

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardos Ruiz
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal. II. Doctrina legal: 1. Disposiciones administrativas de carácter general; 2 Revisión de oficio

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

El régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública está establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que previene:

*«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas».*

Al interpretar dicho precepto legal, la doctrina administrativa (por todos, SANTAMARIA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*,

vol. II, pág. 280) y la jurisprudencia han señalado que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas posee tres rasgos fundamentales. Posee carácter total, por cuanto cubre los daños producidos por la actuación de todos los poderes públicos. Tiene carácter objetivo; esto es, nace con independencia de que la actividad dañosa se hubiera realizado mediando dolo o culpa (frente a la regla general contenida en el artículo 1902 del Código Civil) o de que dicha actividad sea legal o ilegal. Así lo establece el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al señalar que la responsabilidad se produce cuando sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y lo ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia (*Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995 y 5 de diciembre de 1997*). Todo ello sin perjuicio de algunas críticas doctrinales (PARADA VAZQUEZ, *Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 2000, pág. 652 y PANTALEON, «Los anteojos del civilista, hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas» en *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, Madrid, 1994). Y, finalmente, la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene carácter directo y no subsidiario de la de sus autoridades y funcionarios. Así se deduce de lo expuesto en el artículo 145.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que reza:

«Para hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio»

El carácter directo de la responsabilidad tiene como consecuencia que la acción sólo pueda ejercerse frente a la Administración y no frente a las autoridades y funcionarios.

En efecto, los daños indemnizables son causados, en todo caso, por la actuación de las personas físicas que sirven a la Administración ya que ésta, en cuanto persona jurídica carece objetivamente de toda posibilidad de acción en el mundo de la realidad física. Pero, pese a que el daño se cause por una autoridad o funcionario, la acción de responsabilidad debe formularse necesariamente frente a la Administración misma (SANTA-MARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 2002, vol. 2, pág. 282). No cabe ejercerla frente a sus servidores. Así lo establece el artículo 145.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre antes transcrito.

El deber de indemnizar los daños recae pues sobre la Administración, sin que sea dable exigir responsabilidad económica alguna directamente contra el funcionario responsable del servicio. La opción del lesionado de dirigirse directa y personalmente contra el funcionario culpable hay que excluirla, puesto que ya no es posible. Y ello por cuanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sólo contempla la responsabilidad de la Administración (MARTIN REBOLLO, *Leyes administrativas*, Pamplona, 2002, pág.520).

Además, la exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de las Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señaló expresamente que desaparecía toda referencia a la responsabilidad civil del funcionario en relación con el artículo 146 «clarificando el régimen instaurado por la Ley 30/1992, de exigencia directa de responsabilidad de la Administración». En concordancia con ello, dicha Ley 4/1999, de 13 de enero, derogó la vieja Ley de 5 de abril de 1904, relativa a la responsabilidad civil de los funcionarios que, no obstante su teórica vigencia, había caído completamente en desuso. Para poder demandar civilmente a un funcionario, esta Ley exigía, entre otras cosas, declaración judicial previa de la existencia de una infracción legal y una reclamación por escrito de la observación del precepto infringido.

Así pues, la situación está hoy clarificada en el sentido de que, conforme al criterio doctrinal mayoritario sostenido desde 1992 (por todos, GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, pág. 392) no cabe ya la demanda civil contra el funcionario por eventuales daños producidos en el ejercicio de su cargo. Esta solución se ve también ratificada por la nueva redacción dada al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley 6/1998, de 13 de julio.

Interesa llamar la atención sobre el hecho de que, sólo estableciendo la responsabilidad directa de la Administración pública y no la del funcionario actuante, tiene sentido la derogación del artículo 43 de la vieja Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957. Y es que, conforme a este último precepto, *«los particulares (podían) también exigir a las autoridades y funcionarios ... el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos»*. Este precepto permitía que, sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario, el dañado pudiera optar por dirigirse civil y personalmente contra el funcionario responsable, pero sólo en el caso de que hubiera mediado culpa o negligencia grave. La derogación del precepto y la inexistencia de otro similar en la Ley 30/1992, conduciría a que, de admitirse la opción de la demanda civil contra el funcionario, éste

respondiera no sólo por culpa o negligencia graves, sino también por culpa o negligencia leve en los términos previstos en el Código Civil. Y ello no sería lógico en el sentido siguiente: El artículo 145.2 exige a la Administración dirigirse contra el funcionario responsable de daños causados a terceros, por dolo o negligencia grave, a fin de resarcirse de la indemnización pagada por aquélla. De admitirse que el dañado pudiera dirigirse contra el funcionario resultaría que éste respondería más intensamente frente al perjudicado que frente a la Administración en vía de regreso, porque, en la vía prevista en el citado artículo 145.2, es condición de ejercicio de la misma la existencia de dolo o culpa o negligencia graves del funcionario.

La lógica de la solución legal expuesta va, por lo demás, en la línea de garantizar al mismo tiempo la indemnización del dañado, pues la Administración responde en todo caso cubriendo siempre la actividad del funcionario, y de proteger al funcionario, para que sólo responda personalmente en los casos de culpa grave y en vía de regreso que, desde 1999, resulta obligada.

Por otra parte, una vez abonada la indemnización por la Administración, ésta puede ejercer una acción de repetición contra aquéllos de sus agentes a quienes fuere imputable la comisión del daño, siempre que hubiere concurrido dolo, culpa o negligencia grave en su conducta (Ley 30/1992, artículo 145.2). Esta acción es obligatoria según establece la Ley 30/1992, al decir que la Administración «exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido». No obstante, debe señalarse que tal acción no viene siendo ejercida por la Administración en la mayoría de las ocasiones.

La acción en solicitud de indemnización por daños y perjuicios sólo se puede deducir frente a la Administración a través del procedimiento legalmente establecido en el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

La resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial que adopte la Administración, tras seguir el procedimiento correspondiente, es fiscalizable exclusivamente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, con independencia de que la obligación indemnizatoria surja en el seno de relaciones de derecho administrativo o de otra índole.

Consecuencia de que no se puedan ejercer acciones por los particulares directamente encaminadas a obtener un resarcimiento contra las autoridades y funcionarios por los particulares sino que deban dirigirse contra la Administración, es que sólo la jurisdicción contencioso-administrativa

sea la competente para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios que pudieren formularse a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Esta atribución exclusiva al orden contencioso-administrativo ha sido fruto de una azarosa evolución que conviene resumir muy sucintamente para explicar situaciones ya pasadas o en trance de hacerlo.

La atribución exclusiva de las cuestiones de responsabilidad a la jurisdicción contencioso-administrativa se estableció en el artículo 128 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y 3.b) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. Sin embargo, tal atribución no se consolidó, puesto que el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 reinstauró la pluralidad jurisdiccional al establecer que, «cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios».

Al amparo de esta previsión, entre 1957 y 1998, se mantuvo un sistema de pluralidad competencial de órdenes jurisdiccionales, cada uno de los cuales mantuvo, con celo inusual, su ámbito de aplicación, hasta el punto de admitir pacíficamente reclamaciones que sólo muy discutiblemente podían considerarse como propias de la respectiva rama del derecho. Además, dicha pluralidad de órdenes jurisdiccionales competentes permitió además que, por los reclamantes, se formularan, al mismo tiempo, reclamaciones contra las autoridades y funcionarios, exigiendo su responsabilidad personal por las actuaciones desarrolladas y causantes de los daños, y contra la Administración, bien ante los tribunales ordinarios, bien ante los tribunales contencioso-administrativos, en busca de resoluciones favorables a sus intereses. Así fue frecuentísimo que se ejercieran acciones civiles de responsabilidad directamente contra los funcionarios actuantes ante los tribunales ordinarios y, al tiempo, contra la Administración, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por los mismos hechos. Esta situación se hizo especialmente presente en el ámbito sanitario, en donde, al tiempo, se ejercían acciones civiles contra los facultativos de la Seguridad Social ante los tribunales ordinarios y se formulaban demandas de responsabilidad patrimonial frente al INSALUD en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, quiso resolver la cuestión, afirmando que sólo podía exigirse la responsabilidad de la Administración, y no del funcionario, pero no acertó a resolver el problema. El Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial fue más lejos, disponiendo con claridad que las

reclamaciones por daños sólo podían deducirse ante las Administraciones públicas y que las resoluciones en esa materia serían «susceptibles únicamente de recurso contencioso-administrativo, cualquiera que fuera el tipo de relación, pública o privada, de que deriven». Pero, como se ha señalado (SANTAMARIA, pág. 504), el reglamento citado carecía de toda fuerza para incidir en el régimen definidor de la responsabilidad y de la competencia de los tribunales, puesto que es una materia reservada a la Ley.

