

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ

Capitán Auditor

Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL.- II. CONSULTAS DEL CONSEJO DE ESTADO. 1. Reglamentos y disposiciones administrativas de carácter general. 2. Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. 3. Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. 4. Régimen especial establecido en el Convenio Hispano-Norteamericano. 5. Resarcimiento de daños irrogados a funcionarios militares, civiles al servicio de la Administración Militar y al personal laboral de la Administración Militar. 6. Recursos extraordinarios de revisión.

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

1. El *Dictamen de 26 de julio de 1990*, recaído en el expediente número 54.143, aborda el tema de la responsabilidad del Estado-legislador. La consulta se emitió con ocasión de la reclamación formulada por un General Consejero Togado quien solicitó una indemnización de daños y perjuicios dimanantes de la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa consistente en "la diferencia que existe entre los haberes que le hubieran correspondido en la situación de actividad hasta los sesenta y ocho años de edad, más los que le corresponderían en la situación de Reserva Activa desde los sesenta y ocho años hasta los setenta años de edad y los que efectivamente perciba en la situación de Segunda Reserva, desde que pasó a la misma el día seis de agosto de 1988, hasta el momento que cumpla los setenta años de edad; teniendo en cuenta para la determinación de la primera cifra, no sólo los haberes que en general correspondan a quienes se encuentran en Actividad o Reserva Activa, incluídos los trienios que hubiera podido perfeccionar, sino también los que personalmente le hubieran correspondido, en atención a los destinos y gratificaciones correspondientes que por razón de su

empleo o puesto escalafonal le habría correspondido desempeñar, con todos los intereses legales desde la fecha en que le hubiera correspondido percibirlos y la corrección que corresponda por devaluación monetaria”.

La responsabilidad del Estado legislador ha sido objeto de estudio, alcanzándose la conclusión de que no hay inconveniente para admitir el derecho del afectado a una indemnización.

Los obstáculos que se opusieron a la llamada responsabilidad patrimonial del Estado-legislador han sido hoy desvirtuados. Frente a la idea de soberanía del Parlamento, se opone hoy el principio de igualdad ante las cargas públicas o la garantía constitucional del derecho de la propiedad.

La evolución de los ordenamientos europeos muestra el lento camino hacia la información de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos. De dicha evolución es una muestra clara el Derecho francés, a través de los “*arrêts*” de su Consejo de Estado, estudiado entre nosotros de modo particular por el Profesor SANTAMARIA PASTOR (“*La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*”, Revista de Administración Pública, num. 68, mayo-agosto 1972, pags. 57-136). Desde la proclamación de la irresponsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos con base en la inmunidad del poder legislativo (*Arrêt Duchaletier*, 11 de enero de 1838; *Arrêt Ferrier* de 6 de agosto de 1852; *Arrêt Moroge* de 5 de febrero de 1875; o *Arrêt Compagnie Algerienne* de 7 de diciembre de 1894), se pasa ya en el *Arrêt La Fleurette* de 14 de enero de 1938, a admitir la procedencia de indemnizar, ante el silencio de la Ley y en virtud de principios generales como es el de “hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente”; carga “que debe ser soportada por la colectividad”; de donde se sigue el derecho a ser indemnizado. La doctrina establecida en ese caso se consolida en el *Arrêt Bovero* de 23 de enero de 1963, en el que se expresa que la producción de un daño por acto normativo obliga, como regla general, a indemnizar, salvo que el Legislador haya excluido expresamente ese derecho.

En Alemania, se exige una Ley previa, declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En la Ley de 26 de julio de 1981 (*Staaathafungsgesetz*) que por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 1982 fué declarada inconstitucional por falta de competencia, el apartado primero de su artículo quinto remitía la responsabilidad directa del Legislativo a lo que dispusiese una Ley, si bien el segundo apartado establecía que no quedaba afectada por lo anterior la responsabilidad por las lesiones de un deber procedente del ejecutivo o del judicial que descansen exclusivamente en la conducta del legislador.

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

En Estados Unidos la constitucionalidad de una Ley excluye que su aplicación genere derecho e indemnización. En Inglaterra, la *Crown Proceeding Act de 1947* no admite con carácter general la responsabilidad patrimonial del Poder Legislativo aunque para casos concretos la propia Ley que impone el sacrificio haya previsto pautas de resarcimiento.

La doctrina española ha puesto de relieve que la expropiación forzosa es una institución para la transferencia coactiva de inmuebles a la Administración y una garantía general y abstracta de los bienes, derechos e intereses patrimoniales legítimos frente a las actuaciones de los poderes públicos. Dicha garantía se extiende a los casos de leyes materialmente expropiatorias sin necesidad de acudir a la teoría de la responsabilidad civil. La Ley singular de expropiación podría eventualmente excluir la indemnización. Pero si tal exclusión no se produce, opera la garantía constitucional de la propiedad, dando lugar a la oportuna indemnización por los perjuicios derivados de la Ley.

La responsabilidad del Estado legislador no cuenta en nuestro derecho con un reconocimiento legislativo. Se invoca, es cierto, el principio de responsabilidad de los poderes públicos que, con otros, proclama el artículo 9.3 de la Constitución y a esta principal apelación ha acudido el Tribunal Supremo en las Sentencias invocadas por el reclamante.

