en los términos del artículo 10 de la*

Ley de Colegios–. Una solución como la proyectada puede abocar a un Colegio al incumplimiento del ordenamiento, siendo el Consejo General el que de forma mediata le puede colocar en esa situación. Se sugiere revisar este artículo 19.3 para tratar de evitar las consecuencias descritas».

8. Denominación de las entidades colegiales

En el dictamen n.º 295/2016 se dijo que convenía evitar el empleo de denominaciones que pudieran inducir a confusión por ser polisémicas, como era el caso del proyectado Consejo General de la Psicología de España. Concretamente se dijo:

«Ahora bien, a diferencia de otras organizaciones corporativas, en las que el sustantivo referido a la profesión (Abogacía, Notariado, Procuradores) tiene un solo significado y evita ambivalencias (Consejo General de la Abogacía Española, Consejo General del Notariado, Consejo General de Procuradores de España), la denominación propuesta en el Proyecto implica el empleo de una palabra polisémica que, aunque delimitada en su alcance por el sintagma “Consejo General”, que la sitúa en un contexto definido, no evita en sí misma la polivalencia del término y la eventual confusión que el empleo de la denominación proyectada puede generar. Es cierto que esta confusión no es la proscrita por el artículo 4.5 de la Ley de Colegios profesionales, pero el Consejo de Estado sugiere que se valore la posibilidad de sustituir la palabra “Psicología” por la de “Psicólogos”, que se ajusta a lo previsto en el citado artículo 4.5 sin riesgo de confusión alguna.»

9. Sobre la colegiación obligatoria de los funcionarios

Partiendo del régimen legal sobre colegiación obligatoria analizado por el Tribunal Constitucional en varias sentencias (sobre todo las núms. 2/2013 y 201/2013) y por este Consejo de Estado en el dictamen n.º 37/2015, en el dictamen 719/2016 se recordó el régimen legal aplicable en concreto a los funcionarios:

«Los Estatutos de algún Consejo de otras profesiones, como es el caso de los de los ingenieros industriales, contienen una previsión expresa que exceptúa su colegiación obligatoria: “... Asimismo, quedan exceptuados del requisito de incorporación al correspondiente Colegio, los ingenieros industriales sometidos a régimen funcional que desarrollen sus actividades exclusivamente en el seno de las Administraciones Públicas” (artículo 3 de sus Estatutos aprobados por Real Decreto 1.332/2000, de 7 de julio).

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha venido declarando inconstitucional que las comunidades autónomas por ley autonómica dispensen de colegiación a los funcionarios y empleados públicos para el ejercicio de la profesión, al ser una ley estatal la que debe determinar la colegiación forzosa para el ejercicio de las profesiones y sus excepciones (Sentencias 3/2013, 46/2013, 50/2013, 63/2013, 89/2013, 123/2013, 201/2013, 150/2014 y 229/2015). Y el artículo 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, no exime a los empleados públicos (personal estatutario y personal laboral) de colegiarse cuando realizan las actividades propias de una profesión para cuyo ejercicio se exige colegiación.

En palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2013, de 17 de enero, “el artículo 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales, no contiene una excepción a la regla de colegiación forzosa para los profesionales que ejercen su actividad al servicio de la Administración pública, cuando ésta resulte exigible, pues ello no se desprende del tenor literal del precepto ni obedece al concepto de colegio profesional que acogió la Ley 2/1974, de 13 de febrero, y hoy se mantiene para los colegios profesionales de colegiación obligatoria”. Añade más adelante que “la expresión ‘sin perjuicio de la competencia de la Administración pública por razón de la relación funcional’, no contiene una exclusión del régimen de colegiación obligatoria de los funcionarios públicos sino, al contrario, una cautela dirigida a garantizar que el ejercicio de las competencias colegiales de ordenación de la profesión que se atribuyen, en exclusiva a los colegios profesionales y, por tanto, a los propios profesionales, no desplaza o impide el ejercicio

de las competencias que, como empleadora, la Administración ostenta sin excepción sobre todo su personal, con independencia de que éste realice o no actividades propias de profesiones colegiadas. Una cautela especialmente necesaria en cuanto que la función de ordenación del ejercicio de la profesión que se atribuye a los colegios profesionales en el artículo 1.3, no se limita al 'ejercicio libre' de la profesión, sino que se extiende 'al ejercicio de la profesión' con independencia de que se realice por cuenta propia o ajena" (FJ 6).

No habiéndose pronunciado la Administración General del Estado sobre esta cuestión (como, en cambio, sí lo hacen, por ejemplo, los Estatutos de ciertos colegios profesionales, como es el caso del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales), no cabe sino concluir que el texto propuesto es, en principio, ajustado a la ley.»

10. Derechos de las sociedades profesionales

En el dictamen n.º 719/2006, volviendo sobre lo ya tratado en el dictamen n.º 133/2016, se dijo:

«... el Consejo de Estado viene señalando que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria no debe establecerse una plena equiparación entre la posición jurídica de las sociedades profesionales y la de los colegiados individuales o personas físicas en la organización colegial, dado que no existe un fundamento suficiente para ello ni en la Ley de Colegios Profesionales ni tampoco en la Ley de sociedades profesionales. Antes bien, la voluntad del legislador parece ser precisamente la contraria; de otro modo, las leyes citadas habrían entrado a regular expresamente la cuestión, puesto que la atribución de derechos políticos a las sociedades profesionales en el seno de los colegios da lugar a la aparición de inevitables peculiaridades jurídicas (como puedan ser las relativas al ejercicio del derecho de sufragio pasivo de las sociedades) necesitadas de una regulación legal (así, por ejemplo los dictámenes números 1.307/2015, de 7 de abril de 2016 y 133/2016, de 14 de abril).»

11. Visado colegial

En el año 2016 el Consejo de Estado ha tenido asimismo ocasión de recordar el régimen vigente; se trató el tema en los dictámenes núms. 133/2016 y 719/2016. En éste se dijo:

«Especialmente aquilatado se encuentra el limitado sentido del referido visado a tenor de la importante y unívoca línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que deriva de la impugnación del Real Decreto 1.000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, y que ha dado lugar a diversas sentencias, todas ellas con pronunciamientos en sentido desestimatorio de los recursos contencioso-administrativos interpuestos frente al mismo. Así, y entre otras, la Sentencia 731/2012, de 31 de enero de 2012, que recoge todas las anteriores y donde se contiene un significativo párrafo al respecto: "... siendo cierto que la autonomía de los colegios profesionales y la Ley 2/1974 admiten un margen de actuación normativa propia a los estatutos reguladores de aquéllos y de las profesiones correspondientes, que no debe ser suplantada por la potestad reglamentaria de otros poderes públicos, también lo es que, dada la naturaleza administrativa del visado obligatorio en cuanto carga que se impone a los particulares y a las empresas, su régimen jurídico ha de ser el que disponga precisamente el Legislador estatal, no los colegios profesionales. De lo que se deduce que, en desarrollo de la Disposición transitoria tercera de la Ley 25/2009, el Gobierno puede tanto establecer los supuestos únicos de visado obligatorio (artículo 2 del Real Decreto) como el resto de reglas que según los artículos 3 a 8 de aquél determinan el modo en que se ha de proceder al visar los trabajos profesionales».

Desde esta perspectiva, este Consejo no aprecia obstáculo alguno a la regulación estatutaria proyectada, en la medida en que remite siempre a los supuestos de visado colegial obligatorio establecidos en la legislación estatal (Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, y Real Decreto 1.000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio)».

12. Régimen disciplinario

En el propio dictamen n.º 719/2016 hubo ocasión de tratar sobre la legalidad de las normas propias de la organización colegial en materia sancionadora:

«... debe traerse a colación que el Consejo de Estado viene apreciando de manera constante y reiterada en numerosos dictámenes emitidos en relación con proyectos de estatutos generales o particulares de colegios profesionales (así, por ejemplo, los dictámenes números 4.600/98, de 18 de febrero de 1999, 2.558/99, de 21 de octubre, 446/2005, de 19 de mayo, 1.738/2007, de 15 de noviembre y, más recientemente los dictámenes números 133/2016, de 14 de abril y 179/2016, de 15 de diciembre, entre otros pronunciamientos) que el régimen sancionador previsto en normas estatutarias se considera conforme a derecho, puesto que, si bien se ampara en el artículo 5.i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, y este precepto no constituye más que una simple remisión a la autoridad colegial o corporativa, tal remisión no infringe la Constitución al tratarse de relaciones especiales de sujeción como son las que ligan a los colegiados con las corporaciones profesionales, tal como ha declarado, por lo demás, el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 219/1989, de 21 de diciembre, 93/1992, de 11 de junio y 153/1996, de 30 de septiembre.

Como subraya el Tribunal Constitucional en la primera de las sentencias citadas, a modo de postulado general, las normas deontológicas de la profesión, aprobadas por los colegios profesionales, no son simples tratados de deberes morales sin consecuencia en el orden disciplinario, pues tales reglas determinan obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados y responden a las potestades públicas que la ley delega en favor de las corporaciones, de manera que las transgresiones de las normas de deontología profesional constituyen el presupuesto del ejercicio de facultades disciplinarias dentro del ámbito de los colegios profesionales. Lo anterior no menoscaba en absoluto el principio de tipicidad de las infracciones, que exige una detallada descripción de las conductas ilícitas y de

las sanciones correspondientes, de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que pueda hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas.

Sentado lo anterior, el Consejo de Estado considera adecuada en líneas generales la regulación proyectada, pues, haciendo aplicación de los criterios y doctrina expuestos al caso ahora consultado, cabe apreciar que constituye una regulación completa y sistemática que permite predecir, con el suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que pueda hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas, así como las garantías derivadas de la exigencia de un procedimiento que debe observarse por la propia Corporación en orden al ejercicio de la potestad disciplinaria respecto de sus colegiados.

Sin perjuicio de lo expresado, este Cuerpo Consultivo considera pertinente formular algunas observaciones:...».

Finalmente, y también en relación con el ámbito disciplinario –concretamente sobre la obligación de cumplir reglas deontológicas–, en el dictamen n.º 133/2016 se ha dicho lo siguiente:

«Respecto a este preciso punto (conexión entre Código Deontológico y procedimiento sancionador) y como ya señalara el Consejo de Estado con ocasión del dictamen número 928/2013, de 31 de octubre, ningún reproche merece la tipificación como infracción disciplinaria del incumplimiento por parte de los colegiados de las normas de deontología profesional, el cual puede graduarse en función de, entre otros factores, la importancia de los deberes infringidos o de las consecuencias de su vulneración. De lo contrario, es decir, a falta de vigilancia corporativa de su observancia, los códigos deontológicos se convertirían en normas programáticas con una virtualidad y eficacia muy limitadas a la hora de promover el comportamiento ético de los miembros sujetos a ellas.

Y esta ha sido la postura mantenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, con arreglo a la cual “las normas de deontología profesional apro-

badas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios para ‘ordenar (...) la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares’” [art. 5 i) de la Ley de Colegios Profesionales], potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente conexión lógica, la de “ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”. Es generalmente sabido, por lo demás, y, por tanto, genera una más que razonable certeza en cuanto a los efectos sancionadores, que las transgresiones de las normas de deontología profesional, constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios profesionales. Y, en último extremo, este mismo criterio por el que se considera el incumplimiento de dichas normas como merecedor de las sanciones previstas en el ordenamiento corporativo es el que viene manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo...».

VI. SOBRE LOS PROBLEMAS Y DEFICIENCIAS EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LIQUIDACIÓN Y ACUMULACIÓN DE CONDENAS PENALES

Con ocasión de su intervención en múltiples procedimientos de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y de la Administración Penitenciaria, el Consejo de Estado ha podido constatar la existencia de problemas persistentes en la aplicación del régimen de liquidación y acumulación de condenas penales. En efecto, la deficiente aplicación del límite de cumplimiento efectivo de las penas previsto el artículo 76 del Código Penal y de la regulación para la tramitación del llamado «incidente de acumulación» contenida en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vienen dando lugar a un número extraordi-

nariamente elevado de reclamaciones fundadas en privaciones de libertad indebidamente prolongadas. Aunque estos preceptos pueden eventualmente aplicarse a cualesquiera penas con duración temporal, la totalidad de los casos planteados ante este Consejo de Estado se han presentado en relación con la pena de prisión.

En una ya nutrida doctrina (17), el Consejo de Estado ha venido delimitando los supuestos en que una indebida prolongación de la privación de libertad resulta imputable a un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o a la actuación de la Administración Penitenciaria, pudiendo dar lugar a indemnización. En todo caso, la falta de aplicación del referido límite de cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad constituye una grave vulneración del derecho fundamental a la libertad protegido en el artículo 17 de la Constitución española, en el artículo 5 de la Convención de Roma y en el artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por esta razón, dado el flujo ininterrumpido de consultas con origen en situaciones de este tipo (al menos 27 asuntos de cierta gravedad planteados desde el año 2002) y la elevada probabilidad de que el número de casos sea muy superior al de los que se tiene conocimiento por la existencia de una ulterior reclamación de responsabilidad, el Consejo de Estado decidió, con la adopción de su Moción n.º 1/2016, de 17 de noviembre de 2016, efectuar una recapitulación del estado de la cuestión, identificando los diferentes tipos de problemas detectados y los motivos que pueden estar en su origen, para en fin formular algunas propuestas destinadas a incidir en aquéllos.

a) El estado de la cuestión

El artículo 76 del Código Penal establece, como correctivo a la regla de cumplimiento sucesivo de las penas en caso de concurso real de delitos (artículo 75), que «*el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el*

(17) Expedientes números 146/2002, 1.927/2005, 1.101/2006, 1.430/2007, 1.864/2007, 1.865/2007, 1.650/2008, 592/2009, 417/2010, 420/2010, 864/2010, 999/2010, 1.004/2010, 1.055/2010, 466/2011, 1.762/2011, 109/2012, 1.005/2013, 1.401/2013, 68/2014, 657/2014, 812/2014, 532/2015, 646/15, 414/2016, 438/2016 y 603/2016.

que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años», límite que puede elevarse a 25, 30 o 40 años cuando concurren los requisitos previstos en el precepto, cuyo apartado 2 igualmente precisa que «la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar».

El artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por su parte, se refiere a la forma de proceder en la aplicación de este límite, estableciendo que *«cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Para ello, el Secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro Central de Penados y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley».*

Pues bien, con cierta frecuencia, el precitado límite del artículo 76 del Código Penal no se aplica o se aplica incorrectamente en relación con personas a las que se han impuesto varias penas de prisión, pese a cumplir los requisitos previstos en el reproducido precepto. Al confirmarse *a posteriori* tal extremo, el afectado es excarcelado en una fecha posterior a la que resulta de ese límite, suscitándose si tiene derecho a ser indemnizado por el tiempo indebidamente pasado en prisión. En general, la mayor parte de las reclamaciones se formulan con base en un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, al amparo de lo establecido en el artículo 292 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; en algún caso, sin embargo, el afectado ha considerado que el daño era imputable a un funcionamiento anormal de la Administración penitenciaria.