Así las cosas, el problema se suscitó en el seno de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, la cual, en sus Autos de 7 de julio y 27 de octubre de 1994, se pronunció terminantemente en el sentido de que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la competencia exclusiva para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial había quedado confiada a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta doctrina, sin embargo, no fue acatada, asombrosamente, por las Salas 1.^a, de lo Civil, y 4.^a, de lo Social, del Tribunal Supremo, quienes, orillando lo que establecía la Ley y lo que decía el órgano judicial competente, siguieron aplicando el criterio tradicional de diversidad competencial y de dualidad de acciones, contra el funcionario y contra la Administración.

Para poner fin a la situación, fruto en gran medida de la rebeldía y contumacia en sus criterios de las Salas 1.^a y 4.^a del Tribunal Supremo, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispuso en su artículo 2.e), en tono inusualmente severo, que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el competente para conocer de «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social». Y, para ratificar dicho planteamiento, al mismo tiempo que se aprobaba la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, se modificó el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, estableciendo que «los (juzgados y tribunales) del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas... Conocerán asimismo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive», yendo, incluso, más allá, al establecer que «si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos sus pretensión ante este orden jurisdiccional».

En resumida síntesis de lo expuesto, los particulares no pueden demandar en vía civil a los funcionarios por daños sufridos a consecuencia de las labores desarrolladas en el ejercicio de sus cargos. Los tribunales de justicia deben rechazar, por incompetencia de jurisdicción, las demandas que pudieren presentarse en tal sentido. Los particulares que se consideren lesionados deben formular sus reclamaciones frente a la Administración pública quien resolverá tras seguir el correspondiente procedimiento; dicha resolución será impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, por otra parte, la Administración sólo podrá ejercer la acción de regreso contra los funcionarios si el daño causado lo ha sido por dolo o culpa o negligencia grave.

Es decir, los particulares no pueden demandar en vía civil a los funcionarios que desempeñan labores de supervisión de proyectos por daños sufridos a consecuencia de las labores desarrolladas en el ejercicio de sus cargos. Si se consideran dañados han de dirigirse contra la Administración.

La responsabilidad directa de la Administración Pública en el caso de daños causados por sus funcionarios, unas veces, es asumida y abonada directamente por aquélla, quien decide tras tramitar el correspondiente procedimiento administrativo; y, en otras ocasiones, se concierta un seguro con una entidad privada en la que la entidad pública aparece como tomadora y asegurada.

La celebración de un contrato de seguro a fin de cubrir la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es hoy cuestión pacífica y admisible en derecho. Frente al criterio sustentado por la Dirección General de Seguros que afirmó, en una resolución de 26 de junio de 1996, que «no resulta posible concertar un contrato de seguro privado que cubra la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», se ha extendido el criterio doctrinal, ratificado por la práctica administrativa, de que cabe concertarlo con tan específico objeto (por todos, HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2002, pág. 72 y ss. y MONTORO Y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Barcelona, 2002).

1. ACCIÓN DE REGRESO CONTRA EL FUNCIONARIO CAUSANTE DEL DAÑO

Ha quedado expuesto que el lesionado no puede dirigirse contra el funcionario causante de los daños; debe hacerlo directamente contra la Administración. Ahora bien, como también se ha expresado, una vez abonada la indemnización por la Administración, ésta debe ejercer una

acción de repetición contra aquéllos de sus agentes a quienes fuere imputable la comisión del daño, siempre que hubiere concurrido dolo, culpa o negligencia grave en su conducta (Ley 30/1992, artículo 145.2). Esta acción es obligatoria según establece la Ley 30/1992, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, al decir que la Administración «exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido». No obstante, debe señalarse que tal acción no viene siendo ejercida por la Administración en la mayoría de las ocasiones.

La Administración debe dirigirse contra el funcionario causante del daño. A tal fin, cuenta con una acción de regreso legalmente configurada. Ahora bien, el ejercicio de dicha acción de regreso no permite a la Administración reclamar al funcionario causante de los daños todos los que haya abonado al lesionado: ha de tratarse de daños causados concurriendo dolo, culpa o negligencia grave. Así pues, es preciso distinguir entre tres clases de daños, a saber: los causados por dolo, culpa o negligencia grave del funcionario actuante; los originados por culpa leve o levísima del funcionario y los producidos por simple riesgo.

La distinción indicada no es baladí. Y ello por cuanto la Administración sólo está obligada a ejercer la acción de regreso en el caso de los primeros. En efecto, si los daños ocasionados por la Administración fuesen imputables en todo caso a los funcionarios intervinientes y la Administración estuviera obligada siempre a ejercer contra ellos la acción de regreso, se produciría una natural reluctancia de aquéllos a actuar en los ámbitos más propicios a ocasionar dichos daños. Por ello, la Ley ha considerado preciso garantizar a los funcionarios un margen de negligencia excusable, dentro del cual pueden actuar sin responsabilidad personal, aún en vía de regreso. Otras veces, se parte de la idea de que la Administración es una vasta organización impersonal en la que, a veces, resulta muy difícil localizar a quién es imputable la negligencia que ha ocasionado la irregularidad en el funcionamiento del servicio. Por eso, trabajosamente se ha construido la denominada *teoría de la falta del servicio*, que distingue entre irregularidades del servicio público de dos clases, a saber: una, la irregularidad separable (*faute détachable*), grave e imputable directa y personalmente al funcionario, que permite a la Administración pública ejercer la acción de regreso, y otra, la irregularidad anónima, impersonal, difícilmente localizable en funcionario concreto y predicable genéricamente del servicio o la irregularidad imputable, pero leve y justificable (*faute incluse* o falta del servicio), que debe ser asumida en todo caso por la Administración.

La Administración puede pues ejercer la acción de regreso contra el funcionario causante de los daños cuando éstos han sido causados por dolo, culpa o negligencia grave. En otro caso, debe asumir el coste de la reparación.

Por dolo debe entenderse intención, voluntad de hacer, «propósito consciente, intencionado» de causar un daño o eludir el cumplimiento de un deber (*Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1934*). Por culpa o negligencia grave, falta del más mínimo cuidado, omisión del deber de cuidado a todos exigibles, ausencia de la prudencia más general.

La limitación legal del presupuesto habilitante para que la Administración pueda ejercer la acción de regreso a los casos de dolo o culpa o negligencia grave, comporta que los daños originados por culpa leve o levísima del funcionario y los producidos por simple riesgo tengan que ser costeados por la Administración. Por culpa leve debe entenderse la omisión de la diligencia norma y por culpa levísima, la que sólo observan las personas más cuidadosas. Por riesgo, la situación de peligro que puede concretarse en un daño cuando dicho peligro no se ha creado de manera infundada.

En síntesis, los daños causados por un funcionario a un tercero y abonados por la Administración, sólo le pueden ser reclamados por ésta cuando se han provocado intencionadamente o faltando a las más mínimas reglas de cuidado, que denotan una ausencia completa o casi completa de atención. En tal sentido, es de señalar que esta responsabilidad se rige por la regla general, la del artículo 1902 del Código Civil, si bien interpretada de manera más restrictiva (MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo*, tomo II, Pamplona, 1999, pág. 426). Es decir, sólo en casos muy concretos y escasos, puede ejercer la acción de regreso la Administración.

La acción de regreso debe limitarse, por lo demás, al reintegro de los daños causados por dolo o culpa grave, de tal suerte que aquéllos coetáneos que pudieren haberse producido por culpa leve o levísima no son reintegrables.

El ejercicio de la acción de regreso se dilucida en vía administrativa y no en vía jurisdiccional civil. La Administración debe acordar la iniciación de un procedimiento administrativo contra el funcionario a fin de ejercer la acción de regreso, sin necesidad de acudir ante los tribunales ordinarios para resarcirse de lo abonado. No existe un procedimiento específico en el ámbito de la Administración Civil para exigir el resarcimiento –frente a lo que ocurren en el ámbito de la Administración militar o Guardia Civil–, pero el seguido es análogo en cuanto a su tramitación. Una vez iniciado el procedimiento, debe notificarle la cantidad que se le reclama y los hechos de que trae causa tal reclamación para que el encartado pueda formular

alegaciones y proponer las pruebas que considere de su interés. Practicadas éstas, le concede audiencia e, inmediatamente después, se formula la correspondiente propuesta de resolución. La resolución se dicta por el Ministro, en el caso de funcionarios de la Administración General del Estado, o por el presidente o director del organismo, si se trata de una entidad pública. Si se acordara la obligación del funcionario de resarcir a la Administración, éste debe abonar la cantidad debida en el plazo señalado en la resolución o, en su defecto, con arreglo a los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación. Si no lo hace efectivo dentro del término pertinente, la Administración puede acordar directamente el embargo de sus bienes.

2. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y ACTUACIÓN DELICTIVA DEL FUNCIONARIO O AUTORIDAD

El régimen de resarcimiento expuesto aparece presidido por la idea de la unificación de la responsabilidad administrativa y la responsabilidad del funcionario, de tal suerte que, frente al lesionado, ésta queda embebida en aquélla. El lesionado no puede dirigirse contra el funcionario. Ahora bien, queda al margen en la citada unificación la responsabilidad civil derivada de delito, que puede ser declarada con carácter subsidiario, respecto de la Administración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 del Código Penal (por todos, CANSINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Madrid, 1998).

En efecto, para resarcirse de los daños que hubiere sufrido a consecuencia del actuar ilícito, el perjudicado por un delito cometido por un funcionario público puede optar entre dirigirse contra el propio funcionario, ejerciendo la acción penal y civil derivada del delito o falta, o bien dirigirse directamente contra la Administración. En otros términos, la posibilidad antes expuesta de que el lesionado no tiene posibilidad de accionar contra el funcionario público causante de los daños tiene un límite: el que la actuación del funcionario responsable sea constitutiva de delito o falta.

Es posible —y aún frecuente— que los lesionados por una actuación administrativa se dirijan directamente contra el funcionario en vía penal, al considerar que su actuación constituye un delito o falta. Al ejercer la acción penal, instan también la declaración de responsabilidad civil del acusado y, subsidiariamente, de la Administración. Prácticas de este tipo son frecuentes. Unas veces porque la actuación del funcionario actuante reviste *prima facie* caracteres de ilícito penal y otras muchas ocasiones,

bien por cuanto los profesionales del foro desconocen las normas administrativas de la responsabilidad patrimonial, bien por cuanto existe la difundida idea –aunque no por ello cierta– de que la jurisdicción penal es más rápida y expeditiva para obtener una indemnización. En la mayoría de los casos, al ejercer acciones penales contra los funcionarios, no se busca tanto la sanción criminal cuanto obtener un resarcimiento de los daños. Se trata de un ejercicio desviado de la acción penal, que se aleja de los límites que le son propios, pero al que la práctica jurídica, la distorsión de las instituciones y el no siempre adecuado funcionamiento de los tribunales de justicia que la admiten han dado carta de naturaleza.

El ejercicio de acciones penales –y al tiempo civiles– contra los funcionarios por hechos cometidos en sus cargos está siempre a disposición de quienes se consideran perjudicados. En estos casos, los lesionados presentan denuncias o interponen querellas contra los funcionarios y, al tiempo, solicitan cantidades económicas, en concepto de responsabilidad, a fin de indemnizarse de los daños que dicen haber sufrido.

Varias son las cuestiones de interés que, al socaire del tema expuesto, deben ser analizadas, a saber: la de si son admisibles dichas reclamaciones de responsabilidad frente al funcionario por daños que se consideran consecuencia de ilícitos penales; la atinente al procedimiento para exigir dicha responsabilidad; la atinente a la naturaleza de la responsabilidad de la Administración en estos casos; la de si puede Administración asumir directamente lo que es responsabilidad subsidiaria y, finalmente, la de si puede tramitarse un expediente administrativo de resarcimiento de los daños reclamados en vía penal al funcionario cuando todavía no se ha ultimado el proceso penal contra éste.

La primera de las cuestiones suscitadas, la de si son admisibles dichas reclamaciones de responsabilidad frente al funcionario por daños que se consideran consecuencia de ilícitos penales imputables a ellos ha de responderse afirmativamente. La doctrina, la doctrina administrativa (*Memoria del Consejo de Estado de 1999*, pág. 154) y la jurisprudencia han señalado que la jurisdicción penal es preferente a cualquier otra, de tal suerte que, pudiendo ejercerse, por imperativo del artículo 120 del Código Penal, la acción civil junto con la penal, es claro que instada ésta lo puede ser en toda su amplitud, incluso, la civil tendente al resarcimiento de los daños.

En tal sentido, se ha puesto de manifiesto que la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no ha alterado el régimen tradicional en esta materia. Es más, un análisis de la legislación dictada en la última década pone de manifiesto la voluntad del Legislador de conservar tal posibilidad.

Así, en el proyecto de Código Penal de 1992, se estableció un sistema de responsabilidad patrimonial directa del Estado para el caso de delitos cometidos por los funcionarios. Dicho sistema, decía el proyecto, «habrá de exigirse directamente de la Administración responsable por el procedimiento establecido en su legislación propia». Se proponía así llevar a la vía administrativa y contencioso-administrativa la responsabilidad civil del Estado por delitos o faltas de los funcionarios. Se trataba de un proyecto que intentaba sintonizar al máximo con la regulación contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Frente a tal intento, se alzaron voces que se opusieron a la escisión entre el pronunciamiento penal y el estrictamente reparador y que rompía con el sistema tradicional, subrayando que la resolución conjunta e íntegra de las pretensiones civil y penal representa un alivio para la víctima. Si la unificación de régimen contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y antes expuesta, alcanzara a la responsabilidad civil derivada de delito, se decía, el perjudicado quedaría obligado a emprender un «peregrinaje» jurisdiccional cifrando sus esperanzas resarcitorias en el agotamiento de las vías administrativas y contencioso-administrativas, a parte del ejercicio de la acción penal; la Administración, se añadía, quedaría en situación de privilegio frente a otras personas y entidades que ostentasen la condición de responsables subsidiarios. Consecuencia de ello fue que el proyecto de Código Penal de 1994 volviera al sistema de responsabilidad subsidiaria de la Administración, «sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», sistema que se mantendría en la versión finalmente aprobada del Código Penal. También en la legislación posterior, se refleja la renuncia del legislador a la unificación de la responsabilidad civil derivada del delito. Son significativos, en este sentido, los términos de la exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tras aludir, en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, a los «principios de su peculiar régimen jurídico» y a la unidad de procedimiento administrativo para su exigencia, se añade que «parece muy conveniente unificar la doctrina para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción contencioso-administrativa, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal». Esa misma línea es, en fin, la seguida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que remite la exigencia de responsabilidad derivada del delito a lo previsto en la «legislación correspondiente». Por todo ello, la práctica judicial, el Consejo de Estado y la doctrina vienen afirmando la posibilidad de que el

lesionado pueda ejercer acciones penales y, conjuntamente, civiles resarcitorias contra quienes son, a su parecer, responsables de conductas criminales.

La segunda cuestión que debe analizarse es la del procedimiento a seguir para ejercer contra el funcionario la acción civil derivada de delito. «Toda personal criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios», reza el artículo 116 del Código Penal. Este precepto atribuye al perjudicado por un delito, además de la acción penal, otra, de carácter civil, tendente a obtener la reparación del daño sufrido.

Las acciones penal y civil derivada de delito pueden ejercerse conjuntamente, esto es, al tiempo, de tal suerte que el Tribunal penal decide sobre la responsabilidad penal y, caso de apreciarla, fija el importe de la responsabilidad civil. Pero también, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 111), el perjudicado por un delito puede reservarse expresamente el ejercicio de la acción civil a fin de ejercerla separadamente ante los tribunales ordinarios, después de terminado el juicio criminal.

El régimen indicado no sufre modificación alguna por el hecho de que el acusado sea funcionario público por actuaciones cometidas con ocasión del ejercicio de su función y los daños reclamados consecuencia de su hacer. El lesionado puede ejercer contra el funcionario conjuntamente las acciones penal y civil derivada de delito. Puede, también, reservarse expresamente el ejercicio de la acción civil y, una vez terminado el proceso penal y declarada la responsabilidad criminal del funcionario, accionar contra él civilmente ante los tribunales ordinarios. Se trata del único caso en que se puede demandar a un funcionario por daños causados con ocasión de su actuación y en el que no hay que dirigirse, imperativamente, contra la Administración –que es la regla general como se ha expuesto antes–.