El Tribunal Supremo en *Sentencia de 10 de junio de 1988*, dictada en un recurso contencioso-administrativo en reclamación de daños y perjuicios contra el Estado legislador, se planteaba un supuesto paralelo, esto es, se reclamaban los daños y perjuicios que la aplicación de una Ley, la Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre, pudiera haber ocasionado al recurrente, y desestima la pretensión indemnizatoria.

Señaló el Tribunal Supremo que "como secuela de lo expuesto y evidenciada la actuación de los órganos correspondientes dentro de la legalidad más estricta, con un proceder depurado y ratificado, en el doble aspecto formal y a su vez sustantivo, por el Tribunal Constitucional que estableció de manera inequívoca, con las consecuencias vinculantes que de sus resoluciones emana, la constitucionalidad de los artículos impugnados de la Ley de Amnistía que constituye el soporte legal del obrar de los Tribunales, con los efectos deducibles unido a lo expuesto, en orden al alcance puramente objetivo deducible de una interpretación progresista y extensiva que del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, se hace y viene haciendo por los órganos jurisdiccionales, tiene el mismo límite que el Tribunal Constitucional ha marcado y establecido, con la legalidad declarada de los preceptos que se estimaban como raíz del año, por lo que procede la desestimación de la demanda interpuesta". (Fundamento de Derecho 5º). Y así, en su fallo, el Tribunal Supremo declara "que desestimado el recurso contencioso-administrativo... contra las resoluciones dictadas por el Consejo de Ministros... que desestimaron la pretensión indemnizatoria que se dedujo, debiéndose declarar como decla-

ramos que dichos actos está ajustados a Derecho, y, en consecuencia, firmes y subsistentes...”

Con esta capital precisión y agregando que la cuestión no ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, es de recordar lo que dicen las Sentencias de 15 de julio y de 25 de septiembre de 1987:

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

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

El razonamiento anterior se reitera en Sentencias más recientes como la de 12 de febrero de 1988 en la que se indica:

“Como dice la Sentencia de este Pleno de 17 de noviembre de 1987 dictada en asunto igual al que aquí se enjuicia, consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución Española la responsabilidad de todos los poderes públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aún procedente del Poder Legislativo, supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las obligaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización, cuya cuantía, de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado”.

El Tribunal Constitucional en tres sentencias que son expresión del juicio

político de sus integrantes y versan sobre la anticipación de la edad de jubilación ha deferido al juicio del Legislador la conveniencia de arbitrar medidas compensatorias que reduzcan los efectos negativos que para los funcionarios supone la anticipación de la edad de jubilación establecida con anterioridad.

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

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

La misma reflexión ha hecho el Tribunal Constitucional en la *Sentencia 99/1987*. Dice el Fundamento 6 al respecto:

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

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

“...Por lo demás, y al margen de la solución judicial que se dé al caso aquí planteado, es claro que las resueltas por el Tribunal Supremo y como la que ha de enjuiciar la Audiencia de Albacete tendrían más fácil y justa solución si el legislador, que constitucionalmente ha rebajado la edad de jubilación, revisara también por medio de la ley formal y en términos generales los años de servicio activo necesarios para alcanzar los diversos porcentajes previstos para el cálculo del haber regulador. La legislación sobre derechos pasivos descansa en último término sobre el binomio edad de jubilación—años de servicio, y es de pura lógica (y por tanto una razonable exigencia de los ciudadanos en términos de justicia material) que quienes han visto o verán anticipada su jubilación respecto a la edad fijada en el momento de su ingreso en la función pública, y no han podido por ello alcanzar el número de años de servicio necesario para obtener el haber regulador que hubieran podido lograr de haber permanecido cinco años más en activo, encuentren una solución que les permita, mediante un ajuste establecido por el

legislador, percibir esos mismos haberes pasivos inalcanzables para cada uno de ellos por una decisión legislativa no contraria a la Constitución, pero creadora de perjuicios difícilmente justificables”.

Por todo ello, el Consejo de Estado considera que la responsabilidad del Estado legislador no tiene en el ordenamiento español un reconocimiento legislativo, si bien debe tenerse presente el principio constitucional de responsabilidad de los poderes públicos, principio que, en relación con otros valores constitucionales, como son el de justicia y el de igualdad, permite, al menos, no negar el principio de responsabilidad del Estado legislador que operaría como un límite al ejercicio de la potestad legislativa.

2. El *Dictamen de 26 de abril de 1990* establece que son indemnizables los daños sufridos en una finca como consecuencia del incendio producido durante unas maniobras. La consulta afirma que el plazo de reclamación comienza a partir del término de las actividades previas que se hayan seguido. Dado el tiempo transcurrido, el Consejo considera que procede la actualización de la indemnización, valorando los daños al momento de la declaración de responsabilidad.

3. El *Dictamen de 21 de marzo de 1990* establece que son indemnizables las lesiones corporales sufridas por un menor en el transcurso de una demostración sobre localización de minas fumíferas, realizada por una unidad militar, pese a la conducta del perjudicado. La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado tiene su fundamento jurídico en la creación de una situación de riesgo objetivo.

4. En el *Dictamen de 19 de abril de 1990*, el Consejo de Estado, al emitir una consulta con ocasión de un recurso extraordinario de revisión, afirma que padecería sensiblemente el principio de seguridad jurídica si se permitiera revisar un acto administrativo al amparo de la circunstancia primera del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, transcurridos más de 22 años desde su firmeza.