Las reclamaciones por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se fundamentan en el argumento de que el daño causado es imputable a una falta de actuación o a una actuación errónea del órgano judicial, que hubiera debido proceder de oficio a la aplicación del artículo 76 del Código Penal y no lo hizo, o que lo hizo incorrectamente, dando lugar a una liquidación de la condena que desemboca, como ya ha sido indicado, en una tardía excarcelación del afectado, que se vio, así, obligado a cumplir días adicionales de indebida privación de libertad.

Sumariamente, este tipo de situaciones pueden sintetizarse en los siguientes supuestos:

1.º) Los casos en los que el órgano judicial comete un error al practicar la liquidación,

– omitiendo indebidamente la acumulación de una condena cuyo cumplimiento se exige después con carácter sucesivo;

– o bien considerando expresamente improcedente la acumulación, en aplicación de un criterio más adelante corregido en vía de recursos.

En estos casos en los que el órgano judicial ha dictado una liquidación de condena con una aplicación incorrecta del artículo 76 del Código Penal, el Consejo de Estado ha venido concluyendo que, al ser dicha liquidación, en sentido estricto, una resolución judicial adoptada en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la vía del artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es la adecuada para pronunciarse sobre el acierto de la misma. Si efectivamente tal resolución fuera desacertada, no se estaría ante un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino ante un eventual error judicial, con la consiguiente exigencia de los requisitos establecidos en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Puede ocurrir, sin embargo, que, habiendo solicitado el interesado la revisión de la acumulación practicada, el órgano judicial incurra al tramitarla o resolverla en un funcionamiento anormal susceptible de generar responsabilidad al amparo del artículo 292 de la LOPJ: por ejemplo, si incurre entonces en un error de carácter estrictamente material o en un retraso excesivo en dar respuesta a esta solicitud y proceder a la efectiva excarcelación.

2.º) Los casos en los que se observa una mera inactividad del órgano judicial competente para practicar la acumulación, que expide un «mandamiento de penado» dirigido al centro penitenciario, o incluso un auto de liquidación de condenas con una simple suma aritmética de las impuestas, obviando aplicar el límite del artículo 76 del Código Penal. En estos supuestos, el Consejo de Estado viene manteniendo que dicha omisión no es asimilable a la comisión de un error en la acumulación de condenas, al no existir en la base del daño producido una resolución judicial; ello puede dar lugar a una demora o inactividad judicial indebidas eventualmente constitutivas de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (dictámenes núm. 1.401/2013, de 22 de mayo de 2014, 657/2014, de 17 de septiembre, y 646/2015, de 9 de julio).

Con todo, a efectos de declarar o no la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, el Consejo de Estado y la jurisprudencia consideran en ocasiones necesario ponderar circunstancias como el hecho de que las condenas susceptibles de acumulación hayan sido dictadas por juzgados distintos o, por el contrario, por el mismo juzgado de ejecuciones, así como elementos fácticos como la constatación, a la vista del testimonio de las actuaciones judiciales, de que los juzgados actuantes tenían conocimiento de la existencia de otras penas de prisión impuestas al interesado.

Por otra parte, un funcionamiento anormal de los servicios penitenciarios (el suministro de información inexacta al órgano judicial competente para practicar la acumulación, por ejemplo) puede en ocasiones ser causa de producción del daño aquí examinado, en concurrencia o como alternativa al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que, en su caso, haya existido (dictamen núm. 812/2014).

Los motivos de tales errores son, a su vez, variados. Entre ellos, cabe subrayar:

– El exceso de confianza que podrían albergar los órganos judiciales en que el propio interesado solicitará la acumulación cuando crea tener derecho a la misma, exceso de confianza a su vez fundado en las dudas acerca de si dicho órgano judicial tiene o no la obligación de practicar de oficio tal acumulación, a la luz de lo dispuesto en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- La falta de información del juez o tribunal sentenciador.
- La falta de asesoramiento jurídico que, en la práctica, sufren muchos condenados a partir del momento de su entrada en prisión.

b) Las propuestas de actuación

En su Moción n.º 1/2016, el Consejo de Estado formuló diversas propuestas que tratan de incidir sobre los variados factores arriba referidos.

1.ª) La reforma legal aclaratoria de la obligación de practicar de oficio la acumulación de condenas

En primer término, constatado que, en gran medida, el problema reside en la aplicación del vigente marco legal (deficiencias en la información y en la interpretación de la regla del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otras), el Consejo de Estado entiende que el Gobierno debe promover una reforma legal que despeje las dudas que en la práctica se plantean acerca de la obligación de practicar de oficio la acumulación de las condenas en los términos legalmente ordenados por el artículo 76 del Código Penal, de modo que el incumplimiento de dicha obligación pueda dar lugar a la exigencia de responsabilidades en caso de probada falta de diligencia.

Esa reforma legal debiera fijarse dos objetivos concretos:

1) Aclarar que la acumulación debe hacerse de oficio por los órganos judiciales, sin perjuicio de que pueda ser solicitada por el interesado o por el Ministerio Fiscal. A juicio del Consejo de Estado, este punto ya se desprende de la vigente redacción del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero, dadas las diferencias interpretativas que el precepto ha suscitado, conviene ahora esclarecerlo.

2) Aclarar qué órgano judicial es responsable de la acumulación. De nuevo, el tenor literal del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –que opta por atribuir esta responsabilidad al «Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia»– plantea ciertos interrogantes en su interpretación y aplica-

ción práctica, por lo que debe precisarse que la responsabilidad recae sobre el juzgado o tribunal que dicte la última sentencia de condena; y que (de acuerdo con el criterio mantenido por el Tribunal Supremo desde el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de su Sala Segunda de 27 de marzo de 1998) resulta irrelevante a estos efectos que la referida última sentencia resulte o no susceptible de tal acumulación. Igualmente, sería conveniente incorporar al referido precepto la figura de los Juzgados de Ejecutorias o de Ejecución Penal.

Sin perjuicio de las anteriores precisiones, no obstante, el Consejo de Estado destaca las dificultades que arroja el sistema del último juez o tribunal sentenciador previsto en la legislación vigente, en particular por la complejidad que entraña la determinación de si la condena impuesta por un determinado juez o tribunal es la última: por una parte, al tratarse de un proceso progresivo, susceptible de sucesivas reaperturas, cabe plantearse con respecto a qué límites temporales una sentencia debe considerarse «la última»; por otra parte, es frecuente que a esa confusión contribuya la circunstancia de que las condenas susceptibles de acumulación hayan sido dictadas por Juzgados distintos; y, en fin, el hecho de que la hoja histórico-penal del Registro Central de Penados —única información a la que los juzgados y tribunales sentenciadores tienen acceso de forma directa— no contenga información sobre el estado de cumplimiento de las distintas condenas impuestas, no hace sino complicar más todavía la adopción de una decisión a este respecto.

2.ª) La atribución de la competencia a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria

La constatación de todas estas dificultades lleva a valorar la posibilidad de atribuir la competencia para practicar la acumulación de condenas a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, una solución que cuenta con argumentos a favor y en contra. En su Moción n.º 1/2016, el Consejo de Estado la defiende como una opción viable dentro de nuestro vigente sistema de imposición de penas (cuya eventual modificación permitiría, por supuesto, hacer frente al problema aquí planteado desde una perspectiva totalmente distinta), sin perjuicio de contemplar dos posibilidades alternativas orientadas a eludir algunas de las objeciones que esa solución pudiera suscitar.

En principio, no parece existir inconveniente en conferir esta nueva competencia a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, en la medida en que, como se desprende del artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, forman parte del orden jurisdiccional penal. Se trata, por lo demás, de una tarea que encaja dentro de la concepción general de esta figura y que es coherente con las funciones que la Ley le atribuye: hacer cumplir la pena impuesta y defender los derechos y beneficios de los presos en los establecimientos penitenciarios (artículos 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 76.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria). Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria disponen, por lo demás, de toda la información necesaria a estos efectos, y llevan ya a cabo una tarea similar (la refundición de condenas a efectos de la libertad condicional). Con base en estos argumentos, la solución ha sido reiteradamente defendida por los titulares de estos órganos, y fue incluso ya propuesta en un Proyecto de Ley Orgánica cuya tramitación parlamentaria, no concluida, se inició en abril de 1997.

Las objeciones esgrimidas en contra son también, sin embargo, numerosas. El Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado (en particular, en la consulta 3/89, de 12 de mayo), le oponen la vigencia incuestionable del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la naturaleza del incidente de acumulación, que interviene en la fase de determinación e individualización de la pena (a diferencia de la refundición, que se inscribe en la fase de ejecución), siendo las funciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria exclusivamente ejecutivas; asimismo, alegan que esta solución no presupone una mayor garantía de eficacia, que con ella se violaría el derecho fundamental al Juez predeterminado por la ley y que se eliminaría la garantía del recurso de casación.

A juicio del Consejo de Estado, ninguno de estos reparos obstruye de modo irreversible la solución que aquí se propone. Algunos de ellos son objeciones *de lege data*, soslayables con la correspondiente reforma legal; y, con relación a la objeción principal fundada en la naturaleza del incidente de acumulación, no parece justificado oponerse a la posibilidad de que recaiga sobre los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria la responsabilidad de practicarlos, con el único argumento de que tales órganos judiciales no pueden adentrarse en el terreno de la individualización de la pena, por ser éste propio de

los juzgados y tribunales sentenciadores, al tiempo que no se exige a estos últimos el cumplimiento de la obligación de efectuar de oficio esa acumulación. En definitiva, el argumento de la delimitación teórica de la ejecución y la determinación de la pena debe ceder, en defecto de otra solución alternativa eficaz, ante las consideraciones prácticas de la defensa del derecho a la libertad de los penados y de una adecuada ejecución de las condenas.

Propone por ello el Consejo de Estado atribuir a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria la competencia para llevar a cabo, de oficio, la acumulación de las condenas con aplicación del límite del artículo 76 del Código Penal, mediante la oportuna reforma del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tal intervención podría producirse en el mismo momento de ingreso en prisión del condenado y cada vez que se reciba una nueva ejecutoria en la que no se practique la acumulación, a propuesta, en su caso, del propio centro penitenciario. Por otra parte, la reforma exigiría también introducir ciertas precisiones en los artículos 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 76.2.a) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en orden a incorporar de forma expresa la referida competencia.

Todo ello se entiende sin perjuicio de que el tribunal sentenciador conserve su competencia para acordar la excarcelación definitiva del condenado (artículo 17.3 de la misma Ley Orgánica), así como posibilidad de practicar la acumulación en la propia sentencia, en el caso de que él mismo haya dictado todas las condenas. A partir de la sentencia condenatoria, sin embargo, podría ser el Juez de Vigilancia Penitenciaria quien valorase, de oficio, la situación del condenado, en el momento del ingreso en prisión de aquél y cada vez que se recibiese una nueva ejecutoria.

El Consejo de Estado apunta, no obstante, otras dos soluciones alternativas, como correcciones de la anterior, que permitirían soslayar otros de los inconvenientes apuntados contra la solución prioritariamente defendida:

- La primera consistiría en imponer al Juez de Vigilancia Penitenciaria únicamente la obligación de examinar, cuando el penado entra en prisión y al recibirse cada ejecutoria, la posibilidad de proceder a una acumulación con aplicación del límite del artículo 76 del Código Penal, de modo que, de confirmar tal posibilidad, deba alertar al úl-

timo juez o tribunal sentenciador para que sea éste quien, a su vez, inicie la tramitación del correspondiente incidente. De esta forma, en particular, se evitaría el reproche relativo a una eventual vulneración de la garantía constitucional del juez ordinario predeterminado por la Ley (artículo 24.2 de la Constitución), pues la participación del Juez de Vigilancia Penitenciaria quedaría limitada a una función preparatoria.

– En el otro extremo, la Moción sugiere que la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria podría articularse, de forma más intensa, atribuyéndole, mediante la oportuna modificación del artículo 17 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, la potestad de acordar la libertad definitiva del penado cuando haya habido acumulación, de la misma forma en que lo hace ya con la libertad condicional. Ahora bien, esta solución alternativa implica una nueva configuración de dichos órganos judiciales que no podría hacerse sin acometer primero una regulación general de los aspectos procesales de la figura, en aras a garantizar cierta unidad en el ejercicio de sus competencias, dado el carácter fragmentado e insuficiente de la vigente regulación.

3.ª) Propuestas complementarias

Con independencia de si se decidiese mantener el sistema actual o se optase por la solución consistente en atribuir la competencia para practicar la acumulación, de una u otra forma, a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, existen otras medidas complementarias que, a juicio del Consejo de Estado, sería recomendable adoptar en orden a un correcto funcionamiento del sistema.

i) Por una parte, la Moción considera que cualquiera de las anteriores propuestas debería completarse con algunas medidas de carácter instrumental focalizadas en una parte relevante del problema, cual es la falta de información actualizada y consolidada sobre la situación penal de cada condenado. A estos efectos, se recomienda:

– Llevar a cabo una reforma del Registro Central de Penados que garantice, en particular, que el mismo contenga información en tiempo real sobre el estado de cumplimiento de las distintas condenas, elemento esencial para determinar la procedencia de su acumulación; se trata, en definitiva, de garantizar la existencia de un sistema informático integrado que permita al órgano judicial responsable de la acumulación de condenas consultar la entera situación penal y penitenciaria de cada sujeto; y

– promover una iniciativa normativa por la que se imponga a los centros penitenciarios la obligación de alertar al órgano judicial competente para practicar la aludida acumulación, desde el momento de ingreso en prisión del interesado, sobre la procedencia de practicar aquélla sin perjuicio de la responsabilidad última del órgano judicial competente para acordarla.

Ahora bien, sin perjuicio de reconocer la utilidad de estos mecanismos, el Consejo de Estado advierte que la mera introducción de una intervención previa de los servicios penitenciarios o del Registro Central de Penados, conservando la vigente responsabilidad del último juez o tribunal sentenciador para la práctica de la acumulación, podría ofrecer menos garantías que la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Asimismo, y en todo caso, la Moción considera necesario subrayar que a la Administración Penitenciaria le corresponde en esta materia una función de apoyo, por lo que la introducción de la formulación de una propuesta temprana de liquidación de la condena por parte del centro penitenciario no debe eximir al último juez o tribunal sentenciador de su obligación de practicar de oficio la referida acumulación. Por esta razón, se entiende que cualquiera de las soluciones propuestas (incluido el mantenimiento de la situación actual, en la que corresponde al último juez o tribunal sentenciador pronunciarse sobre la acumulación) debería desembocar en un pronunciamiento expreso acerca de la aplicabilidad del límite del artículo 76 del Código Penal, lo que permitiría una mayor toma de conciencia por parte de los órganos judiciales responsables de la acumulación, quedando abierta la exigencia de responsabilidad disciplinaria o, si procede, penal.

ii) Por otra parte, la Moción sugiere adoptar algunas medidas orientadas a resolver los casos en que, a pesar de todo, se produzcan errores en el sistema de acumulación de las penas por el órgano judicial. A estos efectos,

– se reitera la sugerencia, ya formulada en el dictamen n.º 360/2014, de 29 de mayo, emitido en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito, de promover una iniciativa legal que extienda la asistencia jurídica gratuita a la fase de ejecución, de modo que el abogado de oficio tenga la obligación de defen-

der al penado en orden a una eventual acumulación de sus condenas, pues la complejidad del sistema de liquidación impide con frecuencia que los reos que cumplen penas privativas de libertad tengan cumplido conocimiento de los derechos que en tal situación les asisten; y,

– en fin, se sugiere la necesidad de mejorar el funcionamiento de las tareas de asistencia e información a los penados que corresponden a las instituciones penitenciarias. Sin perjuicio de la adecuada cobertura que la normativa vigente ya ofrece (en particular, el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria; el artículo 4.2.k) del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero; y la Instrucción 1/2005, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de 21 de enero de 2005), la Moción apunta la posibilidad de insistir sobre la obligación que, en último término, tiene el Jurista del Establecimiento Penitenciario de informar al interno sobre sus eventuales derechos a la acumulación de las condenas y sobre el procedimiento a seguir a efectos de instar su aplicación por el órgano judicial.