En estos casos, la querrela se encamina contra el funcionario y contra la Administración que, como se verá, es responsable subsidiaria de los daños causados por aquél conforme al artículo 121 del Código Penal. Interesa destacar, por último, que la responsabilidad civil del funcionario por los daños causados con ocasión de la comisión de un delito se rige por las previsiones del Código Civil y no por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de tal suerte que los presupuestos, requisitos, condiciones y alcance deben determinarse con arreglo a las reglas de la culpa extracontractual civil.

Otra cuestión a abordar es la atinente a la naturaleza de la responsabilidad de la Administración en los casos en que se ejercen acciones penales

y civiles contra los funcionarios, por actuaciones realizadas en el ejercicio de su cargo. El artículo 121 del Código Penal previene, en este sentido, que:

«El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos fueren autoridad, agentes y contratistas de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad de indemnizaciones».

Con base en transcrito precepto, en los procesos penales iniciados contra funcionarios por hechos cometidos en el ejercicio de sus cargos, las Administraciones públicas intervienen en las actuaciones como responsables civiles subsidiarios, con lo que ello comporta. Es decir, sólo abonan las indemnizaciones en el caso de que el patrimonio del condenado resulte insuficiente, de tal suerte que la situación del funcionario resulta desalentadora. Sin embargo, es preciso hacer alguna matización.

Antes de la entrada en vigor del vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, la norma aplicada para establecer la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de los delitos y las faltas cometidos por los funcionarios públicos era el artículo 22 del Código Penal de 1973. El párrafo primero del citado artículo extendía la responsabilidad civil subsidiaria a las «personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio».

Aunque el artículo no fuera muy preciso en relación con la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas, la jurisprudencia había subsanado esa falta de precisión mediante una interpretación que, progresivamente, fue tiñendo la responsabilidad subsidiaria del artículo 22 de cierto «objetivismo», sin llegar a considerarla enteramente objetiva, de tal suerte que, sin necesidad de agotar el patrimonio del condenado, la Administración asumía el pago de las indemnizaciones fijadas. Esta interpretación, vinculada a la noción de insolvencia funcional —es insolvente quien no puede pagar una indemnización habida cuenta su importe aunque dispon-

ga de algunos bienes–, tuvo como una de sus finalidades dar seguridad a los perjudicados por la infracción penal. Así, en un principio, se acudió a los conceptos de *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, después se fueron matizando y se situó el fundamento más sólido de la responsabilidad en el riesgo –según el aforismo *cuius commoda, eius incommoda*–.

Durante algún tiempo, antes de la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y tras la entrada en vigor de ésta, se llegó a cuestionar la vigencia del artículo 22 del Código Penal, siendo confirmada tal vigencia por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que lo continuó aplicando «por estimar que la Ley 30/1992 no empece la declaración de responsabilidad civil subsidiaria derivada de un hecho delictivo en el procedimiento penal» (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 1996*) –una interpretación extensiva es aquí posible, al tratarse de una norma civil pese a su ubicación en el Código Penal–.

Tras la promulgación del vigente Código Penal, la situación no ha cambiado, aunque tal afirmación no es del todo pacífica. En efecto, de la lectura del artículo 121 del Código Penal actual, antes transcrito, y de su confrontación con el artículo 22 del antiguo Código Penal de 1973, se observa que el texto vigente hace referencia a los delitos dolosos o culpables, con lo que quedaría excluida la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración cuando de faltas se trate. La omisión de toda referencia a las faltas se ha interpretado como un intento del legislador de evitar que se fuerce la responsabilidad penal para calificar un hecho como falta con la única finalidad de que sea declarada la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, como se ha hecho en algún caso muy conocido (caso Colza), puesto que ello debería lograrse mediante mecanismos ágiles de indemnización estatal de los daños por funcionamiento de los servicios públicos que hagan innecesario acudir a la vía penal.

No obstante, la jurisprudencia no se ha atenido al tenor literal del precepto, llevando a cabo una interpretación del mismo orientada a admitir la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas aun cuando el funcionario no hubiera cometido sino una falta: línea jurisprudencial iniciada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1997 y seguida más tarde por otras (*Sentencias de 26 de septiembre y 24 de octubre de 1997*).

Así pues, conforme al artículo 121 del Código Penal, se mantiene el carácter subsidiario de la responsabilidad de la Administración pública, pero sin perjuicio de la derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, exigible conforme a las normas del procedimiento administrativo, con lo que deja al perjudicado, como se ha señalado, la

opción de exigir la responsabilidad de la Administración en el proceso penal –responsabilidad subsidiaria– o en vía administrativa –responsabilidad directa–.

Por otra parte, se exige en el repetido artículo 121, para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria que en él se contempla, que los daños causados por personal al servicio de la Administración lo sean «en el ejercicio de sus cargos o funciones» y que la lesión «sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados», expresión ésta de mayor amplitud que la utilizada por el proyecto de Código Penal de 1994 y que exigía que resultara probada la relación directa y exclusiva entre la conducta del responsable penal y el servicio público de que se trate.

Tema que también debe examinarse es el atinente a si puede tramitarse un expediente administrativo de resarcimiento de los daños reclamados en vía penal al funcionario cuando todavía no se ha ultimado el proceso penal contra éste. A la vista de cuanto ha quedado señalado, quien ha resultado perjudicado por un delito tiene, en principio, dos posibilidades. Puede optar, en primer lugar, por dirigirse directamente a la Administración, solicitando que ésta declare la existencia de una responsabilidad directa, derivada del funcionamiento de los servicios públicos con arreglo a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Y puede, en segundo término, exigir la responsabilidad directa del responsable criminal y la declaración de responsabilidad subsidiaria de la Administración, por considerar que se da el supuesto contemplado en el artículo 121 del Código Penal.

De acuerdo con el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las acciones que nacen de delito o falta pueden ejercitarse conjunta o separadamente; pero, mientras estuviera pendiente la acción penal, no se ejercitará acción civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme. Por su parte, el artículo 114 de la misma Ley dispone que, promovido juicio criminal en averiguación de delito o falta, no puede seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndose, si lo hubiere, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en causa criminal.

Así las cosas, lo que se suscita es si, iniciado un proceso penal contra un funcionario, se puede tramitar un procedimiento administrativo tendente a declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública o si, por el contrario, éste debe quedar suspendido hasta la terminación del proceso penal. La cuestión no es trivial puesto que quienes ejercen acciones penales y civiles contra los funcionarios lo que buscan es resarcirse

económicamente, sin importarles tanto el cauce utilizado como el objetivo perseguido. Si ven satisfechas sus aspiraciones económicas, se apartan del proceso penal iniciado.

Los preceptos citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no impiden el ejercicio de la acción de responsabilidad administrativa, aunque el proceso penal esté pendiente, y ello por cuanto la acción administrativa no nace del delito o falta –pues es independiente de su existencia–, lo que explica que pueda ser declarada la responsabilidad administrativa aunque no se haya producido –o, en su caso, declarado– una infracción criminal.

Esta compatibilidad de ejercicio de acciones quedó confirmada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al disponer, en su artículo 146.2, que la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspende los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, «ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos» –decía en su redacción inicial–, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial. De esta manera, negando la interrupción del plazo para su comienzo, se confirmaba que el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debía ser obstáculo para el ejercicio de la acción administrativa cuando aún no hubiera terminado la tramitación del proceso penal.

En esta línea, con ocasión de las múltiples reclamaciones presentadas ante el Ministerio de Medio Ambiente con ocasión de los daños producidos al estallar el depósito de aguas de Melilla, el Consejo de Estado declaró que la tramitación de procedimientos administrativos dirigidos a declarar, en su caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública no estaba impedida por la existencia de unas diligencias penales pendientes y abiertas (por todos, *Dictamen 4357/1998, de 26 de noviembre de 1998*). Así, se sostuvo que lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal «impide el ejercicio de la acción civil nacida de delito o falta, pero no la que trae causa de la legislación administrativa propia y específica reguladora de la responsabilidad administración, pues no es éste un tipo de responsabilidad vinculada a la idea de dolo, culpa o negligencia, sino puramente objetiva».

Es más, habida cuenta la supresión del inciso «ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos» contenido en el artículo 146.2 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria, el perjudicado, que puede ejercer la acción penal –junto con la civil derivada de delito–, la acción administrativa o ambas, debe tener en cuenta, que siendo independiente la segunda de la primera, no se produce la interrupción del plazo de prescripción de la administrativa.

Esta conclusión puede tener efectos especialmente favorables para los funcionarios que son objeto de acciones penales, no porque sean verdaderamente responsables de delito o falta alguna, sino porque se ejercen contra ellos acciones tendentes a obtener algún tipo de indemnización. Y es que, aun cuando estén abiertas las diligencias penales, si los lesionados obtienen el resarcimiento por vía del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el abandono de la vía penal se presenta como hipótesis más que probable.