5. Y, por último, en el *Dictamen de 30 de mayo de 1990*, el Consejo de Estado que el error de hecho a que se refiere el artículo 127.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo ha de referirse a circunstancias “fácticas” y ser “manifiesto”, esto es, evidente e indiscutible.

II. CONSULTAS DEL CONSEJO DE ESTADO

1. *Reglamentos y Disposiciones Administrativas de carácter general*

1. “En relación con las denominaciones de los Mandos de las Regiones y Zonas Militares es de observar la siguiente trayectoria histórica:

a) Por lo que respecta al Ejército de Tierra, su Ley Constitutiva de 29 de noviembre de 1878 disponía en su artículo 9, que las “demarcaciones” que en dicha Ley se establecían “estarán mandadas por la autoridad superior

de un Capitán General o Teniente General con el título de Capitán General de distrito”.

La Ley posterior de 29 de junio de 1918 de Organización Básica asimismo establecía en la Base Segunda de su Anexo número 1 que cada una de las ocho Regiones militares de la Península, así como Baleares y Canarias, constituirán una Capitanía General, a cuyo frente y con la denominación de Capitán General de la Región habrá un Capitán o Teniente General.

Una Orden de 5 de abril de 1940 dispuso que las actuales Regiones Militares y las Comandancias Generales de Baleares y Canarias se denominarán Capitanías Generales (artículo 1º) y que los Generales Jefes de las Regiones y los Comandantes Generales de Baleares y Canarias tomarán el título de Capitanes Generales de las mismas.

Por su parte, las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra aprobadas por Real Decreto de 9 de noviembre de 1983, sin aludir a su denominación, establece en su artículo 23 que “Bajo la dependencia directa del Jefe del Estado Mayor del Ejército, el Capitán General de cada Región ejerce el mando operativo de las fuerzas que le están asignadas”.

b) Por lo que se refiere a la Armada, y a las Ordenanzas Generales de 1783, modificadas en 12 de agosto de 1802 establecieron la división en Departamentos Marítimos al frente de los cuales habrá un Capitán o Comandante General, puntualizándose que si era Teniente General “le estará anexa la denominación y dignidad de Capitán General de Departamento”.

El Decreto de 21 de septiembre de 1942 restableció en todo su vigor, en este punto, las Ordenanzas Generales de la Armada.

Y las Reales Ordenanzas de la Armada aprobadas por Real Decreto de 23 de mayo de 1984 establecen en su artículo 45 que el Almirante que ejerza el Mando de la Zona Marítima tendrá la denominación de Capitán General, puntualizándose que si el que lo ejerce es un Vicealmirante o Contralmirante se denominará Comandante General.

c) En cuanto al Ejército del Aire, constituidas las Regiones y Zonas Aéreas por el Decreto de 17 de octubre de 1940, se establecía en su artículo 4º que el Mando de las mismas lo ejercerá un General, sin hacer ulterior precisión sobre su denominación.

El Decreto de 1 de febrero de 1968, que reorganizó las Regiones y Zonas Aéreas, aludía en su artículo 8 a los “Generales Jefes de Región o Zona Aérea”, sin atribuirles la denominación de Capitán General.

En las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire aprobadas por Real Decreto de 22 de febrero de 1984 se establece, sin embargo, en su artículo 22, que los Generales Jefes de los Mandos Aéreos, cuando ejerzan la Jefatura de Región Aérea o Zona Aérea, tiene la denominación de Capitán General.

Pues bien, la Ley 17/1989, de 19 de julio sobre “Régimen del Personal Militar Profesional” establece en su disposición adicional cuarta que la denominación de Capitán General queda reservada exclusivamente al empleo

militar regulado en la presente Ley, añadiendo que reglamentariamente se determinarán las nuevas denominaciones de quienes ejerzan el mando de las regiones o zonas terrestres, marítimas y aéreas.

Así, pues, en la nueva ordenación legal de denominación de Capitán General va indisolublemente unida a la posesión del correspondiente "empleo militar" de Capitán General. Sólo quienes ostenten dicho empleo podrán utilizar tal denominación (artículos 2 y 10.3 de la Ley de 19 de julio de 1989). La función que se desarrolla —Jefatura de una región o zona militar— no constituye, pues, en la nueva regulación un título jurídico que legitime la utilización de la referida denominación.

En este marco jurídico y en virtud de la expresa habilitación reglamentaria que se contiene en la aludida disposición adicional cuarta, cabe encuadrar el proyecto de Real Decreto que se informa.

En dicho proyecto de disposición se ha optado —entre las varias fórmulas posibles—, por la denominación "General Jefe" o "Almirante Jefe" para designar a la máxima autoridad militar de una de dichas demarcaciones militares. La denominación, a juicio de este Consejo, no sólo es legítima, en cuanto que es manifestación de una potestad discrecional, que expresamente reconoce la Ley al Gobierno, sino que resulta acertada. No hay lugar a formular objeción alguna en cuanto al contenido y al rango del proyecto de disposición sometido a dictamen".

(Dictamen recaído en el expediente 54.431)

2. Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado

1. "Por otro lado, resulta procedente remitir el expediente al Consejo de Estado, a la vista de la doctrina de este Supremo Órgano Consultivo, de acuerdo con la cual, Conciertos como el presente, tienen naturaleza administrativa, con los efectos que ello comporta, al plantearse problemas de interpretación del clausulado.