VII. EL ALCANCE DE LA PRÓRROGA PRESUPUESTARIA Y SU APLICACIÓN A LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES Y OTROS SUPUESTOS

I. La Ley de Presupuestos Generales del Estado constituye un tipo normativo singular dentro de la categoría genérica de las leyes, en razón de su ámbito material, su procedimiento de elaboración y aprobación y su vigencia temporal:

A) Los Presupuestos Generales del Estado deben incluir «la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal» y «el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado» (artículo 134.2 de la Constitución).

El contenido específico de los Presupuestos se circunscribe así, por expreso mandato constitucional, a la determinación de los estados de ingresos y gastos del ejercicio entrante y de los correspondientes beneficios fiscales. En no pocas ocasiones, sin embargo, las Leyes de Presupuestos han sido utilizadas para incorporar al ordenamiento jurídico provisiones ajenas a su ámbito material *ex Constitutione*.

La constitucionalidad de estas previsiones debe calibrarse en cada caso en función de la relación que las mismas guarden con el núcleo propio de las Leyes de Presupuestos. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido que las Leyes de Presupuestos tienen, o pueden tener, un «doble contenido: un contenido esencial, mínimo y necesario, constituido tanto por la previsión y habilitación de gastos para un ejercicio económico, como por las normas de naturaleza financiera que desarrollan y aclaran los estados cifrados, y un contenido eventual o disponible, que se concreta en aquellas otras disposiciones que, aun no constituyendo una previsión de ingresos o habilitación de gastos, sí guardan una relación directa con los ingresos o gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno o, en fin, se dirigen a una mejor ejecución del presupuesto»; a partir de esta distinción, las disposiciones que se integren en el contenido eventual de la Ley de Presupuestos Generales del Estado «sólo salvarán su legitimidad constitucional» –dice el Tribunal– cuando «guarden la necesaria conexión económica –relación directa de ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno– o presupuestaria –para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto–» con la previsión de ingresos y gastos del ejercicio (Sentencia núm. 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4.º, entre otras muchas).

La distinción entre «contenido necesario» y «contenido eventual» no ha sido pergeñada –pese a lo que su terminología pudiera llevar a pensar– atendiendo a un criterio causal, conforme al cual las previsiones de las Leyes de Presupuestos se adscribirían a uno u otro de tales contenidos en función de que estuvieran contempladas en todos o en solo en alguno de los ejercicios presupuestarios.

La referida distinción responde, en realidad, a un criterio de carácter material orientado a deslindar lo que es la materia propia o característica de todo presupuesto –el estado de ingresos y gastos– de otras cuestiones no incardinadas *stricto sensu* en dicho ámbito y que sólo pueden incluirse en las Leyes de Presupuestos si guardan relación con dicho estado de ingresos y gastos y ayudan a su mejor comprensión.

En consecuencia, las partidas de ingresos y gastos y los beneficios fiscales de cada año forman parte del contenido necesario del presupuesto, aun cuando se trate de partidas o beneficios que no es-

tén presentes en todos los ejercicios presupuestarios (así, por ejemplo, la revalorización de los sueldos de los empleados públicos no siempre se contempla en las Leyes de Presupuestos, pero, cuando se incluye, forma parte del denominado «contenido necesario», y no del eventual, de tales normas).

B) La elaboración de los Presupuestos corresponde al Gobierno, y su examen, enmienda y aprobación a las Cortes Generales (artículo 134.1 de la Constitución).

La iniciativa legislativa en este ámbito se atribuye pues en exclusiva al Gobierno, mediante la remisión a las Cortes Generales del correspondiente proyecto de ley, quedando excluida en esta materia la posibilidad –admitida con carácter general– de adopción de proposiciones de ley en el Congreso de los Diputados y en el Senado, de acuerdo con lo dispuesto en los Reglamentos de las Cámaras (artículo 87.1 de la Constitución). Esta especialidad del ámbito presupuestario se explica y justifica en que los Presupuestos Generales del Estado determinan y condicionan la acción del Gobierno, a quien, por tal razón, debe corresponder elaborarlos.

Por lo mismo, durante el examen parlamentario de los Presupuestos, el Gobierno debe prestar su conformidad a la tramitación de cualquier proposición o enmienda que suponga un aumento de los créditos o una disminución de los ingresos presupuestarios (artículos 134.6 de la Constitución; 133.3 y 4 del Reglamento del Congreso de los Diputados; y 149.2 y 151.1 del Reglamento del Senado); y, una vez aprobada la Ley de Presupuestos, sólo el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario (artículo 134.5 de la Constitución).

En consecuencia, las Cortes Generales pueden, con la mayoría necesaria, aprobar o rechazar los Presupuestos presentados por el Gobierno, pero no imponerle otros distintos, ni introducir en los remitidos enmiendas a las que el Gobierno no haya prestado su conformidad.

C) Los Presupuestos Generales del Estado tiene un carácter anual (artículo 134.2 de la Constitución). Al menos tres antes de la expiración de los del año anterior, el Gobierno debe presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Es-

tado para el siguiente (artículo 134.3 de la Constitución). Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos (artículo 134.4 de la Constitución).

La situación de prórroga presupuestaria constituye una excepción al principio de anualidad presupuestaria destinada a garantizar la continuidad del funcionamiento de las instituciones y servicios públicos; en tanto dure dicha situación, el Gobierno se encuentra habilitado, y al mismo tiempo limitado, por los estados de ingresos y gastos del ejercicio anterior.

La vigencia del principio de legalidad presupuestaria comporta que, en la situación de prórroga prevista en el artículo 134.4 de la Constitución, el Gobierno no puede aprobar, a través de normas reglamentarias, previsiones materialmente presupuestarias que alteren las partidas de ingresos y gastos del ejercicio prorrogado.

No obstante, el ejercicio de la potestad reglamentaria debe admitirse, sin merma del referido principio, en orden a delimitar en determinados casos el alcance de la prórroga presupuestaria, lo cual no siempre es una cuestión pacífica.

La determinación de dicho alcance no puede realizarse acogiendo de forma dogmática la distinción entre «contenido necesario» y «contenido eventual» de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en orden a sostener que dicha prórroga alcanza a todas las partidas de ingresos y gastos y beneficios fiscales que forman parte de su contenido propio e intrínseco, quedando excluidas las previsiones que forman parte de su contenido eventual.

La práctica presupuestaria demuestra que, en ocasiones, determinadas partidas del «contenido necesario» del presupuesto no pueden entenderse incluidas en el ámbito de la prórroga presupuestaria, bien porque su mantenimiento supondría un aumento del gasto público que es contrario a la *ratio* subyacente en esta institución (así sucede, por ejemplo, con los porcentajes de revalorización anual de las partidas de ingresos y gastos –sueldos públicos, etc.– en un determinado ejercicio, que, aplicados al siguiente, determinarían una elevación del gasto respecto del precedente), bien porque se trata de «créditos para gastos correspondientes a programas o actuacio-

nes que terminen en el ejercicio cuyos presupuestos se prorrogan o para obligaciones que se extingan en el mismo», es decir, gastos coyunturales que se agotan en un concreto ejercicio (artículo 38.2 de la Ley General Presupuestaria). Asimismo, existen normas conexas que, siendo susceptibles de incardinarse en el «contenido eventual» del presupuesto, se encuentran en una relación directa con el estado de ingresos y gastos y, por ello, deben considerarse afectadas por la prórroga presupuestaria.

En todo caso, la complejidad inherente a la distinción apuntada impide establecer una regla general sobre qué concretas partidas pueden incluirse en el ámbito de la prórroga de los presupuestos. El principio de legalidad presupuestaria y la existencia de previsiones normativas de contenido presupuestario en otras leyes (cuya vigencia temporal no se limita a un concreto ejercicio) son elementos fundamentales, como se verá seguidamente, para resolver las posibles cuestiones que puedan plantearse a este respecto.

II. Con ocasión de la prórroga para el ejercicio 2017 de los Presupuestos Generales del Estado del año 2016, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la prórroga presupuestaria a propósito del ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno en dos supuestos concretos:

i) El primero de ellos fue objeto del dictamen núm. 1.119/2016, de 29 de diciembre, recaído en relación con el «proyecto de Real Decreto sobre revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2017», luego publicado como Real Decreto 746/2016, de 30 de diciembre (B.O.E. núm. 316, de 31 de diciembre de 2016).

Ante la falta de aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017, la norma reglamentaria sometida a consulta contemplaba un porcentaje de revalorización del 0,25 por ciento de las pensiones de la Seguridad Social y de Clases Pasivas del Estado, idéntico al fijado en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. El proyecto sometido a consulta partía de la consideración de que la revalorización de las pensiones forma parte del «contenido eventual» del presupuesto, habida cuenta que no todas las pensiones son objeto de revalorización todos

los años, ni tampoco en la misma medida: por ello, el departamento ministerial proponente entendía que el porcentaje de revalorización del 0,25 por ciento previsto para el ejercicio 2016 no entraba dentro de la prórroga presupuestaria. Con este punto de partida, el fundamento de la norma reglamentaria proyectada se situaba, al margen de la prórroga presupuestaria, en la obligación de una revalorización mínima anual del 0,25 por ciento de determinadas pensiones –concretamente, de las pensiones de la Seguridad Social y de Clases Pasivas del Estado–, introducida por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social, y en el consiguiente «derecho subjetivo» de los pensionistas a dicha actualización.

En su dictamen, el Consejo de Estado comenzó observando que la exigencia de unas «pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas» para garantizar «la suficiencia económica a los ciudadanos de la tercera edad», prevista en el artículo 50 de la Constitución, constituye una directriz de rango constitucional que, en consideración de principio rector de la política económica y social, debe informar «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Sin embargo, este principio no obliga –según el Tribunal Constitucional– «a que todas y cada una de las pensiones experimenten un incremento anual», ni existe, con base en el mismo, «un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras» (Sentencias núms. 134/1987, de 21 de julio –FJ 4.º y 5.º–; 97/1990, de 24 de mayo –FJ 4.º–; 100/1990, de 30 de mayo –FJ 2.º–; y 49/2015, de 5 de marzo –FJ 5.º–).

Ya desde una óptica estrictamente presupuestaria, el Consejo entendió que la revalorización de las pensiones entra dentro del contenido propio o específico del presupuesto: «El hecho de que la revalorización de las pensiones no se haya adoptado en todos los ejercicios ni respecto de todas las pensiones –dijo el dictamen– no significa que dicha revalorización forme parte del contenido eventual de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La revalorización de las pensiones es indudablemente un elemento más de la previsión de ingresos y gastos de cada ejercicio presupuestario y, en consecuencia, pertenece al contenido esencial del presupuesto». No obstante, esta revalorización se encuentra excluida del ámbito de la prórroga presupuestaria, por cuanto su aplicación al ejercicio siguiente supone

un aumento del gasto público respecto del precedente, en contra de lo que es obligado en dicha situación.

Precisamente por ello, en situaciones anteriores de prórroga presupuestaria, los sucesivos Gobiernos procedieron a la revalorización de las pensiones públicas, al amparo del artículo 86 de la Constitución y, por tanto, al margen del ámbito de dicha prórroga, mediante la aprobación de los correspondientes decretos-leyes sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera: tales fueron el Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, el Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, el Real Decreto-ley 11/2004, de 23 de diciembre (18) y el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre.

El principio de legalidad presupuestaria había obligado en estos casos a acudir a una norma con rango de ley para, ante la falta de aprobación de la Ley de Presupuestos del ejercicio económico entrante, proceder a la actualización de las pensiones públicas.

Este estado de cosas se vio alterado con la aprobación de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social, que dio nueva redacción al artículo 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y al artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, estableciendo en ambos preceptos que las pensiones devengadas en uno y otro ámbito serán incrementadas anualmente en un porcentaje que «en ningún caso» podrá ser inferior al 0,25 por ciento.

Sin embargo, la fijación en tales preceptos de un porcentaje mínimo anual de revalorización del 0,25 por ciento no significa –tal y como el Consejo de Estado señaló en su dictamen– que las obligaciones de la Hacienda Pública en materia de revalorización de pensiones, y el correspondiente derecho de los pensionistas a exigir su abono, deriven de lo dispuesto en dicha legislación sustantiva.

(18) En este caso no se modifican los porcentajes de revalorización previsto en la Ley de Presupuestos Generales para 2005, pero se prevé que dichos porcentajes se apliquen sobre las cuantías de 2004, una vez actualizadas conforme a la desviación del IPC producida entre noviembre de 2003 y noviembre de 2004 respecto del inicialmente previsto para este último ejercicio.

Tales obligaciones, y los consiguientes derechos de los pensionistas, nacen –de acuerdo con el principio de legalidad presupuestaria– de lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado. En este sentido, la revalorización anual de las pensiones prevista en tales normas no es inmune al legislador presupuestario, que, en ejercicio de su potestad, puede eventualmente modificarla –como ha recordado el Tribunal Constitucional– con ocasión de la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, siempre que dicha modificación guarde relación con la previsión de ingresos y gastos del ejercicio (Sentencia núm. 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4.º).

Ahora bien, estando vigente dicha previsión de revalorización de las pensiones entre unos límites mínimo y máximo –como *de iure* lo está a día de hoy–, el legislador presupuestario se encuentra obligado, si no la modifica, a su estricto cumplimiento por razones de seguridad jurídica: en este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que «lo que no puede hacer la Ley de Presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta de la prevista en la norma cuya aplicación pretende», entendiéndose que «la Ley de presupuestos, como previsión de ingresos y autorización de gastos para su ejercicio dado, debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responda, so pena de poder provocar con su desconocimiento situaciones de inseguridad jurídica contrarias al artículo 9.3 de la Constitución» (Sentencia núm. 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4.º).

De acuerdo con lo expuesto y teniendo siempre presente el principio de legalidad presupuestaria, que vincula el nacimiento de las obligaciones de la Hacienda Pública a lo previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio, no cabe sino concluir que los artículos 58 y 27 de los textos refundidos de la Ley General de la Seguridad Social y de la Ley de Clases Pasivas del Estado imponen al legislador presupuestario la obligación de proceder a un incremento porcentual de al menos un 0,25 por ciento; y que tal obligación encuentra su fundamento en razones de seguridad jurídica

con relevancia constitucional ajenas a cualquier consideración sobre un supuesto derecho subjetivo de los pensionistas.