Además, debe resaltarse que la vía del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, puede iniciarse sin necesidad de que el lesionado presente reclamación alguna –de ordinario, habrá iniciado el proceso penal–; esto es, puede incoarse de oficio, puesto que el artículo 4.º del reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas lo permite.

Expuesto lo que antecede y recogidas las líneas fundamentales de la responsabilidad civil derivada de delito que, con carácter subsidiario, puede declararse respecto de la Administración en la vía penal, conviene llamar la atención sobre las diferencias existentes entre dicha responsabilidad civil derivada del delito y subsidiaria de la Administración, de una parte, y la responsabilidad directa derivada del funcionamiento de los servicios públicos, de otra. Y ello por cuanto no hay identidad entre la cobertura prestada por una y otra, si bien hay una zona de intersección en la que se encuentran casos en los que se pueden generar responsabilidades al amparo de una y otra.

Las indicadas responsabilidades, la civil derivada de delito que, con carácter subsidiario, puede declararse respecto de la Administración en la vía penal y la responsabilidad directa derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tienen dos regulaciones distintas: una, la primera, está recogida en el artículo 121 del Código Penal; otra, la segunda, en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Ello da lugar a diferencias en cuanto a la declaración y extensión de las responsabilidades de la Administración.

La primera diferencia es clara: una, la responsabilidad declarada en vía penal con base en el artículo 121, es subsidiaria; la declarada en vía administrativa, tiene carácter directo. La primera exige un pronunciamiento jurisdiccional penal; la segunda, administrativo. Ello tiene sus consecuencias. Si un perjudicado quiere que se declare la responsabilidad civil derivada de delito de un funcionario tiene que dirigirse contra él, solicitando, al tiempo, la condena subsidiaria de la Administración, de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. Si quiere que se declare la responsabilidad directa de la Administración pública, ha de instarlo ante ésta con base en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Lo que

no puede hacer la Administración, como ha señalado el Consejo de Estado (*dictamen 3644/1997*), para evitar la tramitación de procesos penales contra los funcionarios o, incluso, su iniciación, es declarar, sin más, su responsabilidad subsidiaria; esto es, asumir la responsabilidad civil subsidiaria sin que haya sido declarada la responsabilidad principal *ex delicto* en el correspondiente proceso penal.

La otra diferencia que debe resaltarse es la atinente a la prescripción de la acción. Si el lesionado por una actuación administrativa opta por ejercer directamente la acción frente a la Administración pública con base en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo que tiene es de un año, conforme al artículo 142 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, si el perjudicado opta por ejercer la acción penal contra el funcionario e instar la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, el plazo que tiene puede ser notablemente superior. Y es que, «mientras está viva la acción penal está también viva la acción civil, con la finalidad reparadora de los daños y perjuicios ocasionados por el delito» (*Sentencia de 21 de julio de 1985*). Por tanto, los plazos de prescripción para instar el resarcimiento por parte del funcionario y, subsidiariamente, de la Administración vendrán determinados por la índole de los delitos en que se basen, pudiendo ir desde los seis meses para las faltas a los veinte años para los delitos más graves (Código Penal, artículo 131). Y, por último, en el caso de que el lesionado se reserve el derecho de accionar civilmente no en el proceso penal, el plazo sería de quince años (*Sentencia de 7 de diciembre de 1989*).

En conclusión, en la actualidad, a la vista de la legislación aplicable, la única posibilidad de que se condene a un funcionario a indemnizar a un perjudicado, como consecuencia de una actuación de la que también pudiera ser hecha responsable la Administración, es que se siga contra él un proceso penal, si bien en este caso será también condenada, subsidiariamente, la Administración. De todas formas, es sabido que la Administración no es exigente en la aplicación de esa subsidiariedad, de modo que suele abonar la indemnización fijada en la sentencia sin llevar a cabo la excusión del patrimonio del funcionario que sería teóricamente aplicable.

En todo caso, los efectos gravosos de dicha eventual declaración de responsabilidad civil derivada de delito a cargo de un funcionario por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo pueden obviarse mediante la celebración de contratos de seguro que la cubran, celebrados entre la Administración y las correspondientes entidades aseguradoras, en los que la tomadora será la Administración y los asegurados, los funcionarios. La celebración de los referidos contratos es perfectamente admisible en nues-

tro ordenamiento jurídico. Y es que, tras la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (disposición adicional tercera) y la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, también de Presupuestos Generales del Estado para 1991, está permitido a las Administraciones públicas el concertar pólizas de seguros para cubrir las responsabilidades de sus funcionarios.

La primera de las normas citadas disponía que *«se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal técnico al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos, de las Entidades gestoras y de los Servicios comunes de la Seguridad Social, que desarrolle trabajos facultativos en proyectos y obras del Estado, en los que concurran circunstancias concretas que hagan necesaria dicha cobertura. La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente»*; es decir, quedaba circunscrita a la cobertura de la responsabilidad de ingenieros de proyectos. La segunda disposición, la adicional sexta de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, preveía que *«se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos, de las Entidades gestoras y de los Servicios comunes de la Seguridad Social, en los que concurran circunstancias concretas que hagan necesaria dicha cobertura. La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente»*; es decir, es más amplia por cuanto permite incluir la responsabilidad profesional del personal al servicio de la Administración pública y sus entes instrumentales.

No obstante la existencia de un eventual seguro de responsabilidad civil, quedarán excluidos de su cobertura los daños causados dolosamente por el funcionario.

II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

I. DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER GENERAL

1. «c) La disposición adicional segunda «Capitanía Marítima de Ibiza», dispone que se crea la Capitanía Marítima de Ibiza, con la denominación y ámbito geográfico que figura en el anexo del real decreto.

En la actualidad, la Capitanía Marítima de Eivissa/Formentera es una capitanía de segunda categoría, según el anejo del Real Decreto 1246/1995, de 14 de julio.

La creación de la Capitanía Marítima de Ibiza por la disposición adicional segunda no deja de llamar la atención por cuanto, al hacerlo en la forma indicada, no se observa el procedimiento legalmente establecido en el propio proyecto de real decreto –ni tampoco en la regulación vigente–. Además, habida cuenta el contenido de la citada disposición adicional –calificable de acto aunque se inserte en una norma–, bien pudiere achacarse que queda incurso en el ámbito del número 4 del artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. Por ello, considera el Consejo que, toda vez que la Capitanía de Ibiza ya existe, dichas objeciones podrían orillarse mediante la elevación de su rango, previendo en la disposición adicional primera que «1. *Las Capitanías Marítimas de primera categoría... y la de segunda categoría de Eivissa/Formentera pasan a considerarse como Capitanías Marítimas...*». En consecuencia, procedería la supresión de la disposición adicional segunda.

ch) Respecto a la disposición final tercera, el Consejo de Estado comparte el criterio expresado por el Ministerio de Defensa y el Ministerio de Asuntos Exteriores. En primer lugar, por las razones jurídicas expuestas en el informe de la Asesoría Jurídica Internacional. Es cierto que el Convenio de 14 de julio de 1959, relativo al río Bidasoa ciñe formalmente su ámbito a la pesca, pero la ausencia de otros instrumentos internacionales que ofrezcan soluciones adecuadas (tratados de 1856 y 25 de octubre de 1899) y la singularidad de la bahía de Higer –en régimen de condominio de explotación– hace que se venga aplicando el referido tratado a todo el ámbito de la navegación marítima, con base en su artículo 24.

Un análisis del Convenio hispano-francés de 1959 sobre el río Bidasoa y la Bahía de Higer pone de manifiesto que las competencias han sido otorgadas por el convenio a los comandantes navales por el tratado mismo, de tal suerte que la modificación de las previsiones del tratado sólo puede hacerse en la forma prevista en el propio instrumento internacional o conforme con las normas generales del derecho internacional (Constitución Española, artículo 96). En consecuencia, el proyecto de real decreto no puede modificar el contenido del referido tratado, de manera que las competencias atribuidas al Comandante de Marina por el tratado hispano-francés deben seguir siendo ejercidas por éste, aunque se trate de alguna de las enumeradas en los artículos 88, 107, 108, 109, 111 y 112 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de Marina Mercante y en el artículo 10 del proyecto de real decreto. Y es que el con-

venio atribuye específicamente las competencias a las autoridades militares y no a otras.