En cuanto al fondo del asunto, conviene en primer término recordar que, como consecuencia del proceso de urgencia vital que la enferma padecía, ésta fue ingresada en el Hospital Militar de Sevilla, procediéndose, después, a cubrir las formalidades necesarias para que su asistencia corriera a cargo de ASISA, en virtud del Concerto en vigor entre dicha Entidad particular y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas. De ello se desprende que la incorporación de la enferma a las prestaciones económicas de ASISA, tuvo lugar cuando la enferma se encontraba todavía en el Hospital Militar de Sevilla.

En este contexto hay que destacar que se ha comprobado en el expediente que, en ningún momento se comunicó a ASISA, ni se solicitó su autorización, para el traslado de la enferma al Hospital Nacional de Toledo, que no fue prescrito por un médico rehabilitador del cuadro de ASISA, incumpliendo así lo establecido en el Concerto, cuya cláusula 3.10.3 regula el tratamiento de rehabilitación y recuperación, diciendo:

“Sólo procederá cuando los enfermos no puedan ser atendidos en forma ambulatoria, determinando el ingreso el médico rehabilitador correspondiente del cuadro médico-sanatorial de la Entidad (ASISA). La permanencia en régimen de internamiento, dependerá exclusivamente del criterio del médico concertado que prescribió el ingreso, que elevará periódicamente a la Entidad (ASISA) el oportuno informe sobre la evolución del paciente y la necesidad de continuar el internamiento”.

Por otra parte, hay que tener en cuenta el telegrama de ASISA de 2 de julio de 1985 (antecedente primero), que ha querido interpretarse por la Administración actuante como fundamento de las obligaciones económicas que las distintas resoluciones hacen recaer sobre la tan citada Entidad. Sin embargo dicho telegrama es notoriamente insuficiente para desplegar los efectos que se le atribuyen, ya que es anterior al traslado de la enferma al Centro de Toledo y, además, no puede reputarse como un compromiso indiscriminado, ya que fue dirigido al Hospital Militar de Sevilla, donde fue ingresada la enferma como consecuencia de un proceso de urgencia vital, por lo que ha de entenderse que los gastos a los que hace referencia son los que se causaron en dicho centro sanitario. Así resulta de lo establecido en la cláusula 3.7.4 del Concerto entre el ISFAS y ASISA, en la que se establece el régimen de asistencia por urgencia vital, señalando:

“Una vez comprobado el hecho y sus circunstancias, la Entidad (ASISA) comunicará por escrito al interesado si se hace cargo del pago de la asistencia al Centro”.

En resumen, y sin necesidad de entrar en las alegaciones de la Entidad recurrente sobre la nulidad del contrato de seguro, lo cierto es que debe prosperar el criterio favorable a la estimación del recurso, tanto por no haber autorizado ASISA el traslado de la enferma al Centro Hospitalario de Toledo, como porque los gastos cuyo pago aceptó esta compañía se limitan a los derivados del internamiento por urgencia vital en el Hospital Militar de Sevilla”.

(Dictamen número 54660, de 14 de junio de 1990)

2. A) Desde el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y, anteriormente, del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, la jurisprudencia y este mismo Consejo de Estado, han venido precisando los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, elaborando una común doctrina, que es aplicable, en su misma generalidad, a las Áreas de la Defensa. En este marco de la responsabilidad patrimonial, la Ley se refiere a la administración militar en cuanto es titular de servicios públicos ordenados a la Defensa, concepto que corresponde a los Aeródromos Militares, calificación adecuada al de “Tablada”, según resulta de la clasificación de Bases Aéreas y Aeródromos Militares que hace la Orden de 19 de octubre de 1967 (Boletín Oficial del Aire, n.º 21).

La titularidad, pues, del servicio militar en que se ha producido un daño,

es, en principio suficiente para la concurrencia del primero de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, cual es la imputación, por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Como resulta adecuado a la naturaleza pública, y al destino de los Aeródromos Militares, como organización cerrada y ordenada al objetivo de aquéllos, todo el Aeródromo, en el conjunto de sus instalaciones y servicios, quedan comprendidos en el ámbito de eventual responsabilidad patrimonial por daños con causa tanto en acción positiva (*culpa in committendo*) como por no mantener los elementos o instalaciones del Aeródromo en las condiciones adecuadas para funcionamiento y la evitación de riesgos. La responsabilidad, pues, no se anudaría así a una sola consideración de titularidad dominical, sino, más propiamente, a la titularidad del servicio público.

Justamente este es el sentido que se proyecta en la doctrina del Consejo de Estado y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo de destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989, por la similitud del "*Factum*" que consideró esta sentencia con el objeto de la presente consulta. También la caída de un "árbol" sobre un vehículo, elemento aquel, en cuanto situado en el margen de una carretera, comprendido en el ámbito de conservación y de vigilancia que pesa sobre el servicio de carreteras.