En este marco constitucional y legal, el Consejo de Estado entendió que la prórroga presupuestaria ex artículo 134.4 de la Constitución alcanzaba a la revalorización del 0,25 por ciento establecida en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, y, consecuentemente, que el Gobierno estaba habilitado, bajo la cobertura legal que confería la mencionada prórroga, para aprobar una norma reglamentaria que procediera a la revalorización, en ese mismo porcentaje, de las pensiones que tuvieran fijado ese incremento anual mínimo por expresa disposición legal.

ii) El segundo asunto en que el Consejo de Estado hubo de pronunciarse sobre el alcance de la prórroga presupuestaria fue objeto del dictamen núm. 80/2017, de 9 de febrero, emitido en relación con el «proyecto de Orden por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2017», luego publicada como Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero (B.O.E. núm. 36, de 11 de febrero de 2017).

En este caso, la norma reglamentaria proyectada eliminaba la reducción del 20% en la cotización por la contratación de empleados de hogar que había sido introducida en el año 2011 y aplicada hasta el ejercicio 2016.

La disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, acordó la integración de los empleados del hogar en el Régimen General de la Seguridad Social; por su parte, la disposición transitoria única de esta misma Ley estableció una reducción del 20 por cien de las cotizaciones devengadas por la contratación de las personas que prestan servicios en el hogar familiar durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014, que se ampliaría con una bonificación hasta llegar al 45 por cien para familias numerosas

Esta reducción y bonificación de la cotización por la contratación de empleados de hogar fue prorrogada por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2015 y 2016: así lo preveía, en relación con este último ejercicio, la disposición adicional octogésima séptima de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016.

En este contexto, el proyecto de orden sometido a consulta eliminaba la reducción general del 20 por ciento en la cotización por la contratación de empleados de hogar, manteniéndola únicamente para las familias numerosas, con el argumento –explicitado en la memoria que lo acompañaba– de que dicha reducción, inicialmente prevista por la disposición transitoria única de la Ley 27/2011 para los ejercicios 2012, 2013 y 2014, «venía siendo prorrogada desde el año 2015 por las sucesivas leyes de presupuestos» y no podía nuevamente prorrogarse «a consecuencia de la falta de aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el 2017».

El Consejo de Estado entendió que esta justificación «implicaría invalidar el mecanismo de prórroga» de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016, concluyendo que la reducción en la cotización por la contratación de empleados de hogar entra en el ámbito de dicha prórroga, por cuanto la supresión de esta partida comportaría una alteración, en este concreto punto, de los estados presupuestarios del ejercicio anterior, «algo que en ningún caso puede hacerse a través de una disposición de rango reglamentario, pues así lo impide el principio de legalidad presupuestaria».

Para llegar a esta conclusión se ponderó, en definitiva, que el mantenimiento de este beneficio no afectaba a la partida de ingresos del ejercicio anterior, como es propio de una situación de prórroga presupuestaria, y que se trataba, además, de una medida que no había sido aplicada con carácter coyuntural en el ejercicio 2016, sino de forma constante desde el año 2011.

VIII. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS RECARGOS DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL POR INFRACCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. El punto de partida: las características generales del régimen de esos recargos

A lo largo del ejercicio de su función consultiva durante el año 2016, el Consejo de Estado ha considerado expedientes en los que

se han planteado diversas cuestiones sobre el actual régimen de recargos de las prestaciones que nuestro sistema de Seguridad Social prevé para los casos en que se hayan omitido o aplicado defectuosamente las medidas de seguridad que eran legalmente exigibles en función del tipo de trabajo que desarrolle una persona o de las circunstancias del concreto puesto de trabajo que ocupe.

A los efectos de las subsiguientes reflexiones, ha de empezar por recordarse las características generales de ese régimen de recargos de prestaciones de Seguridad Social.

Su punto de partida no es otro que la obligación general que corre a cargo de los empleadores de aplicar a sus empleados tales medidas de seguridad, obligación que forma parte y se encuadra dentro de las obligaciones generales de los empleadores. Partiendo de esa obligación, las normas generales de nuestro sistema de Seguridad Social se ocupan de los casos en que los empleadores hayan omitido o aplicado defectuosamente las aludidas medidas de seguridad. En definitiva, la legislación general de la Seguridad Social participa de la preocupación general que existe en nuestro ordenamiento jurídico acerca de las medidas de seguridad en cuanto eficaz técnica para prevenir y reducir incidentes perjudiciales para la capacidad general y profesional de las personas.

Más en concreto, las normas generales de nuestro sistema de Seguridad Social incluyen previsiones específicas para los casos en que ese deber general haya quedado incumplido, ya sea por omisión o por defectuosa aplicación de las correspondientes medidas de seguridad. Ese tratamiento se desenvuelve, con toda lógica, dentro de las premisas tuitivas a que responde y conforme a las que ese sistema de Seguridad Social se articula y se concreta en que, con independencia de las prestaciones a que tengan derecho, con carácter general, los afectados por esa infracción de las citadas medidas de seguridad, esos mismos afectados verán ampliada o mejorada la protección que les brinda el sistema, mediante un aumento o recargo de las aludidas prestaciones, cuyo coste correrá a cargo de los empleadores que hayan incumplido su obligación de dotar a sus empleados con las medidas de seguridad legalmente previstas.

II. La relevancia de las actuaciones de los órganos de la Seguridad Social en relación con los recargos de prestaciones de la Seguridad Social por infracción de las medidas de seguridad

Hecho ese recordatorio del régimen general de los recargos de prestaciones de la Seguridad Social por infracción de las medidas de seguridad, ha de añadirse que la intervención de este Consejo que motiva las subsiguientes reflexiones se refiere a expedientes (por ejemplo, expediente número 689/2016/43/2016, dictaminado por la Comisión Permanente de este Consejo el 20 de diciembre de 2016) instruidos en relación con reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado planteadas sobre la base de sostener que los órganos de nuestro sistema de la Seguridad Social no habrían desarrollado las actuaciones necesarias para que esos recargos pudiesen ser efectivos.

Esos expedientes no son una novedad que haya surgido en el ejercicio de la función consultiva del Consejo de Estado durante el pasado año, sino que está presente desde hace ya tiempo, lo que justifica incluir algunas reflexiones en esta memoria, recapitulando cuestiones reiteradamente observadas.

Más en concreto, tales reflexiones se centran en las actuaciones que corresponden a los órganos de la Seguridad Social respecto de los citados recargos.

Por ello, conviene también dejar apuntado que tales actuaciones son la consecuencia ineludible del modo en que nuestra legislación general de Seguridad Social ha configurado los aludidos recargos de prestaciones. Nótese, en efecto, que, al optar por crear tales recargos y hacerlos correr a cargo de quienes infringieron una de sus obligaciones (la de aplicar las referidas medidas de seguridad), esa legislación debía afrontar dos consecuencias necesarias: la forma en que los órganos competentes debían acordar tales recargos en cada caso y las actuaciones que esos mismos deben desarrollar para hacer efectivos los recargos en cuestión. Ello es así porque se parte de asociar a esa conducta de los empleadores una prestación que hace efectivo el sistema de Seguridad Social, lo que requiere, pues, que los órganos de este último lleven a cabo las actuaciones necesarias para concretar los recargos de que se trate y para hacerlos efectivos.

Como acaba de apuntarse, las reclamaciones indemnizatorias que suscitan las presentes reflexiones se han venido fundamentando en aducir sus promotores que los órganos del sistema de Seguridad Social omitieron o desarrollaron actuaciones referidas a ambos o alguno de los indicados planos.

Así, varias de esas reclamaciones se centran en el primer grupo de actuaciones administrativas, de modo que este Consejo ha examinado reclamaciones que parten de imputar retrasos o actuaciones poco diligentes a los órganos legalmente encargados de declarar la pertinencia de los recargos a que se viene aludiendo. Tratándose de recargos o ampliaciones de prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social, los órganos encargados de declararlos son aquellos a los que está confiado, con carácter general, el reconocimiento de prestaciones a cargo del mencionado sistema, es decir los órganos del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

No obstante, este Consejo también viene conociendo de reclamaciones cuyos promotores atribuyen los perjuicios por ellos sufridos a la poca o negligente actividad administrativa en el segundo plano a considerar, cual es el de las actuaciones dirigidas a hacer efectivos los recargos ya declarados. Dado que se trata de recargos que corren a cargo de los empleadores que infringieron las medidas de seguridad que les eran exigibles, ese segundo bloque de actuaciones administrativas a considerar gira en torno a las que están legalmente encomendadas a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Por último, no es infrecuente que los expedientes sometidos a la consideración de este Consejo acumulen objeciones referidas a esos planos de actuación administrativa (Instituto Nacional y Tesorería General de la Seguridad Social), como ocurrió en el caso objeto del citado dictamen de 20 de diciembre de 2016.

Hecha esa primera delimitación, puede acabar de perfilarse los casos a los que se refieren las aludidas reclamaciones destacando que todas ellas se saldan con la apreciación de los reclamantes de que, como consecuencia de esa falta de actuación o de la poco diligente actuación administrativa, no pudo conseguirse que los empleadores infractores hicieran frente a su obligación de correr con la carga económica que les corresponde de financiar los recargos de prestaciones de Seguridad Social a que los interesados tenían derecho.

Con ello, vuelve a suscitarse una de las características del mencionado sistema de recargos, cual es configurarlos a cargo de los empleadores que hubiesen infringido su deber de aplicar las medidas de seguridad legalmente exigibles. Siendo ello así, es importante destacar que las normas generales de nuestro sistema de Seguridad Social y la jurisprudencia recaída al respecto han descartado por completo, y en términos especialmente tajantes, que, a pesar de tratarse de recargos de prestaciones de la Seguridad Social, los órganos de la Seguridad Social tengan responsabilidad patrimonial en el caso de que los correspondientes empleadores no hagan frente a su obligación de atender la carga económica en que tales recargos se concreten. En ese sentido, son frecuentes las alusiones jurisprudenciales a que tales recargos no son formas o modalidades de prestación de la Seguridad Social sino que se corresponden, única y exclusivamente, con la responsabilidad del empleador infractor, sin que pueda ser trasladada a la Seguridad Social ni ser objeto de aseguramiento por un tercero.

Acabada, con ello, la acotación de los casos de los que este Consejo viene conociendo, una primera reflexión a destacar es que tales casos son, con toda seguridad, una muy pequeña muestra de la problemática que suscita ese régimen de recargos. En efecto, parece claro que los supuestos que dan lugar a las comentadas reclamaciones de responsabilidad patrimonial por mal funcionamiento de los servicios públicos de la Seguridad Social no recogen un elenco significativo de los casos en que tales recargos no devienen efectivos.

Existen, en efecto, una diversidad de factores que explican que solo una muy reducida parte de esos casos de ineffectividad desemboken en reclamaciones de responsabilidad patrimonial a cargo de los poderes públicos (falta de recursos, entidad de los recargos, situación personal de los afectados...).

Sin embargo, más relevante es notar que la mayoría de los casos que han llegado a este Consejo se refieren a un sector tan importante en los últimos tiempos en la realidad socioeconómica española como es el de la construcción, donde los elementos concurrentes (cualificación profesional de los trabajadores, tamaño y duración de las empresas, utilización de fórmulas de subcontratación...) permiten afirmar que no ha existido un nivel elevado de cumplimiento de las medidas de seguridad y en el que, consecuentemente, también cabe

afirmar que se han planteado o podido plantear numerosos casos de aplicación de los recargos a que se viene aludiendo.

Aun siendo consciente, pues, de contar con una muy reducida muestra de los casos en que se plantea la aplicación y efectividad de tales recargos, el Consejo de Estado considera oportuno destacar algunas cuestiones que derivan de los supuestos de los que ha venido conociendo.

III. **Algunas reflexiones para la mejora del funcionamiento del actual régimen de recargos de prestaciones de la Seguridad Social en caso de infracción de medidas de seguridad**

Partiendo de los datos que resultan de su intervención en los aludidos expedientes de reclamación indemnizatoria frente a la Administración del Estado, este Consejo identifica algunas reflexiones y líneas de actuación para mejorar ese régimen de recargos.

A) La necesidad general de salvaguardar la efectividad y utilidad del régimen de recargos de prestaciones de la Seguridad Social por infracción de las medidas de seguridad. La primera de las reflexiones a avanzar es esa necesidad de salvaguardar la efectividad y utilidad del citado régimen de recargos.

En ese sentido, los dictámenes que este Consejo ha venido aprobando a propósito de las aludidas reclamaciones indemnizatorias han enfatizado que esos recargos están destinados a «*proteger situaciones especialmente dignas de atención, como son los casos en que se produzcan accidentes de trabajo con omisión de las medidas de seguridad legalmente exigibles*» (dictamen de 13 de febrero de 2014, referido al expediente número 811/2013).

Resulta, en efecto, que los mencionados recargos forman parte de la reacción pública ante una realidad especialmente lamentable, cual es la de lesiones y situaciones de incapacidad que derivan de no haberse seguido fielmente las previsiones legales existentes acerca de las medidas de seguridad de que hubieran debido estar provistos quienes desempeñen ciertas actividades peligrosas. Esa realidad está recibiendo una reciente y merecida atención preferente por parte de los poderes públicos, que están centrando su preocupación y

actividad al respecto en los aspectos decididamente preventivos de esos casos indeseables. Siendo esa el área que debe seguir concentrando la prioridad, no pueden descuidarse los mecanismos que, tales como los recargos ahora considerados, tratan de compensar los perjuicios que puedan sufrirse en tales casos.

B) La necesidad de una activa involucración de los órganos administrativos de la Seguridad Social. Una reflexión que concreta la anteriormente formulada con alcance general es la que se refiere a la necesaria involucración de los servicios del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social en la declaración de los citados recargos y en la reunión de los recursos con los que deberán financiarse.

Los casos de los que ha venido conociendo este Consejo incluyen algunos en los que existió una considerable separación temporal entre, de un lado, el reconocimiento de las prestaciones previstas con carácter general a favor de los beneficiarios y, de otro, la tramitación de las actuaciones que competen al mencionado Instituto y Tesorería respecto de sus recargos en los casos que se vienen comentando.

En algunos casos, esa separación temporal puede responder a la necesidad de que se declare la infracción de medidas de seguridad como requisito para declarar la pertinencia de los indicados recargos e iniciar actuaciones de índole ejecutiva para obtener los recursos de los infractores con los que financiarlos. Siendo ello así, este Consejo ha conocido, sin embargo, de casos en los que ha apreciado una falta de diligencia por parte de los órganos administrativos para llegar a esa inicial declaración de infracción y para pasar, sin solución de continuidad, a la declaración de pertinencia de los recargos y a la recaudación de los recursos necesarios para ello.

En consecuencia, ha de enfatizarse que, tratándose de recargos de prestaciones de la Seguridad Social, su declaración y la recaudación de los recursos necesarios corresponde forzosamente a los órganos de la Seguridad Social, sin cuya intervención los beneficiarios no pueden ver reconocidos y plasmados su derecho al respecto. Por ello, se requiere de una activa, directa e inmediata involucración de los servicios del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, entre cuyos cometidos prioritarios ha de figurar la declaración y efectividad de esos recargos en los casos en que sean procedentes.