En segundo lugar, como también señala la Asesoría Jurídica Internacional, hasta la fecha las normas del Convenio hispano-francés de 1959 y el Reglamento de Pesca en el tramo internacional del río Miño, aprobado por España y Portugal mediante canje de notas de 7 de mayo de 1981, han venido siendo interpretados y aplicados de forma constante y pacífica en el sentido de conceder el ejercicio de las competencias surgidas del Convenio a los Comandantes de Marina. El Consejo de Estado considera que no constan en el expediente –ni se le alcanzan– razones que justifiquen la alteración de la situación existente y cuya modificación puede producir efectos imprevistos o indeseados en el ámbito de las relaciones internacionales.

Por todo ello, el Consejo de Estado considera que la disposición final tercera debe suprimirse. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.

Por último, este Cuerpo Consultivo debe llamar la atención sobre la conveniencia de ponderar, de un lado, la inclusión en el artículo 4.c) del proyecto de real decreto de la propuesta formulada por el ente público Puertos del Estado en relación con los canales navegables en los que no son sensibles las mareas y, de otro lado, de mantener en el proyecto de real decreto el contenido del artículo 6 del Real Decreto 1246/1995, que prevé que *«las Misiones Diplomáticas y las Oficinas Consulares de España actuarán como Administración marítima en el extranjero, siguiendo las directrices impartidas por ésta y que le sean comunicas por el Ministerio de Asuntos Exteriores en relación con los buques de pabellón nacional que naveguen en aguas situadas en zonas en las que otro Estado ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, siempre que no se opongan a ello las leyes y reglamentos de dicho Estado»*.

(Dictamen 362/2007)

2. «El preámbulo del proyecto de real decreto y el anejo a la memoria obrante en el expediente hacen hincapié que sólo se incorporan las previsiones contenidas en el artículo 7 de la Directiva 2005/35/CE, de 7 de septiembre de 2005, toda vez que las demás determinaciones de la norma ya están transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico: unas, porque están contempladas en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y Marina Mercante; otras, porque están previstas en el Código Penal y,

en fin, otras, porque están establecidas en el Convenio Marpol 73/78, ratificado por el Reino de España y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado considera que, efectivamente, algunas de las previsiones de la Directiva están ya incorporadas a nuestro ordenamiento. En concreto, a través de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y Marina Mercante, lo están las que contemplan la sanción administrativa de las descargas contaminantes realizadas en aguas marítimas españolas por buques en tránsito. Otras lo están a través del Convenio internacional para prevenir la contaminación de los buques (MARPOL 73/78), puesto que no existe obstáculo para que las previsiones de una Directiva –que busca asegurar un determinado resultado normativo en los ordenamientos de los Estados miembros– puedan ser incorporadas mediante instrumentos internacionales. Publicado un tratado internacional en el Boletín Oficial del Estado, éste pasa a formar parte del ordenamiento interno y, por consiguiente, el resultado normativo perseguido por la directiva se puede obtener mediante la disposición internacional integrada.

Ahora bien, junto a las previsiones de la Directiva ya incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico y pese a lo manifestado en el preámbulo del proyecto, hay otras que, a juicio del Consejo de Estado, no lo están ni lo hacen con la norma consultada: en concreto, faltan por transponer las determinaciones que, en aplicación de los artículos 4 y 5 de la Directiva en relación con el artículo 2 de la Decisión Marco 2005/667/JAI, de 12 de julio, prevén la tipificación penal y el enjuiciamiento por tribunales españoles de los responsables de las descargas contaminantes realizadas en alta mar por buques en tránsito –y que no tengan pabellón español–. Tales conductas, si bien pudieren encajarse en el artículo 325 del Código Penal, no pueden ser objeto de sanción por no estar comprendidas en el ámbito a que se extiende la jurisdicción penal nacional en los términos definidos en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Consejo de Estado considera, además, que no puede considerarse incorporada la previsión de la Directiva que impone la tipificación y la posibilidad de que los tribunales españoles enjuicien a los responsables de las descargas contaminantes realizadas por buques en alta mar por la aplicación y vigencia directa de la Decisión Marco 2005/667/JAI, de 12 de julio. Y es que ésta Decisión Marco, si bien pudiese entenderse que tipifica directamente como delito determinadas conductas, carece del grado de especificación suficiente para entender cumplido el principio de legalidad consagrado en el artículo 2 del Código Penal en lo tocante a determinación de la pena aplicable a dicho delito.

Así las cosas, este Cuerpo Consultivo considera que el proyecto de real decreto se ciñe a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico el artículo 7 de la Directiva 2005/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005. Y por consiguiente debe suprimirse del preámbulo la referencia que están incorporadas todas las previsiones de la Directiva y debe modificarse el título del proyecto en el sentido de ajustarlo a su contenido.

(.../...)

En relación con el contenido del proyecto de real decreto, el Consejo de Estado considera:

a) Que el texto del artículo 2.2 debería ceñirse al tenor literal del artículo 3 de la Directiva 2005/35/CE, con una fórmula del siguiente o análogo tenor: *«Este real decreto se aplicará a las descargas de sustancias contaminantes realizadas en las aguas territoriales españolas, en los estrechos utilizados para navegación internacional sujetos al régimen de paso en tránsito sobre los que España ejerza jurisdicción, en la zona económica exclusiva española y en alta mar, procedentes de todo buque,...»*.

Se evitarían así dos cuestiones polémicas, a saber: la de si quedan comprendidas en el ámbito del proyecto de real decreto las descargas contaminantes realizadas por buques en tránsito en la zona económica-exclusiva, de una parte, y en el estrecho de Gibraltar y en alta mar, de otra.

En efecto, el artículo 2.2 delimita el ámbito de aplicación del real decreto a las descargas de sustancias contaminantes que se realicen en *«aguas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción o que afecten o puedan afectar a dichas aguas, a las costas españolas o a los bienes a ellas vinculados...»*. La Directiva, por su parte, dispone en su artículo 3 que resulta de aplicación a las descargas de sustancias contaminantes realizadas en las siguientes zonas, según el artículo 3 de la misma Directiva: *«b) en las aguas territoriales de un Estado miembro; c) los estrechos utilizados para navegación internacional sujetos al régimen de paso en tránsito, según lo establecido en la parte III, sección 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en la medida en que un Estado miembro ejerza jurisdicción sobre ellos; d) sobre la zona económica exclusiva o la zona equivalente de un Estado miembro, establecida de conformidad con el Derecho internacional; e) alta mar»*.

El proyecto de real decreto considera que dentro del concepto de *«aguas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción o que afecten o puedan afectar a dichas aguas, a las costas españolas o a los bienes a ellas vinculados»* quedan comprendidas las todas descar-

gas contaminantes realizadas en las áreas definidas en la Directiva y, en concreto, también las hechas en la zona económica exclusiva. Y esta cuestión no es pacífica.

En el ámbito del derecho internacional, y según el parecer mayoritario, se contraponen la noción unitaria de «soberanía, derechos soberanos o jurisdicción», que expresa competencias plenas, exclusivas y excluyentes por parte de un Estado sobre unas aguas marinas –el mar patrimonial en sentido clásico o el mar territorial en sentido moderno–, a la de «derechos soberanos limitados o facultades limitadas», que hace referencia a competencias estatales sobre aguas marítimas pero ceñidas a aspectos concretos.

Conforme a lo expuesto, la noción de zona económica exclusiva, que arranca de la denominada Proclamación sobre pesquerías de los Estados Unidos de 28 de septiembre de 1945 y que alcanzó carta de naturaleza en la Convención del Derecho del Mar de 1982, no participa de la naturaleza del mar territorial. Conforme al derecho internacional, los Estados ribereños no ejercen «soberanía, derechos soberanos o jurisdicción» sobre la zona económica exclusiva. Esta zona constituye una categoría autónoma o *sui generis*, distinta del mar territorial, según se deduce de los artículos 55 y 59 de la citada Convención de 1982, y sobre ella los Estados ejercen sólo «derechos soberanos limitados o facultades limitadas». Por consiguiente, la zona económica exclusiva no queda comprendida en el noción de «aguas en las que se ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción».

Tampoco conforme al derecho interno, la zona económica exclusiva queda comprendida en el ámbito territorial en el que el Estado español ejerce «soberanía, derechos soberanos o jurisdicción». Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución, que califica como bienes de dominio público los recursos naturales de la zona económica –y no esta misma– frente a la declaración hecha respecto al mar territorial, que recibe tal calificación íntegramente; de lo establecido en el artículo 1 de la Ley 10/1977, de 4 de enero, y aún del artículo 3 de la Ley 15/1978, de 20 de febrero, que dictada al amparo del artículo 8 de la Convención de Ginebra de 1958, reconoce a España sobre la referida zona «derechos soberanos a efectos de la exploración y explotación del lecho y del subsuelo marinos».