B) Se ha sostenido por los órganos preinformantes, que, sin embargo, la responsabilidad patrimonial decaería en el caso consultado por la concurrencia de una causa extraña, de una fuerza mayor, que concretan en un fuerte viento, sin que se haya acreditado que el estado del árbol revelara un peligro (inminente, se dice en uno de esos preinformes) de caída. En este punto, dos consideraciones, una fáctica y otra jurídica, debe hacer el Consejo de Estado. La primera para destacar que del Informe del Instituto Nacional de Meteorología, se infiere que el día y la hora en que acaecieron los hechos que motivan esta consulta, las condiciones eran de un fuerte viento y bastante racheado, condiciones, sin embargo, que, se dice, "suelen ser frecuentes" en la época del año en que ocurrió el desprendimiento del árbol que cayó sobre el vehículo del reclamante. La otra consideración se refiere a la significación de la fuerza mayor en el proceso de causalidad del daño, y, en este punto, es de destacar las notas de imprevisibilidad en su producción como uno de los elementos definidores de aquélla, para que pueda liberar a la Administración de responsabilidad. Con el sólo dato del "fuerte viento" y la ausencia inequívoca de una situación tal del árbol que, conjugada con aquél, pudiera liberar de responsabilidad a la Administración, parece al Consejo de Estado que no puede compartirse la tesis de la "fuerza mayor".

II) A) Se ha informado por la Asesoría General de la Defensa "que podría entenderse que carece de legitimación para pedir por esta vía el interesado, toda vez que la relación de servicio que le une con la Administración del Estado rompe dicha legitimación al no tratarse de un particular". La Asesoría remite para resolver respecto de la indemnización pedida, al ámbito de los daños sufridos a causa de los servicios prestados, esto es, procede

añadir, al ámbito de la relación de la función que le une con el Estado, en razón, precisamente, de la profesión militar, desempeñada —como parece inferirse—, en el Aeródromo Militar.

Este Consejo de Estado ha sostenido en sus dictámenes (y una línea inequívoca coincidente de la jurisprudencia abona también igual criterio) que la expresión “particulares”, utilizada en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y que también es la que proclama la Constitución (artículo 106.2), no excluye que los funcionarios públicos puedan hallarse en la posición de sujeto lesionado. Esto es así, sin duda, cuando el *status* de funcionario, es ajeno o neutro a la concreta situación generadora de responsabilidad, pues lo determinante es su cualidad de particular. Pero también puede comprenderse en el ámbito de los mencionados preceptos —y no hay razones para excluirle— cuando la circunstancia de funcionario, aunque lateralmente incidente en el cuadro de la responsabilidad, no resulta cualitativamente determinante de un régimen específico o singular, orientado también a coberturas económicas. Podrá ser procedente reconducir tales supuestos al seno de la relación funcional cuando al prestar los servicios, sufre el funcionario lesión material o corporal (Memoria del Consejo de Estado, año 1986, páginas 122 y sucesivas).

Cuando como aquí ocurre la relación funcional tiene un carácter lateral, la exclusión del régimen general de la responsabilidad patrimonial no parece al Consejo de Estado justificada, por cuanto rigurosamente el daño no surge en el seno estricto de la relación funcional, sino con ocasión del acceso al recinto del Aeródromo, abierto a él, precisamente, por razón de su destino en el mismo. La cobertura del daño sufrido, por lo demás, no parece que pudiera tener legítima satisfacción, ante la falta de regulaciones precisas que pudieran determinar que el régimen general cediera ante regulaciones funcionariales especiales.

B) En cuanto a la cuantía a la que debe ascender la indemnización, no se ha puesto en cuestión la total de 249.095 pesetas que resulta de sumar las dos facturas aportadas. Sin embargo, y con ocasión de la vista y audiencia, el interesado ha solicitado que a esa cantidad se añadan los intereses de demora.

En este punto el Consejo de Estado reitera su criterio según el cual el abono de los intereses procede exclusivamente en el marco del artículo 45 de la Ley General Presupuestaria de 23 de septiembre de 1988, por lo que al no darse las exigencias legalmente establecidas, no hay lugar al abono solicitado. Sin embargo, no hay obstáculo para acordar la actualización de la cantidad solicitada, para cuyo cálculo deberá tenerse en cuenta el Índice Precios al Consumo aprobado por la Dirección General del Instituto Nacional de Estadística”.

(Dictamen 53.803, de 28 de junio de 1990)

3. "Considera el Consejo de Estado que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. Se han producido unos daños a Don... como consecuencia de la indebida prolongación del servicio militar que es imputable a la Administración. Se ha verificado una lesión efectiva, individualizada y valorada en 252.933 pesetas, habiéndose reclamado su indemnización en el plazo legalmente establecido. Siendo ajustada la valoración económica contenida en el informe de la Intervención General, no cabe, sin embargo, olvidar el tiempo transcurrido desde la causación del perjuicio, lo que ha de tenerse en cuenta a efectos de que la cantidad cuyo abono procede ha de ser debidamente actualizada en relación con el momento de resolución del expediente y hacer efectivo así el principio de integridad de la indemnización de los daños causados. Para ello es preciso tener en cuenta un módulo objetivo, como puede ser el que resulte de la aplicación del índice de precios al consumo aprobado por la Dirección General del Instituto Nacional de Estadística. A tales efectos las fechas a tomar en cuenta son la de la causación del daño y la del día en que se resuelve el expediente.