C) La necesidad de una estrecha relación y coordinación entre el Instituto Nacional y la Tesorería General de la Seguridad Social. En algunos de los casos considerados por este Consejo (por ejemplo, el ya citado dictamen de 20 de diciembre de 2016, referido al expediente número 689/2016/43/2016), además de actuaciones poco diligentes por parte de esas dos entidades en sus ámbitos específicos de actividad, advirtió este Consejo una indeseable falta de eficaz comunicación, relación y coordinación entre ambas, dando lugar, por ejemplo, a unos lagos tiempos intermedios entre la finalización de las actuaciones del aludido Instituto y el comienzo de las propias de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Se trata de descoordinaciones y faltas de comunicación fácilmente subsanables, cuya corrección debería incardinarse en la comentada declaración de prioridad de actuaciones de ambas entidades y contribuiría claramente a la efectividad del régimen de recargos.

D) La atención a los casos en que concurren deudas para con la Seguridad Social y la procedencia de los recargos. Dentro de las líneas de actuación que pueden servir de concreción a la comentada necesidad general de salvaguardar la efectividad y utilidad de tales recargos, está la de prestar una especial atención a los casos en que se plantee la eventual concurrencia de deudas para con la Seguridad Social a cargo del empleador y su responsabilidad respecto de los aludidos recargos.

En esos casos, este Consejo tiene ya destacada la necesidad de que los servicios de la Tesorería General de la Seguridad Social desarrollen una más pronta actuación ejecutiva para evitar que esa concurrencia de responsabilidades pueda provocar que los recargos se vean perjudicados.

E) La activa delimitación del ámbito de posibles responsables. Los casos de los que ha conocido este Consejo le han llevado a insistir en que las actuaciones administrativas relativas a los recargos que se vienen comentando deben también plantearse *«intentar extender al máximo posible el ámbito de eventuales responsables ante la Seguridad Social, planteándose los títulos que existan para incluir en ese círculo de responsables, no solo a la empresa infractora, sino también, a las restantes personas y entidades a las que pueda derivarse responsabilidad en los términos en que están recogidos*

por nuestra legislación de Seguridad Social y que han merecido una atención prioritaria por la jurisprudencia» (dictamen del expediente número 811/2013).

De esa línea de actuación forma también parte la atención que ha de dispensarse a la eventual relación que debe existir entre, de un lado, las actuaciones administrativas estrictamente referidas a los recargos de prestaciones de la Seguridad Social y, de otro, las actuaciones que se refieren a las restantes responsabilidades que pueden suscitarse en relación con la infracción de medidas de seguridad. No es infrecuente, en ese sentido, que esas situaciones de infracción puedan dar lugar a actuaciones de índole sancionadora, centradas en dilucidar si se ha incurrido en las responsabilidades punitivas previstas en nuestro ordenamiento jurídico por haberse incumplido las medidas de seguridad impuestas a los empleadores. Esas actuaciones de índole sancionadora incluyen, en primer lugar, las que se dirigen a comprobar si se ha cometido alguna infracción administrativa pero pueden también comprender las que se centran en la eventual comisión de una infracción penal.

De esas actuaciones pueden resultar datos relevantes sobre las personas que hayan tenido alguna intervención en la infracción de las medidas de seguridad, por lo que resulta necesaria una estrecha conexión entre esas iniciativas de índole sancionadora y las que se centren en la imposición de los recargos y en la recaudación de los recursos necesarios para financiarlos.

F) La identificación de los recursos disponibles para hacer efectivos los recargos que se impongan. Por último, la intervención de este Cuerpo Consultivo en los referidos casos relativos a los recargos de prestaciones de la Seguridad Social también ha permitido comprobar la importancia de las actividades dirigidas a localizar y trabar bienes y recursos con los que hacer frente a la financiación de los recargos declarados.

Recuérdese al efecto que la carga de que los infractores soporten el coste de los aludidos recargos se concreta en la obligación de constituir a su cargo el capital coste necesario para financiar tales recargos, lo que exige, en consecuencia, una diligente y rápida actuación para evitar que los correspondientes recursos económicos queden distraídos o dedicados a otras finalidades.

En ocasiones, el tiempo transcurrido desde los eventos que determinaron la procedencia de tales recargos y, en otras, la apuntada falta de diligencia en las actuaciones administrativas dirigidas a hacer efectiva su financiación a cargo de los infractores conlleva que se identifiquen con más rapidez y mejores resultados los recursos con que hacer frente a otras responsabilidades que esos infractores tengan para con la Seguridad Social. Y también se ha constatado que, en ocasiones, bienes y recursos que no fueron localizados con ocasión de las actuaciones administrativas dirigidas a conseguir la financiación de los recargos sí sean identificados y trabados como consecuencia de actuaciones de otro tipo, como las de índole sancionadora.

Todo ello apunta a que existe un considerable margen de mejora en esas actividades dirigidas a hacer económicamente efectivos los recargos que se declaren a cargo de los infractores.

De ese margen forman parte las mejoras que derivarían de los puntos anteriormente indicados, como son la necesidad de una estrecha involucración de los órganos de la Seguridad Social (básicamente, Instituto Nacional y Tesorería General de la Seguridad Social) en relación con los mencionados recargos y de una fluida y continua relación entre las actuaciones que a cada uno de ellos corresponde.

En definitiva, tratándose de recargos de prestaciones de la Seguridad Social, debe abrirse paso la idea de que facilitar y procurar su financiación es una obligación que corresponde a los órganos actuantes, aunque tal financiación corra a cargo de quienes hayan infringido su deber de aplicar las medidas de seguridad y prevención legalmente previstas. Por lo tanto, esos órganos no pueden descansar en las iniciativas de localización de recursos y bienes que lleven a cabo los beneficiarios de los recargos ni considerar que la búsqueda y afectación de tales recursos y bienes pertenezcan a una fase ulterior o secundaria de las actuaciones que deben llevar a cabo en relación con las prestaciones que corresponden a los afectados.

Esas consideraciones generales respecto de la identificación de los recursos que hayan de afectarse a la financiación de los recargos han de concretarse en la activa utilización de los instrumentos y vías

que los órganos de la Seguridad Social tienen a su alcance, entre las pueden destacarse la prioridad que debe reconocerse a esa línea de actuación y la aplicación de las medidas cautelares que puedan decretarse sobre los bienes y recursos de los responsables.

IX. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CONTENIDO DE RESOLUCIONES DICTADAS POR LOS LETRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1. Objeto

Bajo el título de «Responsabilidad del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia», los artículos 294 y siguientes de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) regulan distintas vertientes de dicha responsabilidad, en torno a los conceptos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, error judicial y prisión preventiva.

Al margen, ahora, del especial supuesto de la prisión preventiva regulado en el artículo 294 de la LOPJ, la diferencia básica entre el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y el error judicial, en cuanto supuestos potencialmente generadores de responsabilidad del Estado, ha sido trazada con cierta nitidez y de forma reiterada tanto por la doctrina del Consejo de Estado como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, aquel funcionamiento anormal acoge los casos en que el entramado orgánico al servicio de juzgados y tribunales no se desenvuelve de acuerdo con los estándares de diligencia, buen orden y cuidado que le son exigibles, mientras que el error judicial, a estos efectos, comprende los casos en que los perjuicios invocados están causalmente vinculados al contenido de decisiones judiciales dictadas por jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Esa diferencia conceptual está en el origen del distinto tratamiento jurídico que reciben las reclamaciones fundadas en uno u otro concepto, de forma que mientras las primeras se ilustran con un informe del Consejo General del Poder Judicial (en cuanto órgano de gobierno del Poder Judicial, exigido antes por la disposición adicional se-

gunda del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo –hoy derogado–, y que exige ahora el artículo 81 de la Ley 39/2015), las segundas requieren una decisión judicial que expresamente reconozca la existencia del error (consecuencia del principio de exclusividad de la función jurisdiccional que refleja el artículo 293 de la LOPJ).

Aquella nitidez, en el plano conceptual, de una y otra figura no impide la existencia, en la práctica, de casos dudosos que desdibujan, en ocasiones, los perfiles que las delimitan o los hacen algo más difusos en casos concretos (p. ej., errores puramente materiales advertidos en resoluciones judiciales, omisiones en la respuesta que debe darse ante las pretensiones formuladas, ...); asuntos a los que el Consejo de Estado ha ido dando respuesta en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y atendiendo al régimen jurídico previsto para cada uno de ellos, a su fundamento y finalidad, derivándolos en ocasiones al régimen del error judicial (con la consiguiente exigencia de obtener previamente una declaración judicial del error) y acogiéndolos, en otras, en el propio del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

En los últimos tiempos se ha venido planteando un nuevo supuesto, no exento de dudas, a raíz de la implantación de la nueva oficina judicial y de la atribución de relevantes funciones decisorias, en el marco del proceso, a los secretarios judiciales (hoy letrados de la Administración de Justicia). De este modo, unas decisiones que antes estaban atribuidas a los jueces y magistrados han sido ahora encomendadas a los letrados de la Administración de Justicia; y esas decisiones quedan plasmadas en resoluciones procesales cuyo contenido produce efectos significativos –favorables o perjudiciales– sobre las partes del proceso. Cuando el afectado por ellas considera erróneo el contenido de tales decisiones, y aprecia una relación de causalidad entre ese contenido y unos perjuicios individualizados y económicamente evaluables, puede formular una reclamación ante el Ministerio de Justicia –de acuerdo con lo previsto en el artículo 293.2 de la LOPJ–, lo que ha exigido dilucidar, en primer término, si tal reclamación había de encauzarse a través de la vía del error judicial o como un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

2. El punto de partida

El punto de partida ha de situarse, a los efectos que ahora importa, en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Su Exposición de Motivos expresa el objetivo de que los jueces y magistrados concentren sus energías en las funciones que la Constitución les encomienda –juzgar y hacer ejecutar lo juzgado–, descargándoles de todas aquellas tareas que no están vinculadas estrictamente a esas funciones constitucionales. A tal fin, avanza que la capacitación de los secretarios judiciales les permite responsabilizarse de determinadas materias que «*si bien quedan fuera de la potestad jurisdiccional atribuida con exclusividad a Jueces y Tribunales, no por ello son menos importantes*» para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia. Ello conduce a reformar las leyes procesales de modo que a los secretarios judiciales –sigue la citada Exposición de Motivos– les sean atribuidas no sólo las funciones de impulso formal del procedimiento, sino también otras funciones que les permitirán adoptar «*decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional pero que resultan indispensables para la misma*».

La idea inspiradora de la reforma fue la de concretar las competencias procesales del cuerpo de secretarios judiciales de modo que se les atribuyera la competencia sobre los distintos trámites, con exclusión de los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional. Es claro que la atribución de esas nuevas competencias a los secretarios judiciales exigía articular un sistema de recursos que permitiera que el titular del órgano judicial, «*en determinados supuestos expresamente previstos*», pudiera conocer del recurso interpuesto contra la resolución del secretario judicial. Así, se articularon dos tipos de recursos –cualquiera que fuera el orden jurisdiccional de que se tratase– contra las resoluciones del secretario judicial: de un lado, el recurso de reposición (cuando se interpone ante el secretario judicial que dictó la resolución impugnada, con el fin de que sea él mismo quien reconsidere su decisión) y, de otro, el recurso de revisión (cuando es el juez o tribunal quien ha de decidir la cuestión).

De este modo, resulta que algunas decisiones que hasta entonces eran adoptadas por los jueces y magistrados al ejercer su función jurisdiccional, y que se plasmaban en resoluciones judiciales, han pasado a ser atribuidas a los secretarios judiciales (ya como letrados de la Administración de Justicia), por considerar que se trata de funciones «*colaterales*» a la función jurisdiccional, y que se plasman en resoluciones procesales que, en unos casos, pueden ser recurridas en reposición (ante el propio letrado de la Administración de Justicia) y, en otros, en revisión (ante el juez o tribunal).

La cuestión radica, pues, en determinar si un eventual contenido erróneo de tales resoluciones, cuando generen perjuicios potencialmente indemnizables, han de tramitarse como supuestos de error judicial o de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

3. La solución propuesta por el Consejo de Estado

El problema planteado fue frontalmente abordado por el Consejo de Estado en el dictamen 1.268/2015, de 3 de marzo de 2016. En él se exponen las razones por las que las reclamaciones fundadas en perjuicios causados por el contenido de resoluciones dictadas por el letrado de la Administración de Justicia deben ser encauzadas como reclamaciones fundadas en un supuesto funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y no como reclamaciones de indemnización por supuesto error judicial. En consecuencia, en tales casos no es necesario que el interesado obtenga la previa declaración de error judicial a que se refiere el artículo 293.1 de la LOPJ y sí, en cambio, que el Ministerio recabe el informe del Consejo General del Poder Judicial al tramitar la pretensión indemnizatoria.

Esta tesis se apoya en tres órdenes de razones, que responden a tres perspectivas diferentes: subjetiva una, objetiva otra, funcional la tercera. Se trata, en suma, de seguir refiriendo el error judicial al contenido de resoluciones judiciales, dictadas por jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

A) En primer término, y en relación con el objeto en el que se ha de plasmar un «error judicial» susceptible de generar responsabilidad patrimonial del Estado al amparo de lo previsto en los artículos 292

y 293 de la LOPJ, el Consejo de Estado parte de la distinción entre «resoluciones judiciales» y «resoluciones procesales».

En relación con ello, cabe recordar que las resoluciones judiciales de carácter jurisdiccional se identifican como providencias, autos y sentencias (artículo 245.1 de la LOPJ), mientras que la Ley de Enjuiciamiento Civil incluye, en el capítulo de las resoluciones procesales, tanto las resoluciones judiciales mencionadas (providencias, autos y sentencias: artículo 206.1) como las resoluciones de los secretarios judiciales (diligencias y decretos: artículo 206.2). Por tanto, estas últimas son resoluciones procesales, pero no resoluciones judiciales.

Pues bien, cuando el artículo 293.1 de la LOPJ regula la declaración de error judicial se refiere, de forma reiterada, a la «*resolución judicial*» a la que se impute el error [apartados f) y g)]; ha de tratarse, por tanto, de una resolución judicial, y no de cualquier otra resolución procesal. En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo refiere el error judicial a resoluciones judiciales; así el Alto Tribunal ha señalado con carácter general que «no toda posible equivocación es susceptible de conceptuarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta en la resolución judicial un error “craso”, “patente”, “indubitado”, “incontestable”, “flagrante”, que haya provocado “conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas”» (STS de 22 de septiembre de 2015, entre otras muchas). Incluso, el Tribunal Supremo ha afirmado en alguna ocasión que el procedimiento de declaración del error judicial no podía seguirse respecto de una diligencia, dado «*que dicha diligencia no es una resolución judicial, sino un acto procesal, no judicial, ni hay en la misma ningún error imputable al juez titular del órgano jurisdiccional*» (STS de 16 de diciembre de 2010).