Lo expuesto no se ve empañado por el artículo artículo 7 de la Ley de Puertos del Estado y de Marina Mercante. Es cierto que este precepto utiliza la referida expresión «soberanía, derechos soberanos o jurisdicción» en relación con la zona económica exclusiva, pero no puede ignorarse que tal disposición es anterior a la incorporación al ordenamiento español de la Convención del Derecho del Mar de 1982 –que se llevó a cabo por instrumento publicado en el Boletín Oficial del Estado de 14 de febrero de 1997–

y que ha sido interpretada posteriormente por el Reino de España ante los organismos y tribunales internacionales en el sentido concreto de «derechos soberanos limitados», de conformidad con la referida Convención.

Por otra parte, el proyecto del Real Decreto no incluye en su artículo 2.2 ninguna referencia a los estrechos utilizados para navegación internacional sujetos al régimen de paso en tránsito y sobre el que el Estado miembro ejerza jurisdicción. Y, entre ellos, en el caso de España, está comprendido el Estrecho de Gibraltar. Este estrecho, en régimen de libre tránsito desde la declaración franco británica de 8 de abril de 1904 (artículo 7) y el convenio franco-español de 27 de noviembre de 1912, sobre Marruecos (artículo 6), se rige hoy, además de por las citadas disposiciones, por lo prevenido en la parte III, sección 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y sobre él el Reino de España ejerce en parte derechos jurisdiccionales y por tanto queda comprendido específicamente en el ámbito de la Directiva.

Y, por último, el proyecto de real decreto no menciona tampoco el «alta mar». Si bien puede entenderse comprendido en su ámbito por aplicación del Convenio MARPOL, razones de claridad aconsejan su cita expresa.

Por todo ello, a fin de evitar las cuestiones interpretativas expuestas, este Consejo de Estado considera, como se ha señalado, la conveniencia de que el artículo 2.2 del proyecto ciña su tenor al del artículo 3 de la Directiva.»

(Dictamen 111/2007)

3. «Los Estatutos de los Colegios profesionales y de sus Consejos Generales son normas jurídicas especiales, fruto simultáneo de la autonomía que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la Administración Corporativa y del control que se reserva a la Administración pública (Dictamen del Consejo de Estado núm. 1961/98, de 21 de mayo de 1998). En efecto, son normas que nacen en el seno de las organizaciones profesionales, a quienes corresponde su iniciativa, según previene 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*»). Esa iniciativa no puede ser suplida por la Administración, salvo específica autorización legal. Elaborados los Estatutos, corresponde a la Administración su aprobación.

Cada organización profesional elabora los Estatutos dentro del ámbito que la Ley les reconoce, si bien, como se ha señalado, corresponde a la Administración su aprobación. El acto de aprobación se lleva a cabo por parte de un Ministro, si son Estatutos provisionales y existe habilitación legal para ello, o por el Gobierno, si los Estatutos son definitivos. La aprobación administrativa de los Estatutos no tiene otro significado que comprobar si, en el ejercicio de la potestad reguladora de su propio ámbito, las Corporaciones se mantuvieron o no dentro de los límites fijados por las normas que les son de aplicación. Por eso, pese a dicha aprobación por parte de la Administración, los Estatutos no son normas estatales (Dictamen del Consejo de Estado 3675/98, de 5 de noviembre de 1998), sino que tienen naturaleza corporativa. Y esta naturaleza no se ve alterada por el hecho de que, en su aprobación, deban observarse, de forma matizada, las prescripciones establecidas para elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general prevenidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y recabarse el dictamen de este Consejo de Estado, (Dictamen del Consejo de Estado núm. 4384/98, de 26 de noviembre de 1998).

En lo relativo al contenido del proyecto del real decreto y de los Estatutos, se adecuan, en términos generales, al ordenamiento jurídico. En concreto, los Estatutos respetan las previsiones del artículo 36 de la Constitución que dispone que la estructura interna y el funcionamiento de los Colegios profesionales deberá ser democrática.

El proyecto de Estatutos elaborado y sometido a consulta no ha sido elaborado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria pese a la invocación del artículo 6.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, contenida en la formula de expedición del proyecto, sino que lo ha sido por la propia Administración y, en concreto, por el Ministerio de Vivienda. Se ha oído al citado Consejo como entidad interesada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24.1.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

En otros términos, se ha elaborado el proyecto de Real Decreto y de Estatutos como si se una norma estatal se tratara y no se ha atendido a su naturaleza de norma corporativa.

Como ha quedado expuesto, la elaboración de los Estatutos generales de los Colegios Profesionales y de sus Consejos Generales corresponde en exclusiva a las propias organizaciones profesionales, según se deduce del lo dispuesto en la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, sin que sea dable que la Administración asuma tal iniciativa salvo una específica habilitación legal

(como ocurre en otros casos como es el previsto en la disposición transitoria segunda de la Ley 16/1999, de 4 de mayo, de creación del Colegio de Geógrafos). A falta de dicha específica previsión legal, la Administración no puede suplantar la voluntad corporativa, pues su función viene ceñida al ámbito de la verificación de que la potestad de organización de la corporación se ha sujetado a las prescripciones legales propias aplicables.

En el caso de los agentes de la propiedad inmobiliaria, no existe ninguna norma que habilite específicamente a la Administración para aprobar los Estatutos de las organizaciones colegiales, sustituyendo la voluntad corporativa. Por consiguiente, no corresponde a la Administración dar cumplimiento a la disposición adicional única de la Ley 7/1997, de 14 de abril, que previene que «*sin perjuicio de que a la entrada en vigor de la Ley queden derogados los preceptos estatutarios a que alcance la disposición derogatoria, en el plazo de un año los Colegios profesionales deberán adaptar sus Estatutos a las modificaciones introducidas por la presente Ley en la Ley 2/1974, de 13 de febrero*», sino a las propias organizaciones colegiales que son las que tiene que asumir la iniciativa.

Así las cosas, en el estado actual de las actuaciones, el Consejo de Estado considera que no resulta legalmente posible aprobar el proyecto de Estatutos sometido a consulta, puesto que ni han sido elaborados ni, al menos, han sido asumidos expresamente por el Consejo General de Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, cuya participación en la elaboración de la norma se ha limitado a evacuar un trámite de audiencia. Por consiguiente, procede con carácter previo a la aprobación administrativa de los Estatutos que el referido Consejo los asuma como propios. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 1.2, párrafo final de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.»

(Dictamen 2205/2006)

4. No obstante, el Consejo de Estado considera que:

a) Algunas de las previsiones de los Estatutos, en cuanto reproducen –y a veces de manera incompleta– el contenido de las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resultan innecesarias y deberían ser suprimidas. Tal es el caso del artículo 37, 40.4, 46.2, 46.4 y 47.4.

b) La previsión de que los gastos que hubiera ocasionado la tramitación del expediente, de haber finalizado con la imposición de una sanción,

deberán ser abonados por el expedientado, prevista en el artículo 46.5, carece de fundamento legal. No existe en el ámbito sancionador administrativo una previsión que imponga, con carácter general y automático, la obligación del encartado de pagar las costas y los gastos del procedimiento. El expedientado está obligado abonar los gastos que legalmente tiene que asumir (caso del coste de las pruebas por él propuestas y que no deban ser soportadas por la Administración, según el artículo 81.3 de la Ley 30/1992), pero no todos los devengados por el procedimiento –que es gratuito por disposición de la ley–. Por consiguiente, debe ajustarse la redacción del artículo 46.5 de los Estatutos proyectados a la previsión del artículo 81.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.»

(Dictamen 708/2007)

2. REVISIÓN DE OFICIO

«La cuestión objeto de la consulta se ciñe a determinar si la última prescripción contenida en el párrafo segundo del ordinal octavo de la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, por la que se convoca para el año 2007, el otorgamiento de ayudas a los transportistas autónomos por carretera que abandonen la actividad, es contraria a derecho y, en su caso, si procede su revisión de oficio o corrección.