(Dictamen de 12 de julio de 1990, expdte. número 54.831)

4. "Conforme resulta de los antecedentes reseñados, el incendio que ocasionó la pérdida de elementos arbóreos y especies arbustivas tuvo lugar, en efecto, como consecuencia de dicha actuación militar, lo que determina por tanto la existencia de un nexo causal entre el resultado dañoso y el funcionamiento de la Administración del Estado. Hay lugar, pues, a apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en cuanto a la producción de una lesión, efectiva, individualizada y evaluable económicamente en el patrimonio de la entidad reclamante.

Por lo que respecta a la extensión y cuantía de la indemnización, debe señalarse que, después de la práctica de una prueba a cargo de dos peritos Ingenieros Técnicos Forestales designados por una entidad pública —la Agencia del Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Madrid— ha quedado acreditado que la cantidad reclamada en 1977 por la sociedad interesada (1.500.000 pesetas) se ajusta a la realidad de los daños, debiendo entenderse que la cifra de 2.241.846 pesetas establecida como valor de las pérdidas en el referido informe pericial, no es sino la actualización de la cifra postulada hace más de doce años. Así se entiende por la Intervención General del Estado en el último de sus informes, y este criterio lo comparte el Consejo de Estado, por entender que la actualización a al que había lugar si se aceptase la indemnización reclamada en 1977 ya está implícitamente realizada en el nuevo informe pericial, cuya cantidad resultante es la que procede abonar sin más trámites".

(Dictamen de 26 de abril de 1990)

5. "Conforme se ha reseñado en la exposición de antecedentes, los hechos que dieron lugar al accidente en cuestión tienen su origen en una demostración sobre la localización de minas fumíferas realizada por una unidad militar, para la que fue invitada la población civil. Así, pues, con dicha actuación se creó una situación de riesgo objetivo, que, pese a las medidas de seguridad adoptadas, dió lugar a que se produjera la explosión de una de dichas minas, con las consecuencias lesivas que se han reseñado. Es cierto que la causa directa e inmediata de dicha lesión la constituye la inconsecuente conducta del menor perjudicado; pero, aun así, este Consejo estima, de acuerdo con los pareceres de la Intervención General y de la Asesoría Jurídica General, que no puede excluirse, en este caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, por la actuación o funcionamiento de unas unidades militares que en definitiva crearon la situación de riesgo".

(Dictamen de 21 de marzo de 1990)

3. Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador

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

B) Entiende el Consejo de Estado que, si el legislador se pronuncia por la exclusión de la responsabilidad, ni el Consejo de Ministros podrá admitir una responsabilidad, porque traspasaría, violándolos, los límites que le impone la Constitución (artículo 97), ni el Juez podría, en tanto la Ley mantuviera su vigencia, resolver, fuera del marco trazado por ella (artículo 163). Todo ello, en tanto dicha Ley no fuera declarada inconstitucional.

La necesidad de Ley que expresamente admita la responsabilidad, no debe, sin embargo, llevarse a extremos tan excluyentes, que antes el silencio

del legislador, no pueda el intérprete y aplicador de la ley llegar a un conclusión favorable, basado en un juicio razonable partiendo de la voluntad legislativa y de una interpretación de la norma en la forma más favorable para la efectividad de los principios constitucionales.

C) El sistema ha quedado diseñado por el legislador pues ha contemplado la incidencia que para el funcionario jubilado significa el adelanto de la extinción de la relación funcional, y aun el quebranto que puede suponer tal medida legislativa (Ley 50/1984, de 30 de diciembre, Disposición Transitoria Quinta; Ley 31/1988, de 28 de diciembre, Disposición Transitoria Sexta. Dos). La ley no ha guardado silencio sobre las consecuencias perjudiciales que a los funcionarios puede ocasionar la medida legislativa de jubilación. Se ha pronunciado en los términos que resultan de dichas disposiciones.

Si de esta vertiente capital de la sujeción de la Administración a la Ley resulta claro, a juicio del Consejo de Estado, que la reclamación no puede ser atendida, la solución se refuerza si se tiene en cuenta que estas reformas más o menos recientes que modifican la edad de jubilación de funcionarios públicos, rebajándola, han sido sometidas al juicio del Tribunal Constitucional, que ha concluido el correspondiente proceso constitucional con fallo que considera constitucional la indicada anticipación de la edad de jubilación. La doctrina, aunque referida a unos u otros textos legales, se ha mantenido en diversas sentencias, de modo que se cuenta hoy con un cuerpo de doctrina constitucional (Sentencias 108/1986, de 29 de julio, 99/1987, de 11 de junio y 70/1988, de 19 de abril; y en relación con otra materia –la relativa a las incompatibilidades– se reitera la anterior doctrina en las Sentencias 178/1989, de 2 de noviembre y 41/1990, y 42/1990, ambas de 15 de marzo) a la que necesariamente están sujetos los poderes públicos. El juicio de constitucionalidad del indicado artículo 33 de la Ley para la Reforma de la Función Pública o del artículo 386 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, o del Real Decreto-Ley 17/1982, equivalentes para distintos sectores de la función pública, significa, obviamente, que tanto desde la perspectiva de los preceptos constitucionales que disciplinan el modo de producción de las normas, como de los preceptos sustantivos –normas y principios– de la Constitución que garantizan los ámbitos y las condiciones definidores del contenido constitucionalmente posible de la ley, los mencionados artículos 33 y 386 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los términos en que han sido concebidos, no incurrir en inconstitucionalidad.