Por tanto, en atención al objeto, parece que los daños derivados del contenido de decretos o de diligencias no debería encauzarse por la vía del error judicial, de forma que habría de tramitarse, en su caso, como un supuesto de posible funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

B) En segundo término, y desde una perspectiva subjetiva, el error judicial –en sentido estricto– ha de ser imputado a una deci-

sión adoptada por jueces y magistrados, sin que pueda referirse a decisiones adoptadas por las demás personas o autoridades que se integran en los órganos judiciales o colaboran con ellos.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo identifica el error judicial como «*la desatención del juzgador*» a datos de carácter indiscutible en una resolución que rompe la armonía del orden jurídico, mientras que el funcionamiento anormal se refiere a «*cualquier defecto en la actuación de los juzgados y tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades*»; y esa diferencia –referido el primero al «juzgador», el segundo al «complejo orgánico» que le sirve de apoyo– se pone en conexión con el distinto tratamiento jurídico que el ordenamiento jurídico establece para uno y otro (STS de 11 de septiembre de 2015, entre otras muchas, como las que aquella cita). Tratamiento diferenciado que no es ajeno a la autoridad –juez, magistrado– de la que emana la decisión por la que se pretende obtener una indemnización y que puede ponerse en conexión con el principio de independencia de los jueces y magistrados (artículo 117 de la Constitución).

Se perfilan, así, dos ámbitos distintos: de un lado, el del error judicial, necesariamente imputado a los titulares del órgano judicial (jueces y magistrados) y, de otro, el del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que puede tener su origen en otras personas o autoridades integradas en los juzgados o tribunales o vinculadas, de una u otra forma, al complejo orgánico que unos y otros conforman.

En consecuencia, también esta perspectiva conduce a encauzar los perjuicios derivados de decisiones adoptadas por los letrados de la Administración de Justicia por la vía del funcionamiento anormal y no por la del error judicial.

C) En fin, en cuanto a la vertiente funcional, es doctrina reiterada del Consejo de Estado que el error judicial se refiere, precisamente, a resoluciones adoptadas «*en el ejercicio de la función jurisdiccional*», lo que se ha vinculado al principio de exclusividad de esa potestad jurisdiccional (artículo 117 de la Constitución), concebida como reserva a los jueces y magistrados de la función de juzgar y ejecutar lo juzgado. Ello es determinante en la necesidad de dar un tratamiento

diferenciado a las reclamaciones por daños imputados a un error judicial, tal y como antes se apuntaba; tratamiento diferenciado cuyo fundamento está estrechamente vinculado, sin duda, a esa reserva de la función jurisdiccional a los jueces y magistrados, que impone la exigencia previa de una declaración judicial –no administrativa– del error (y que es, en definitiva, lo que determina la necesaria intervención previa del Tribunal Supremo).

Precisamente, el problema principal del que parece derivar la cuestión que ahora se aborda radica en que algunas de las decisiones que el legislador atribuye ahora al letrado de la Administración de Justicia están fuertemente ligadas a la función jurisdiccional –cuyos precisos contornos no siempre son fáciles de delimitar–; sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009 –a la que ya se ha hecho referencia, con transcripción de algunos incisos especialmente relevantes a estos efectos– es clara en su intención cuando dice y reitera que no pretende atribuir funciones jurisdiccionales a los secretarios judiciales, sino «*decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional*» (aunque indispensables para esta), con exclusión de aquellas que pudieran afectar «*a la función estrictamente jurisdiccional*».

Por tanto, aunque los perfiles que delimitan las funciones estrictamente jurisdiccionales y las separan de las que no tienen tal carácter son, en ocasiones, difusos o discutibles, la Exposición de Motivos de la repetida Ley 13/2009 es suficientemente reveladora de la voluntad del legislador –limitada, en todo caso, por los principios constitucionales del artículo 117– de mantener las primeras en el ámbito de decisión de los jueces y magistrados y de limitar a las segundas las funciones encomendadas a los secretarios judiciales.

En suma, confirmando la reiterada doctrina que ha mantenido el Consejo de Estado desde hace años, la responsabilidad del Estado por los daños causados por error judicial se mantiene ligada al contenido de decisiones judiciales, adoptadas por los jueces y magistrados, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional; lo que, en línea de principio, excluye encauzar por esa vía –la del error judicial– las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivada del contenido de resoluciones procesales adoptadas por los letrados de la Administración de Justicia.

4. El respaldo del Tribunal Constitucional

La solución anteriormente expuesta parece sólida y coherente con la doctrina reiterada del Consejo de Estado en la medida en que coinciden los tres elementos indicados (objetivo, subjetivo y funcional). Así, cuando se trata de resoluciones judiciales, adoptadas por jueces y magistrados, y en el ejercicio de la función jurisdiccional es claro que el supuesto ha de reconducirse hacia el concepto de error judicial; en caso contrario (*i. e.*, cuando no concurren los tres elementos), parece que habría de examinarse desde la óptica del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Ahora bien, de acuerdo con lo que se ha expuesto, la atribución al letrado de la Administración de Justicia de decisiones que, sin integrarse en el ejercicio de la función jurisdiccional, son «*colaterales*» a ella, había de suscitar dudas porque los perfiles entre unas y otras no siempre son nítidos en la práctica.

Así, tratándose de decisiones con un menor o mayor grado de vinculación con la función jurisdiccional, el propio legislador estableció un sistema de impugnaciones que permitiera la revisión de esas decisiones, bien en vía de reposición (por el propio letrado de la Administración de Justicia), bien en vía de revisión (por los titulares del órgano judicial y, en definitiva, de la potestad jurisdiccional). En principio, la mayor vinculación con la función jurisdiccional debería ligarse a la posibilidad de interponer recurso de revisión (remitiendo así la decisión última sobre la cuestión al titular de la potestad jurisdiccional); recurso –y decisión última– que no sería imprescindible en el caso de decisiones ajenas al ejercicio de esa función.

En consecuencia, en los casos de mayor vinculación con la función jurisdiccional, la posibilidad de interponer recurso de revisión permitiría a los particulares impugnar la resolución procesal lesiva de sus derechos, a fin de desvirtuar su contenido y obtener una resolución judicial (a cuyo contenido, en el supuesto de desestimación, ya sí podría imputarse, en su caso, un error judicial). Los mayores problemas habrían de plantearse, lógicamente, en el caso de resoluciones procesales que, estando vinculadas en mayor grado con la función jurisdiccional, no fueran, sin embargo, susceptibles de revisión por los jueces o magistrados.

Este problema fue abordado por el Tribunal Constitucional muy poco después de los anteriores dictámenes del Consejo de Estado, en la STC 58/2016, de 17 de marzo, en relación con el artículo 102 bis, apartado 2, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (añadido por la Ley 13/2009, ya citada). En concreto, el problema planteado –en una cuestión interna de inconstitucionalidad– residía, precisamente, «*en que no es descartable la eventualidad de que existan supuestos en los que la decisión del Letrado de la Administración de Justicia excluida por el legislador del recurso de revisión ante el Juez o Tribunal (párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA) concierna a cuestiones relevantes en el marco del proceso, que atañen a la función jurisdiccional reservada en exclusiva a Jueces y Magistrados (art. 117.3 CE), a quienes compete dispensar la tutela judicial efectiva sin indefensión que a todos garantiza el art. 24.1 CE*».

La citada STC 58/2016 –que está en línea con la tesis del Consejo de Estado expuesta y viene a confirmarla– concluye que el derecho fundamental garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución «*comporta que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los justiciables sea dispensada por los Jueces y Tribunales, a quienes está constitucionalmente reservada en exclusividad el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Este axioma veda que el legislador excluya de manera absoluta e incondicionada la posibilidad de recurso judicial contra los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia resolutorios de la reposición, como acontece en el cuestionado párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA*». Como consecuencia de ello, el fallo de la sentencia declara la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

De este modo, la tesis expuesta, respaldada ya por la STC 58/2016, ha sido seguida en ulteriores dictámenes (*a. e.*, dictamen 618/2016), aclarando así el cauce que han de seguir las reclamaciones que se funden en el contenido de las decisiones adoptadas por los letrados de la Administración de Justicia en el ejercicio de las relevantes funciones que tienen hoy atribuidas. Ello no hace sino desbrozar el camino para avanzar en la resolución de tales pretensiones, lo que exigirá tomar en consideración otros aspectos, como si aquellas decisiones han sido consentidas –por no haber sido impugnadas–, si han sido confirmadas por el titular del órgano judicial –enunciando la decisión ya en una resolución judicial– o si han sido desvirtuadas en vía de recurso –de reposición o revisión–.

X. EL CONCEPTO DE RIESGO OPERACIONAL EN LA PROYECTADA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El Consejo de Estado ha tenido también ocasión de examinar la cuestión del concepto de riesgo operacional, como elemento definidor del contrato de concesión de servicios, al hilo de la actividad consultiva desarrollada durante 2016. Especialmente, dicho análisis –que tenía como antecedente inmediato el realizado en el dictamen 660/2014, de 17 de diciembre– se hizo con ocasión del estudio del anteproyecto de ley de contratos del sector público (dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016).

En efecto, los artículos 15 y 17 del citado anteproyecto sometido a consulta incorporaban los conceptos de contrato de concesión de servicios y de servicios, respectivamente, conforme a la regulación del Derecho de la Unión Europea. La caracterización del contrato de concesión de servicios se hacía por la existencia de la noción de riesgo operacional –desapareciendo el contrato de concesión de gestión de los servicios públicos, el concierto y la gestión interesada– y la determinación del plazo concesional en atención al plazo necesario para el retorno de las inversiones. La relevancia de esta modificación exigió la formulación de algunas consideraciones generales.

En concreto, el Consejo señaló que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, contribuyó a la tendencia a reducir la tipificación de la contratación de prestaciones de hacer dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. Si en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se distinguía entre contratos de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales, tras lo que fue suprimida esta última categoría en 1999 y, por consiguiente, en el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, engloba todas estas prestaciones de hacer en la figura del contrato de servicios, pero mantiene, como las normas anteriores, su convivencia con el contrato de gestión de servicios públicos.

En este panorama, la principal novedad del anteproyecto en la tipificación de los contratos administrativos era la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos y la redefinición de los contratos de servicios y concesión de servicios, aspectos a los que la memoria del análisis de impacto normativo no presta atención suficiente.

Dicha decisión –dijo el Consejo– ha de ser ponderada a partir del examen de las circunstancias que la han motivado. En primer término, es relevante constatar que la diferencia entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos ha pivotado tradicionalmente sobre la naturaleza de la prestación que constituye el objeto convencional. Así, la calificación del contrato de gestión estaba condicionada por la configuración como servicio público de las prestaciones encomendadas por la Administración mediante el mismo. Era habitual que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, con el objeto de dilucidar si la encomienda de determinadas prestaciones a un particular había de encauzarse como un contrato de gestión de servicios públicos o como un contrato de servicios, acudiera a la legislación sectorial. Sirve de ejemplo el informe 37/1995, de 24 de octubre, que estudió la cuestión de si prestaciones como la resonancia nuclear magnética o el transporte sanitario, las cuales, debiendo realizarse a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social, se encargaban en virtud de un contrato a una persona física o jurídica, merecían o no el calificativo de servicio público en sentido estricto. La Junta fundó la respuesta afirmativa en la regulación contenida en la legislación general de sanidad, que atribuye dicho calificativo a las prestaciones de los denominados servicios de salud integrados en el Sistema Nacional de Salud, en contraposición a las actividades sanitarias privadas.

Sobre este criterio dirimente tuvo un impacto reseñable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que había sentado las bases para la distinción entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios, considerando que, con anterioridad a la reciente aprobación de la Directiva 2014/23/UE, el primero quedaba bajo el ámbito del ordenamiento europeo mientras que el segundo constituía un negocio jurídico excluido del mismo.

Ello se plasmó en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en la circunstancia de que el contrato de servicios es una categoría que, prestada por un poder adjudicador y por un importe superior a los umbrales fijados, está sujeta a regulación armo-

nizada, a diferencia del contrato de gestión de servicios públicos, que queda al margen de esta armonización. No se trata de una cuestión, por ende, meramente dogmática, sino que tiene importantes consecuencias prácticas, no ya solamente por las derivadas de la inclusión de la prestación en una u otra modalidad de contrato típico, sino también por la aplicación o no de las exigencias del Derecho europeo.

De acuerdo con dicha jurisprudencia, la tipificación de un contrato como concesión de servicio público exige la asunción del riesgo de explotación por parte del adjudicatario y el pago del coste del servicio por parte del usuario. Estas son las diferencias fundamentales respecto del contrato de servicios. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2011 (asunto *Privater*) define de manera precisa qué debe entenderse por riesgo de explotación económica del servicio: «El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio». En esta idea insiste la Sentencia de 10 noviembre de 2011 (asunto *Norma-A y Dekom*), conforme a la cual la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre, por lo que, si bien el modo de remuneración (cuando procede de los usuarios) es un indicio para la calificación de una concesión de servicios, es necesario que se produzca dicha transferencia para hablar de esta categoría.

Esta jurisprudencia inspiró la Directiva 2014/23/UE, en la que se afirma que «la característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador» (considerando decimoctavo).

La distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos basada en la naturaleza de la prestación ha sido desplazada por una dicotomía entre el contrato de concesión de servicios y el de servicios fundada en la transferencia o no del riesgo operacional, con independencia de si el servicio sobre el que recae el pacto entre las partes tiene la consideración de servicio público.

El concepto de riesgo operacional que se introduce ahora en el anteproyecto no es diametralmente opuesto al tradicional de riesgo y ventura. En efecto, el artículo 5.1 de la Directiva dispone que «la adjudicación de las obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable». En efecto, el concepto de riesgo operacional se vincula a las incertidumbres del mercado en condiciones normales de funcionamiento. Es decir, a una situación de riesgo ordinario. Lo que exceda de éste puede ser asumido por la Administración a través de los mecanismos correspondientes.

El anteproyecto de ley reproducía la dicotomía antes citada, diferenciando entre el contrato de concesión de servicios, caracterizado por que la contrapartida percibida por el concesionario consiste bien en el derecho a explotar los servicios o bien por dicho derecho acompañado de un precio (artículo 15), y el contrato de servicios, cuyo objeto son prestaciones de hacer orientadas a la consecución de un resultado distinto de una obra o suministro (artículo 17). Dado que, como se ha indicado, la forma de remuneración es un indicio del contrato de concesión de servicios, pero no resulta determinante, el apartado 2 del artículo 15 del anteproyecto precisaba que el derecho de explotación de los servicios había de implicar indefectiblemente la transferencia al concesionario del riesgo operacional. Prueba de la amplitud de la que quería dotarse a esta última figura

es la desaparición –tanto en la Directiva 2014/24/UE respecto de la Directiva 2004/18/CE como en el anteproyecto respecto del vigente TRLCSP– del anexo II, comprensivo del listado de servicios que pueden constituir el objeto del contrato típico ahora analizado. Se completaba, así, la tendencia antes apuntada, de forma que la contratación de prestaciones de hacer diferentes de una obra o un suministro solamente puede articularse a través del contrato de servicios, salvo que sobre el adjudicatario pese la asunción del riesgo operacional, en cuyo caso debe hablarse del contrato de concesión de servicios. A partir de las premisas de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, no parece factible concebir una figura contractual prescricional que escape a una u otra categoría.