I. La Orden FOM/3944/2005, de 9 de diciembre, aprobó las bases reguladoras de la concesión de ayudas a los transportistas autónomos por carretera que abandonen la actividad. En su disposición adicional tercera se preveía:

«Excepcionalmente, en el ejercicio correspondiente al año 2006, los titulares de autorizaciones de transporte público de mercancías y de viajeros en autobús de ámbito autonómico de Canarias Complementarias de Transporte, podrán ser beneficiarios de las ayudas reguladas en esta Orden si reúnen los demás requisitos establecidos. Los titulares de autorizaciones de transporte público en autobús deberán serlo de un máximo de dos autorizaciones en las condiciones establecidas en el artículo 4.1.a). A efectos de la determinación de las cuantías y de la aplicación de los criterios de valoración, las autorizaciones de transporte público para vehículos pesados o autobuses tendrán el tratamiento de las de ámbito comarcal»

Por su parte, la Orden FOM/3975/2005, de 15 de diciembre dispone en su ordinal octavo

«Criterios de valoración de las solicitudes. De acuerdo con lo dispuesto en la Orden FOM/3944/2005, DE 9 de diciembre, por la que se aprobaron las bases reguladoras de estas ayudas, para su otorgamiento se tendrá en cuenta la mayor edad de los transportistas, el mayor ámbito de las autorizaciones y, en el transporte de mercancías, la clase de autorizaciones, dándose preferencia a las referidas a vehículos pesados.

La ponderación de estos criterios se llevará a cabo de la siguiente manera: se elaborará una relación de posibles beneficiarios por orden descendente de edad; a los titulares de alguna autorización para vehículo pesado de ámbito nacional o autobús se les computará un año más de edad a estos efectos; a los titulares de alguna autorización para vehículo pesado de ámbito comarcal, un semestre y, por último, los titulares de autorización para vehículo pesado de ámbito local, tres meses. Las ayudas se otorgarán a los que ocupen los primeros lugares en la relación de beneficiarios así elaborada. A efectos de la aplicación de estos criterios de valoración, las autorizaciones de transporte público para vehículos pesados o autobuses de ámbito autonómico de Canarias tendrán el tratamiento de las de ámbito comarcal».

II. La inclusión de la última frase del párrafo segundo del apartado octavo se ha considerado un error por parte de la Dirección General de Transportes por Carretera.

Antes de entrar a considerar las cuestiones señaladas, debe señalarse que, aun cuando la inclusión del citado inciso pudiere obedecer subjetivamente a una actuación errónea del citado Centro Directivo, objetivamente no puede ser calificada de error material, de hecho o aritmético. La jurisprudencia y este Consejo de Estado han venido perfilando laboriosamente los citados conceptos caracterizándolos como aquellos que versan sobre un hecho, cosa o suceso, esto es, sobre una realidad independiente de toda opinión o calificación, de tal suerte que quedan excluidos de su ámbito aquello que se refiere a cuestiones de derecho, a la apreciación de la trascendencia o alcance de hechos o al contenido de las normas. Así las cosas, es claro en el caso presente que la inclusión de la previsión mencionada en el ordinal octavo de la Orden Ministerial citada no es incardinable en el concepto de error material y, por consiguiente, no puede corregirse por la vía prevista en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III. La Orden FOM/3944/2005, de 9 de diciembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de ayudas a transportistas autónomos por carretera que abandonen la actividad tiene carácter normativo según se deduce de lo dispuesto en los artículos 9.2 y 3 y 17 de la Ley

38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que atribuye naturaleza reglamentaria a todas las bases reguladoras de subvenciones, de tal suerte que están sujetas a los límites formales y materiales de la potestad reglamentaria general.

Por el contrario, la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, por la que se convoca para el año 2007 el otorgamiento de ayudas a transportistas autónomos por carretera que abandone la actividad, tiene naturaleza de acto general, según la misma Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Entre el acto y la norma, se aprecia la existencia de una contradicción que se concreta en que la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, reconoce implícitamente que los titulares de autorizaciones de transporte público para vehículos pesados o autobuses de ámbito autonómico de Canarias pueden solicitar las ayudas convocadas cuando la Orden FOM/3944/2005, de 9 de diciembre, sólo preveía tal posibilidad, con carácter excepcional, para el año 2006.

La discrepancia entre ambas ordenes ministeriales, norma y acto, es jurídicamente relevante en tanto en cuanto la convocatoria de las subvenciones para 2007 contraviene sus bases reguladoras. La previsión que permite implícitamente solicitar y, en su caso, obtener ayudas por parte de los transportistas titulares de autorizaciones autonómicas de Canarias infringe el ordenamiento jurídico.

IV. La convocatoria de ayudas a los transportistas instrumentada mediante la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, no es una resolución que ponga al procedimiento, sino que se trata de un acto de trámite y la posibilidad de su revisión debe considerarse sin dejar de tener presente este carácter.

Los actos de trámite, en general, y las convocatorias de ayudas, en particular –por así deducirse de lo dispuesto en el artículo 24.6 de la Ley General de Subvenciones–, no crean o generan derechos en favor de los particulares. Los actos de trámite no crean relaciones jurídicas, sino a lo máximo situaciones jurídicas, distinción que se basa en que la situación es un *prius* respecto de la relación mientras que ésta es la expectativa realizada que hace nacer derechos, deberes y obligaciones.

Al no generar derechos, los actos de trámite no son, por lo general, objeto de la potestad revisora –en ninguna de sus modalidades– a que se refieren los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

V. Ahora bien, la exclusión de los actos de trámite del objeto de la potestad revisora no comporta que no puedan ser corregidos por la Administración cuando no son conformes al ordenamiento jurídico.

La Administración está obligada por mandato constitucional y legal a actuar sometándose a la ley y al derecho. En el específico ámbito del proceso de formación de su voluntad, dicha obligación comporta que deba sujetarse a las reglas de procedimiento y las normas de fondo que resulten aplicables. En los procedimientos que no han sido ultimados por una resolución, la Administración debe proceder a la corrección en cualquier momento de los vicios de procedimiento y de las infracciones de fondo apreciados en los actos de trámite. La subsanación de las infracciones apreciadas no es una mera posibilidad sino una auténtica obligación jurídica que pesa sobre aquélla.

La revisión de los actos de mero trámite se puede llevar a cabo por la propia Administración sin necesidad de que exista ni una reclamación –o incluso un recurso si se trata de actos que causan indefensión o impiden la continuación del procedimiento– y sin sujetarse al procedimiento de la revisión de oficio prevista en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, porque ni generan derechos, ni se trata de resoluciones. La citada revisión se puede llevar a efecto mediante lo que se ha dado en llamar la corrección de oficio de los actos de trámite o el mero retiro de los actos de trámite (*Dictamen núm. 46211, de 7 de junio de 1984*); esto es dictando otros actos que modifiquen o sustituyan los actos en los que se aprecia infracción del ordenamiento jurídico. Para la corrección de oficio no importa que el acto pueda parecer favorable, ni hace falta el dictamen del Consejo de Estado, habiéndose considerado por la jurisprudencia que los actos correctores son también de mero trámite y, por tanto, no recurribles, sin perjuicio de que puedan ser controlados judicialmente mediante la impugnación del acto final del procedimiento (*Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1968, 28 de abril de 1969, 13 de octubre de 1969 y 7 de marzo de 1972*).

La potestad de corrección de oficio de los actos de mero trámite opera sobre los actos que se encuentran en etapa de perfeccionamiento y ello porque la ausencia de una resolución impide considerar constituida una relación jurídica y, por tanto, generado un derecho, existiendo, a lo sumo, una situación jurídica.

IV. La aplicación de lo expuesto al caso sometido a consulta tiene consecuencias claras y que son:

a) Que la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, en cuanto reconoce implícitamente que los titulares de autorizaciones de transporte público para vehículos pesados o autobuses de ámbito autonómico de Canarias pueden solicitar las ayudas a transportistas que abandonen su actividad, infringe las bases reguladoras aprobadas por Orden FOM/3944/2005 y, por consiguiente, no es conforme a derecho.

b) Que no procede la revisión de oficio, mediante el procedimiento previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del acto de convocatoria de ayudas contenida en la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, toda vez que dicha convocatoria es un acto general, de mero trámite y que no genera derechos en favor de los eventuales aspirantes a las ayudas conforme al artículo 24 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones.

c) Que la Administración debe corregir la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, mediante otro acto, también de trámite, que suprima el inciso final del ordinal octavo.

V. Por último, el Consejo de Estado debe señalar que la corrección de oficio de actos de trámite, aun cuando no comporta la ablación de derechos, puede dar lugar a eventuales indemnizaciones en favor de quienes han visto cercenada su creencia en la continuidad de un proceso administrativo y han incurrido en gastos cuya compensación económica resulta obligada por no constituir una carga que deban soportar.

(Dictamen 1110/2007)