Para la indicada doctrina, el funcionario ostenta el derecho a la jubilación y al disfrute de las situaciones administrativas legalmente establecidas, pero no el derecho, sino la expectativa frente al legislador a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen inmodificadas por el legislador, de modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la función pública. La jubilación anticipada –dice la Sentencia 99/1987– responde a “una limitación, delimitación o regulación –general–

del contenido de un derecho, que no les priva del mismo, sino que lo configura *ex novo* o modificando una situación anterior”.

(Dictamen 54.1543, de 26 de julio de 1990)

4. Régimen especial establecido en el Convenio Hispano-Norteamericano

1. “En el actual estado de tramitación del expediente, este Consejo de Estado, no puede emitir dictamen de fondo, toda vez que, conforme al artículo 2.5 de su Ley Orgánica, tras éste no cabe remitir el asunto a informe de otro órgano, y, en el presente expediente, no ha informado el Comité Conjunto para Asuntos Político-Militares Administrativos. El artículo 9.2 del mencionado Anejo 2 establece que dicho Comité debe informar a las Autoridades Militares Españolas, con anterioridad al momento de adoptarse decisiones administrativas españolas, acerca de las reclamaciones pecuniaras que afecten al personal laboral local, procedentes de la utilización de sus servicios por las Fuerzas de los Estados Unidos de Norteamérica. En consecuencia, antes de la cuestión que plantea el expediente objeto de dictamen, es la de la procedencia de la reclamación de indemnización de daños, por los sufridos por un miembro del personal laboral local, de una Base de las Fuerzas Armadas Norteamericanas.

Los daños que sufra un integrante del personal laboral local como consecuencia del desarrollo de su prestación profesional, no se producen en el giro o tráfico administrativo, sino en el seno de una relación de naturaleza laboral y, por lo tanto, es en el ámbito de las relaciones de trabajo en el que deben resolverse las reclamaciones que se susciten, no siendo por tanto, obligatoria la consulta al Consejo de Estado en expedientes de esta índole.

El régimen jurídico del personal laboral local que presta sus servicios en las Bases de las Fuerzas Armadas Norteamericanas, está regulado en el Anejo 2, del Convenio Complementario 5, al Convenio de 2 de julio de 1982, de Amistad Defensa y Cooperación, entre el Reino de España y los Estados Unidos de Norteamérica (B.O.E. de 20 de mayo de 1983).

A tenor de lo establecido en el artículo 7 del citado Anejo, corresponde a la Administración Militar Española resolver cualquier reclamación presentada por el personal laboral local, con arreglo al procedimiento previsto en la legislación española”.

(Dictamen 54.656, de 28 de junio de 1990)

2. “El régimen jurídico de las reclamaciones patrimoniales derivadas de las acciones u omisiones imputables a las Fuerzas de los Estados Unidos de América en España está establecido en el Convenio de Cooperación para la Defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América de 1 de diciembre de 1988 (B.O.E. 6 de mayo de 1989).

El artículo 44 del referido Convenio dispone que dichas reclamaciones

serán presentadas a la Administración Militar Española y tramitadas según las normas contenidas en el artículo VIII del Convenio sobre el Estatuto de las Fuerzas de la OTAN.

El artículo VIII de este Convenio hecho en Londres en 19 de junio de 1951, dispone en su número 5, apartado a), que las reclamaciones por daños serán presentadas, tramitadas y resueltas de acuerdo con las leyes y disposiciones del Estado receptor; y el apartado e), i) del propio número 5 establece que los gastos para la satisfacción de reclamaciones serán abonadas en la proporción de un 25 por 100 a cargo del Estado receptor y un 75 por 100 a cargo del Estado de origen.

Así, pues, con respecto a los daños producidos por las Fuerzas de los Estados Unidos de Norteamérica en España, el importe de los gastos se distribuye en la forma expresada; un 25 por 100 a cargo del Estado español y 75 por 100 a cargo de los Estados Unidos”.

(Dictamen de 24 de mayo de 1990)

5. *Resarcimiento de daños irrogados a funcionarios militares, civiles al servicio de la Administración Militar y al personal laboral de la Administración Militar*

1. “II. El hoy Comandante de Artillería Don... fundamenta su petición en la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, con fecha 27 de mayo de 1985, y en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Delimitada así la cuestión en el presente expediente a los conceptos que quedan fuera del fallo de la sentencia por no referirse al derecho del recurrente a ser reintegrado al destino que ocupaba al dictarse la orden impugnada, con las consecuencias inherentes a esta declaración, incluidas las de carácter económico referentes a los haberes dejados de percibir, sólo debe significarse ahora para su constancia que la vuelta al destino de procedencia ya se acordó a todos los afectos, por la Orden 362/1526/86 al anular la que dispuso el pase del interesado a la situación de disponible forzoso, *considerándole a todos los efectos, como destinado en los destinos de procedencia, siguiendo después las vicisitudes normales por su ascenso a Comandante.*

Por lo que respecta a los haberes dejados de percibir, constan en la liquidación efectuada para la ejecución de la sentencia sin que en este expediente haya constancia de si se ha hecho efectivo o no su importe. En todo caso, corresponde al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo que dictó la sentencia resolver lo procedente en cuanto a la ejecución del fallo y a la Administración el cumplimiento de lo que resuelva dicho Tribunal (artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 103 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

III. Según expresa manifestación del interesado, su reclamación se formula “en consecuencia de la mencionada sentencia y teniendo en cuenta el

tiempo transcurrido y los cuantiosos daños y perjuicios producidos al interesado, como resultado de la aplicación de la orden anulada”, y, como el proceso contencioso-administrativo versó sobre el cese del recurrente en el destino que desempeñaba y su pase a la situación de disponible forzoso, se llega a la conclusión de que el fallo pone fin a las cuestiones planteadas, sin que sea procedente por ello la aplicación del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, aparte de que no lo sería por no ser “particular” el reclamante a los efectos de dicho precepto y sí funcionario público ligado a la Administración por esta relación.