En este esquema el anteproyecto prescindía del tradicional contrato de gestión de servicios públicos. A ello se refiere la exposición de motivos cuando afirma: *«En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras, y que podrá tener por objeto servicios que no sean públicos siempre y cuando los mismos sean de la titularidad o competencia de la Administración.»*

A raíz de dicha preterición, en líneas generales, el texto que fue sometido a consulta equiparaba –en cuanto a su régimen jurídico– el contrato de concesión de servicios al de gestión de servicios públicos. Así se sostiene con rotundidad en su disposición adicional trigésima sexta: *«Las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley»*. Y así se apreciaba con nitidez de la lectura del Capítulo III del Título II del Libro Segundo, en el que el régimen del contrato de concesión de servicios es claramente heredero del contrato de gestión de servicios públicos. Por su parte, la regulación del contrato de servicios (Capítulo V del mismo título) no

ofrece grandes novedades, más allá de la introducción de un precepto (artículo 310) acerca de las especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos.

En la valoración de esta decisión normativa no puede orillarse la importancia que la noción de servicio público ha tenido y tiene en el Derecho continental, como elemento vertebrador, no solamente de la contratación, sino en general de la actividad de los poderes públicos. Desde la Escuela de Burdeos, para la que la noción del servicio público sustituye el concepto de soberanía como fundamento del Derecho público, dicha noción abarca toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.

Pronto reflejado en la doctrina del Consejo de Estado francés (asunto *Terrier*, de 6 de febrero de 1903), el concepto de servicio público se traslada con naturalidad al ámbito de la contratación, en la medida en que, para hacer frente a su responsabilidad de garantizar la prestación regular a los ciudadanos de los servicios englobados en dicho concepto, la Administración, además de poder realizar la actividad por sí misma, puede asegurarse su ejecución por terceros a través de la gestión contractual. Ésta ha dado lugar a la construcción de los principios inspiradores de la prestación de los servicios públicos, que de nuevo debemos, en buena medida, a la doctrina francesa y entre los que destacan los principios de continuidad, igualdad y mutabilidad. Tales principios están presentes en nuestra legislación de contratación administrativa, en el texto refundido actual a propósito del contrato de gestión de servicios públicos.

El desplazamiento de la noción de servicio público como elemento diferenciador de las dos modalidades contractuales aludidas, para poner el foco en un aspecto, sin duda, importante, pero de índole organizativa, como es si se transfiere o no el riesgo operacional, es el germen de diversas distorsiones. Al fin y al cabo, si el adjudicatario asume o no el aludido riesgo es una cuestión capital para regular las relaciones entre las partes en el contrato, pero sin impacto directo en los ciudadanos destinatarios de los servicios públicos, en beneficio de los cuales ha de garantizarse la continuidad e igualdad en la prestación. Tales distorsiones pueden reconducirse a dos:

a) En el contrato de concesión de servicios rigen las reglas propias del contrato de gestión de servicios públicos, pese a que, como reconoce la propia exposición de motivos, aquel contrato puede tener por objeto servicios no públicos. Los problemas derivados de esta circunstancia se estudian al hilo del contrato de concesión de servicios.

b) En el contrato de servicios no se establecen las garantías propias del servicio público, para el supuesto de que sea la vía por la que se articule, en el caso de que no recaiga sobre el adjudicatario el riesgo operacional.

Por lo que se refiere, en concreto, a este último tipo contractual, es cierto que el artículo 310 del anteproyecto regula las especialidades aplicables en el supuesto de prestaciones directas a favor de los ciudadanos. Así, el apartado 2 de este precepto, inspirado en el artículo 280 del actual texto legal vigente (en sede del contrato de gestión de servicios públicos), dispone:

«El pliego podrá prever para el adjudicatario de un contrato de servicios de esta naturaleza, las obligaciones de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y de entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.»

Ahora bien, esta previsión no resulta bastante para hacer frente a las limitaciones y disfunciones que resultan de la apelación al contrato de servicios en la gestión de servicios públicos en que no se transfiera riesgo operacional. No se prevén en el contrato de servicios prescripciones (que sí se recogen para los servicios públicos objeto de concesión) como la inembargabilidad de los bienes en tanto que afectos al servicio público (artículo 289.3), el secuestro o la intervención, en relación con el incumplimiento del contratista, atendida su vinculación con el servicio y el interés públicos (artículo 291) o la inclusión entre las causas de resolución del contrato del rescate y la supresión del

servicio por razones de interés público (artículo 292.c) y d) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (artículo 293). Asimismo, ante la falta de previsión legal respecto del contrato de servicios, tampoco resultarán ejercitables por la Administración las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere por tratarse de servicios públicos y que la legislación acota al contrato de gestión de los mismos. Entre las mismas, cabe mencionar las potestades de ordenación y dirección del servicio público o de control sobre el mismo, todas ellas reconocidas en la normativa local.

El Consejo de Estado llamaba la atención sobre el hecho de que no resultaba sencillo encontrar una solución a los problemas expuestos.

La reinscripción de la figura del contrato de gestión de servicios públicos es una opción que no debe ser desdeñada. Pero hay que tener en cuenta dos factores ineludibles:

a) Dado el alcance casi omnicomprendivo del contrato de servicios, siempre que al adjudicatario no le sea transferido el riesgo operacional, no tiene un encaje visible una nueva figura contractual si se pretende que, como sucede en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, no esté sujeta a regulación armonizada. Dicho de otro modo, un eventual contrato de gestión de servicios públicos tendría que estar sometido a las garantías de publicidad, igualdad y concurrencia en la adjudicación así como a los medios de reacción frente a actos vulneradores de estos principios, en los términos previstos en las directivas europeas.

b) Esta modalidad contractual, añadida al contrato de concesión de servicios y del de servicios, no eximía de depurar en la regulación del primero aquellas previsiones cuya aplicación no resulta procedente si el concedido no es un servicio público.

Ante estas dificultades, el Consejo de Estado señaló que se presentaba otra alternativa a la legalmente proyectada que ofrecía mayores ventajas. En concreto, se dijo en el dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, que cabría mantener la tipificación contractual del anteproyecto, basada en la diferenciación entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios, estableciendo para cada uno de ellos una regulación de sus efectos, extinción y cumplimientos inspirada en la hipótesis de que el servicio de que se trate no sea

público. Esta regulación debía completarse con unas especialidades –comunes a ambos tipos contractuales– para el supuesto de que el servicio concedido o adjudicado tenga la naturaleza de servicio público. Cabía, incluso, pensar en la posibilidad de que el contrato de servicios, cuando recaiga sobre un servicio público, adopte la forma de la gestión interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta, que forman parte de la tradición del Derecho administrativo español. Todo ello, llevó al Consejo a estimar conveniente la reevaluación del anteproyecto de ley de contratos del sector público con vistas a resolver las disfunciones mencionadas, por cuanto la dicotomía entre el contrato de concesión de servicios y el de servicios no puede redundar en la merma de la regularidad y continuidad en la prestación de los servicios públicos.

Por otra parte, la introducción del requisito del riesgo operacional como elemento definidor de las concesiones plantea la cuestión de si de ello se deriva la exclusión o limitación del derecho del concesionario a obtener el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, que comporta una limitación de dicho riesgo. En el concepto actual de las concesiones, el riesgo y ventura implica, al menos, la traslación al menos del riesgo de explotación, como señaló la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre concesiones en el Derecho comunitario de 29 de abril de 2000, aunque de ordinario comprende un riesgo originario –el derivado del nacimiento del propio contrato, vinculado a un eventual error de cálculo por parte del contratista cuando formula su oferta– y un riesgo funcional –determinado por las incidencias internas y externas a la relación contractual existentes durante su duración–.

XI. SOBRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN LA PROYECTADA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de llamar la atención sobre las transformaciones del concepto de contrato de concesión de obra pública. Lo hizo ya en los dictámenes 3.205/2003, de 20 de noviembre, 635/2005, de 5 de mayo, y 660/2014, de 17 de diciembre, y lo ha hecho en 2016 al emitir los dictámenes 1.115/2015 y

1.116/2015, de 10 de marzo, que tuvieron como objeto los anteproyectos de ley de los denominados vulgarmente sectores excluidos y contratos del sector público respectivamente.

En el contrato de obras, el contratista construye la obra y la entrega por un precio a la Administración, quien la explota. En la concesión de obras, además de construirlas, la financia y explota durante un período, compensándose de la inversión por los precios que obtiene de los usuarios o de las cantidades abonadas por la Administración. Por ello, como puso de manifiesto el Consejo en reiteradas ocasiones (por todas, los dictámenes números 4.464/98, de 22 de diciembre, y el de 5 de diciembre de 2001) –y han reiterado la doctrina como la jurisprudencia–, este tipo de concesión tiene un carácter mixto en el que indisolublemente se presentan perfiles propios de la concesión de obra pública y de servicio público, constituyendo un tipo intermedio. Los primeros perfiles se hacen especialmente patentes en la fase de construcción de la obra y los segundos, en la fase de explotación y conservación.

El artículo 14 del anteproyecto de ley de contratos del sector público define el contrato de concesión de obras. En concreto, en su apartado 1, se dice que «la concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas prestaciones a que se refiere el artículo anterior (que define el contrato de obras), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio».

La nueva regulación que contiene el anteproyecto de ley de contratos del sector público presenta perfiles diferenciadores del contrato de concesión de obra pública clásica, cuyos orígenes se remontan a los albores de la modernidad y que fue regulada primero en la Ley de 1877 y posteriormente, tras ser suprimido, por la legislación de 2003. En efecto, en su configuración tradicional, la explotación de la obra era la contraprestación que recibía el concesionario por su construcción y dicha explotación se hacía a su riesgo y ventura, si bien éste podía mitigarse –e incluso llegar a casi suprimirse– mediante la articulación de diversos mecanismos.

La regulación proyectada altera estas dos reglas básicas. En primer término, junto al hecho de que la explotación de la obra pueda ser la contraprestación que recibe el concesionario por su construcción, la nueva regulación permite que la explotación sea el objeto mismo de la concesión. Esta configuración no era extraña a nuestro ordenamiento por cuanto estaba ya acogida en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción y explotación de autopistas en régimen de concesión, pero no tenía carácter general.

La singularidad de que la explotación de la obra no sea sólo la contraprestación que recibe el concesionario por su construcción sino que constituya su objeto mismo tiene como consecuencia que la duración y las condiciones técnicas y económicas de la explotación no tienen como condición retribuir estrictamente la obra hecha sino que adquieren autonomía que la hacen partícipe de determinadas características de la concesión de los servicios. Se trata, en síntesis, de un contrato con un doble contenido: la realización de una obra y su explotación. En sus inicios, es un contrato que participa de las características del de obra y que sólo cuando concluye adquiere algunos perfiles propios del antiguo contrato de gestión de los servicios públicos a los efectos de la obligación del contratista. Esta característica hace que la retribución que puede percibir el concesionario por la prestación del servicio no esté ni limitada por el valor de la obra pública construida, ni asegurada su compensación.

En esta última circunstancia, en que el concesionario de obra pública no tenga asegurada la recuperación de las inversiones hechas ni el pago de los costes en que haya incurrido, se concreta la introducción como elemento definidor de la figura del llamado riesgo operacional (artículo 14.4). Es esta la segunda alteración de las reglas básicas tradicionales.

En el concepto tradicional, la concesión de obra pública pivota sobre su configuración como una *locatio operis* —el riesgo y ventura— que no es sino la expresión normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra precio fijo o alzado. En otros términos, su esencia radica en el riesgo y ventura que asume el contratista y que significa tres cosas: que la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autoriza al contratista a desligarse del contrato; que no le da derecho a pretender su modificación y, en fin, que los riesgos anteriores al pago han de ser soportados por el

propio contratista. No obstante, el principio de riesgo y ventura –que alcanza su plenitud para la construcción de la obra pública– cede en la fase de gestión, pues prevalecen en ella otros perfiles más propios del servicio público. Queda modulado por la idea de compensación económica (equilibrio económico-financiero), hasta el punto de ser uno de los elementos caracterizadores básicos de la figura.

El equilibrio económico de la concesión administrativa es un concepto jurídico indeterminado que informa y caracteriza las relaciones entre la Administración concedente y el concesionario privado no como un mero intercambio de prestaciones sino como una forma de colaboración para la consecución de un mismo fin. Se justifica en el interés público al que atiende el servicio objeto de aquélla. Como consecuencia de ello, el equilibrio económico en el seno de una concesión asegura la conmutatividad de las prestaciones y la existencia de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas en consonancia con la «honesto equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige» (*Arrêt* de 11 de marzo de 1910, del Consejo de Estado francés, *Cie. Française de Tramways –arrêt Blum–*). El equilibrio económico despliega su eficacia en relación con ambas partes –frente a concepciones trasnochadas que lo ceñían a favor del concesionario– como evidencian los artículos 258 y 282 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Ambas nociones –riesgo y ventura y equilibrio económico financiero– no son incompatibles. Antes al contrario juegan coordinadamente en el ámbito de las concesiones; con una mayor intensidad en las de servicio público y mixtas de obra y servicio público, como son las de autopistas y, en una menor intensidad, en las de obra pública. En efecto, el equilibrio económico constituye un mecanismo que tiene su límite natural en el riesgo y ventura, que sigue constituyendo el elemento definidor básico de la institución concesional. El juego de ambos asegura la vigencia de los principios de reciprocidad, conmutatividad, equivalencia de prestaciones, rendimiento económico para la Administración y el de proporcionalidad entre las prestaciones debidas (*Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1998*). El riesgo y ventura impide que el equilibrio económico se convierta en una garantía ordinaria total de los intereses de la empresa, trasladándolos íntegros al Erario público en contra de lo que constituye la

esencia misma de la institución y sus límites naturales –como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1987–.

Lo que no cabe en este esquema legal hasta hoy vigente, por tanto, es la inexistencia –de manera absoluta– del riesgo y ventura y su sustitución por una aplicación del equilibrio económico que lo deje sin efecto. Así lo puso de manifiesto la exposición de motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de obras públicas, al decir «la asunción de riesgo en “proporción sustancial” por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación» y lo ha dicho este Consejo en varias ocasiones (entre otros, el dictamen de 5 de diciembre de 2001). Y es que la supresión del riesgo y ventura «ha sido puesta en cuestión doctrinalmente, al estimar, con toda justicia, que hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado el “alea normal del contrato”, es decir, la pérdida o el beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa y los traslade a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio y, en esta hipótesis, contrario a los intereses públicos y a los principios de la justicia eterna (SSTS de 2 de julio de 1873 y de 25 de marzo de 1915), lo que representa un interpretación que conduce al absurdo» (*Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1985*). La inexistencia completa del riesgo y ventura en una relación concesional comporta, en consecuencia, que no se esté ante tal figura sino ante otra distinta; en concreto, ante un contrato de servicios.

En el esquema señalado, el riesgo es compatible, sin embargo, con la asunción por parte del Estado del coste de explotación de la concesión con el fin de disminuir el precio que debe pagar el usuario. Ahora bien, esta remuneración no puede tener el efecto de eliminar el riesgo de explotación que corresponde al concesionario, so pena de su recalificación como contrato. El riesgo tiene, por otra parte, de ordinario su límite en la no pérdida, esto es, en la compensación de la inversión efectuada. Lo que no puede asegurarse es un beneficio, un rendimiento positivo, al concesionario desvinculado causalmente del uso efectivo de la infraestructura. El concesionario puede ver ceñido su beneficio a lo que es la recuperación del coste de la inversión efectuada. En otros términos, aunque la vinculación de las remuneraciones al operador económico por el uso o frecuencia del servicio sea

un elemento significativo, lo determinante para apreciar la existencia de una concesión de servicios es que se haya transferido al concesionario la responsabilidad de la explotación. En consecuencia, en los casos en que la retribución al concesionario está vinculada al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios no cabe hablar de la existencia de una concesión si desaparece el riesgo de explotación. Depende de la existencia de riesgo de explotación el que el contrato sea de concesión o, en su ausencia efectiva, de servicios.

Pues bien, el esquema expuesto se ve radicalmente modificado en la regulación proyectada a resultas de la incorporación de las previsiones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

El artículo 2.1.a) de esta Directiva define la concesión de obras públicas como «un contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago». El apartado b) del mismo precepto define la concesión de servicios como «un contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago».

El párrafo segundo del precepto añade:

«La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de concesión. La parte de los riesgos

transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».

Conforme con la Directiva –que ha recogido en este punto la jurisprudencia comunitaria consolidada sobre la materia (*Sentencias de 10 de septiembre de 2009, asunto Eurwasser, apartados 59 a 67; de 10 de marzo de 2011, asunto Privater y de 10 de noviembre de 2011, asunto Norma A, Dekom*)–, el rasgo diferencial que caracteriza a la concesión frente a otros contratos es la transferencia real del riesgo en la construcción de la obra o la prestación del servicio, de modo que el concesionario pueda no recuperar la inversión hecho o no cubrir los costes de la explotación.

Las previsiones señaladas son incorporadas al artículo 14 del anteproyecto de ley de contratos del sector público; en especial, en sus apartados 3 y 4. El Consejo de Estado llamó la atención en su dictamen sobre el hecho de que las nuevas determinaciones trastocan la regulación vigente. Esta hacer pivotar la figura concesional en el siempre delicado equilibrio entre el riesgo y ventura en la ejecución de la obra y la prestación del servicio y el derecho al equilibrio económico de la concesión. Sin embargo la proyectada va mucho más allá al tomar como gozne de la institución concesional el riesgo operacional. La existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión en el Derecho español –de tal manera que el margen de beneficio planteado en el estudio económico financiero se mantenga estable en términos económicos durante la vida del otorgamiento– choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional y por eso desaparece en el nuevo régimen. Este, como se ha dicho, existe cuando no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes, afirmando que la aplicación de la regulación de concesiones es improcedente en los casos en que se alivie al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes. A la vista de estas previsiones, la nueva regulación priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales.

Así las cosas, el Consejo de Estado, aun considerando adecuada la regulación proyectada en el citado anteproyecto de ley, señaló que

era conveniente establecer una más detallada del contrato de concesión de obra pública; en especial, en lo tocante a la determinación del cálculo del riesgo de explotación debido a las dificultades apreciadas para fijarlo en diversos casos sobre los que ha tenido ocasión de pronunciarse este Cuerpo Consultivo (dictámenes 1.115/2015 y 1.116/2015). Esta recomendación no se ha plasmado en el texto finalmente remitido a las Cortes Generales, pero el Consejo debe reiterarla con el fin de evitar dificultades interpretativas futuras.

En todo caso, la regulación proyectada resta ajena por completo a las obras realizadas en las concesiones de dominio público, que se siguen rigiendo por la legislación patrimonial y los principios propios de ésta.

XII. SOBRE LAS FUNCIONES DE HOMOLOGACIÓN, VERIFICACIÓN, INSPECCIÓN Y CONTROL DE BIENES Y SERVICIOS

Con ocasión de su labor consultiva, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de comprobar la consolidación de un proceso que viene fraguándose desde hace años (en especial, en el dictamen recaído en el expediente 694/2016, de 10 de noviembre). En concreto, la asunción por parte organizaciones de base privada del ejercicio de funciones públicas de homologación, verificación, inspección y control que correspondían tradicionalmente a la Administración.

El fenómeno está generalizado y aun impulsado por Unión Europea en las últimas décadas. No es sin embargo desconocido por la historia de la legislación administrativa. Comenzó en relación con las funciones de control de seguridad y calidad industrial. Frente a las pretensiones de control pleno de la técnica en dichos ámbitos por parte del Estado –desarrolladas sobre todo en España y en Francia– y al modelo inglés de abandono de dicha materia en manos de particulares, el Derecho alemán generó un modelo intermedio en el que la regulación, la verificación, la inspección y el control de los productos industriales, primero, y técnicos, después, se encomendaba a entidades privadas, quienes gestaban las normas definidoras de sus características, con efectos públicos.

Nuestro ordenamiento jurídico se incardinaba en el primero de los modelos citados como se ha señalado. Utilizaba con carácter exclusivo diversas técnicas para las labores de verificación, inspección y control tales como la autorización –acto por el que permitía el uso de un producto valoración de la oportunidad en relación con el interés específico que lo autorizado tenía–, la admisión –acto por el cual se incorporaba un producto a un determinado ámbito del tráfico–, el permiso o la dispensa –acto por el que se eximía a un producto de cumplir determinados requisitos predeterminados por la ley–, la aprobación y, en fin, la licencia –acto de comprobación de cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma–. Ninguna de estas técnicas ha desaparecido y todas conservan su vigencia. La Administración sigue estando habilitada para dictar órdenes, expedir certificaciones, efectuar comprobaciones e imponer sanciones, conforme a la legislación. Ahora bien, se han visto enormemente disminuidas desde que las labores de comprobación y de inspección han sido encomendadas a entidades privadas. Este proceso ha culminado, con carácter general, en un desplazamiento de las Administraciones públicas en determinados ámbitos de comprobación, control y sanción. Unas veces, dicho desplazamiento se ha producido por la asunción de dichas tareas por entidades privadas y, otras, por organizaciones internacionales, unas veces de base pública y otras de índole privada.

Ahora bien, todo el proceso expuesto tiene dos límites relevantes: de un lado, los productos y servicios deben acomodarse a unas reglas y características que garanticen su seguridad y adecuación a la finalidad a que están destinada y, de otra parte, dichas reglas y características deben ser uniformes a fin de permitir su tráfico, según previene la Organización Mundial del Comercio y otras entidades de ámbito inferior, entre las que se cuenta la Unión Europea. En tal sentido, los organismos internacionales de normalización elaboran normas detalladas de los ensayos aplicables, dejando un amplio margen a la hora de determinar las características definidoras de la seguridad de los equipos. En todo caso, se establecen reglas para eliminar las diferencias en la aplicación de las normas internacionales mediante la fijación de unos requisitos comunes y unos procedimientos de certificación uniformes.

En el proceso descrito, se ha podido apreciar la existencia de diversos hitos. Inicialmente, las labores de verificación y control se

concretaban en certificaciones otorgadas por las distintas Administraciones de los Estados previa comprobación en cada uno de ellos. Los requisitos se acomodaban a las exigencias comunes fijadas por los organismos internacionales. Con posterioridad, las labores de comprobación se siguieron incardinando en el ámbito público, pero estableciendo que las certificaciones expedidas en un Estado —especialmente en un Estado miembro en el caso de la Unión Europea— producían efectos en otros. Las homologaciones y certificaciones expedidas por las Administraciones públicas tenían un eficacia territorial mucho más amplia que las propias Administraciones expedidoras.

El paso siguiente se produjo al encomendar las labores de comprobación, control e incluso de propuesta de sanción a entidades privadas, debidamente homologadas o acreditadas. Así lo estableció, en el ámbito de nuestro derecho —y en especial en el ámbito de la seguridad industrial— el Real Decreto 800/1987, de 15 de mayo o la Ley de Industria de 1992. Las certificaciones y homologaciones privadas de conformidad se configuraron como sustitutivas de las funciones públicas que tenían el mismo objeto. Aparecía así el denominado doctrinalmente «nuevo enfoque», —que arrancó lejanamente de la Sentencia *Rewe Zentral A.G.*, de 20 de febrero de 1979, conocida vulgarmente como Sentencia *Cassis de Dijon*, y que se consolidó con la resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985—. El control pasó a llevarse por los llamados «organismos notificados o acreditados» a los que corresponde verificar las características de los productos y servicios y su conformidad con los requisitos establecidos en las normas técnicas, bien gestadas en el ámbito público, bien en el seno de las organizaciones privadas. El «nuevo enfoque» tenía como finalidad asegurar la libre circulación de mercancías y remover las denominadas medidas de efecto equivalente. Para ello, optaba por el reconocimiento de los productos fabricados conforme a las normas dictadas y a las certificaciones emitidas por cualquiera de los Estados miembros. La armonización de las características de esos productos se llevaba a cabo mediante el establecimiento de unas exigencias mínimas de seguridad por parte de las instituciones europeas, que remitían a su vez a las especificaciones técnicas elaboradas por los organismos europeos de normalización bajo la dirección de la Comisión Europea. El reconocimiento y control de su cumplimiento correspondía primordialmente a entidades colaborado-

ras de las Administraciones públicas nacionales a través de la expedición de certificados de conformidad. Es decir, el mecanismo de certificados de conformidad comportaba el ejercicio de las funciones homologadoras y de control sobre los productos –hasta entonces en manos de la Administración– por los denominados organismos de control (organismos de evaluación de conformidad), a los que se autorizaba para intervenir llevando a cabo ensayos o controles de los productos y expedir certificaciones sobre su conformidad con los requisitos exigidos por las directivas.

Más tarde, la declaración unilateral del fabricante pasó a ser medio suficiente de acreditación del cumplimiento de sus obligaciones. Se trata de un mecanismo en el que confluyen técnicas antiguas –el ejercicio privado de funciones públicas, palmario a la hora de emitir actos de certificación– con otras más nuevas –autorregulación y normalización privada– y al que no es ajeno nuestro derecho (e. g. Ley de Industria, artículo 15).

El último hito en el proceso descrito está en el denominado doctrinalmente «enfoque global». En él, se va más allá. La normalización se ve acompañada, de un lado, por un amplio elenco de alternativas a través de los cuales los fabricantes pueden acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas de sus productos. Esos variados mecanismos de acreditación van desde la declaración unilateral de conformidad hecha por los fabricantes hasta los denominados «módulos de certificación de conformidad» a cargo de entidades de certificación, distintas de las Administraciones públicas, pasando por el mercado CE de conformidad –también hecho por los fabricantes–. El «enfoque global» ahonda pues en la aplicación de los mecanismos de autorregulación, al facultar al propio fabricante para que sea él quien formule la declaración de conformidad del producto conforme a sus criterios propios o que haga uso del mercado CE de conformidad. La labor de comprobación técnica del producto y servicio se realiza por el propio fabricante o prestador del servicio y se acredita mediante la correspondiente declaración de conformidad propia o emitida de acuerdo con las reglas establecidas –mercado o etiqueta CE (Conformidad Europea)–. La concurrencia de los requisitos exigidos para los productos y servicios se instrumenta mediante la correspondiente impronta o el marchamo, que suele presentar dos modalidades, a saber: la marca y etiqueta electrónica. El mercado de los productos

se lleva a cabo por los fabricantes de los productos o los prestadores de servicios. Ahora bien, en unos casos, la intervención del fabricante lo es en el ejercicio de una función pública –cuando la impronta o marchamo es la oficial– y, en otros, lo es el ejercicio de una actividad privada, de que queda al margen completamente de la actividad administrativa. Los casos en que se ha establecido este mecanismo son muchos (ecoauditorías, gestión medioambiental, equipos de aeronaves, equipos marítimos, etc.). No es fácil en muchas ocasiones determinar ni el carácter ni el alcance de la actividad de certificación o verificación llevada a cabo por particulares. Y la distinción no es baladí por cuanto, si se trata del ejercicio de una función pública, los actos de certificación o verificación tienen naturaleza administrativa, su eficacia se proyecta *erga omnes* y están sujetos a la legislación administrativa en lo tocante a su modificación, revocación y revisión. Por el contrario, cuando los citados actos son expresión de una mera actividad privada, su eficacia y las anomalías o patologías de ésta han de reprimirse mediante la aplicación de las normas generales de consumidores o de defensa de la competencia.

En todo caso, la introducción de las técnicas antes citadas no ha comportado la subsistencia en el ámbito de las Administraciones públicas de sus competencias directas de inspección. Labores estas que han de ejercerse siempre por personal que tenga la condición de funcionario público, sin que sea dable encomendar las tareas a vicarios administrativos, terceros ajenos, bien por vía de delegación o encomienda, bien por vía de contrato.

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	3
PRIMERA PARTE: EL CONSEJO DE ESTADO DURANTE EL AÑO 2016	5
I. COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO	7
1. Consejo de Estado en Pleno	7
2. Comisión Permanente	9
3. Comisión de Estudios	10
4. Secciones	10
5. Letradas y Letrados	14
II. FUNCIÓN CONSULTIVA	15
1. Consultas	15
2. Clasificación de los expedientes	16
3. Decisiones recaídas en asuntos dictaminados	41
4. Reuniones	42
5. Ponencias especiales	42
6. Votos particulares	43
7. Mociones	44
III. PERSONAL	44
1. Ex Presidentes	44
2. Consejeros Natos	50
3. Letrados	61
4. Personal administrativo	62
5. Personal laboral	63

	Página
IV. SERVICIOS	63
1. Archivo y Biblioteca	63
2. Informática	66
3. Gestión y Servicios Generales	67
4. Conservación y mantenimiento	70
V. RELACIONES INSTITUCIONALES	72
VI. HONORES Y DISTINCIONES	77
VII. TRIBUNAL DE CONFLICTOS	77
SEGUNDA PARTE: OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS .	85
I. El concepto de reglamento ejecutivo a efectos del preceptivo dictamen del Consejo de Estado	87
II. Las atribuciones del gobierno en funciones	133
III. El desarrollo reglamentario de la ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico	155
IV. La sistemática normativa de las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre	169
V. Colegios profesionales	178
VI. Sobre los problemas y deficiencias en la aplicación del régimen de liquidación y acumulación de condenas penales	193
VII. El alcance de la prórroga presupuestaria y su aplicación a la revalorización de pensiones y otros supuestos	204
VIII. Algunas reflexiones sobre los recargos de prestaciones de seguridad social por infracción de las medidas de seguridad	213

	Página
IX. Responsabilidad derivada del contenido de resoluciones dictadas por los letrados de la Administración de Justicia	223
X. El concepto de riesgo operacional en la proyectada legislación de contratos del sector público ...	232
XI. Sobre el contrato de concesión de obra pública en la proyectada legislación de contratos del sector público	240
XII. Sobre las funciones de homologación, verificación, inspección y control de bienes y servicios ..	247