IV. Solicita el peticionario que no se le vuelva a aplicar el artículo 55 del Reglamento de Provisión de Destinos, sobre cuyo extremo y con carácter general, el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de julio de 1987, al resolver el recurso interpuesto en interés de la Ley por el Abogado del Estado ha declarado que “por ser gravemente errónea y dañosa para la Administración y respetando la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurre, fijamos como doctrina legal que la aplicación del último párrafo del artículo 55 del Reglamento de Provisión de Vacantes para determinado Personal Militar y Asimilado, aprobado por Orden Ministerial de 31 de diciembre de 1976, no está vinculado a que los hechos que motivan las necesidades del servicio sean constitutivos de falta grave”. A la vista de esta sentencia resulta clara la improcedencia de la petición para el futuro.

V. La indemnización por el tiempo de destino forzoso en plantilla eventual, calculado según el importe de las dietas, de acuerdo con la Intervención General, se estima que no es procedente dado que el interesado estaba destinado y no en comisión de servicio y la situación de destino excluye la indemnización sin que precepto alguno autorice, en este caso, su percibo.

VI. Por lo que respecta a la indemnización solicitada por los daños morales y profesionales, ni estos han sido probados ni existe base para su valoración y sí en cambio tienen su causa originaria en una conducta que en virtud de expediente, dieron lugar en un principio a una sanción por falta grave de disciplina y sustituida por una sanción por falta leve por incumplimiento de obligaciones reglamentarias. Hay, pues, una conducta sancionada que naturalmente produce como consecuencia su efecto en la moral de quien los sufre y que tiene su causa en una conducta incorrecta.

VII. Como fundamento general y final se reitera lo ya expuesto que el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración que define el artículo 106 de la Constitución y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, comprende las lesiones que sufran los particulares y los perjuicios morales, profesionales y patrimoniales aquí delegados, se refiere al ejercicio de la función militar y a la relación funcional y los daños que sufran los funcionarios como tales hay que referirlos a su estatuto profesional, pues aquéllos resultan extraños al instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, ya que a la ordenación de

esta función le corresponde la regulación de la relación estatutaria, laboral o profesional, del personal al servicio de aquélla, en tanto que el instituto indemnizatorio tiene por objeto la reparación de las consecuencias lesivas que generan la actividad pública para quien no tiene la obligación de soportarlas.

Y reiterándolo al principio expuesto en orden de que se trata en definitiva del cumplimiento de una sentencia firme, se llega a la conclusión de que procede la desestimación de la reclamación formulada”.

(Dictamen 54.650, de 8 de junio de 1990)

6. Recursos Extraordinarios de Revisión

1. “Desde esta perspectiva, no se da en el presente caso ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo; en particular, no concurre la circunstancia primera del citado precepto legal, pues exige la existencia de un “*manifiesto error de hecho*”, que, como tiene establecido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de éste Consejo, excluye todo aquello que se refiere a cuestiones jurídicas e interpretación de disposiciones legales. Además, el error de hecho debe ser manifiesto, es decir, evidente e indiscutible, pudiendo observarse –según estableció la Sentencia del Tribunal Supremo del 5 de diciembre de 1977– teniendo únicamente en cuenta los datos del propio expediente administrativo.

En el asunto sometido a consulta, la interesada atribuye a la Administración una inadecuada interpretación y aplicación de la legislación (error jurídico), lo que, como se dice, que fuera del ámbito limitado del recurso extraordinario de revisión y, en particular, de la circunstancia primera del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que procede la desestimación del recurso”.

(Dictamen de 8 de febrero de 1990)

2. “I. El asunto sometido a dictamen se refiere al recurso extraordinario de revisión interpuesto por el ex guardia civil D.... contra la resolución del Director General de la Guardia Civil de fecha 21 de enero de 1985, dictada en el expediente gubernativo nº 6/81; T/1984, por la que se acordó la separación del servicio del recurrente al considerarlo incurso en el apartado segundo del artículo 1.011 del entonces vigente Código de Justicia Militar (“*observar mala conducta habitual e incorregible según informe de dos jefes de los que hubiere tenido*”).

El Sr.... califica su escrito como “*reclamación administrativa y subsidiariamente recurso de revisión en base a lo dispuesto en el artículo 79 y 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo respectivamente...*”. La Administración instructora, por su parte, ha calificado y tramitado el citado escrito como un recurso administrativo extraordinario de revisión, correctamente a juicio de este Consejo.

En efecto, el interesado conecta la que denomina "reclamación administrativa" al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el "recurso de revisión" al artículo 127 del mismo texto legal. La "reclamación administrativa" citada respondería a la detectada notificación defectuosa de la resolución impugnada, en la que se omitió la referencia a su firmeza o no en vía administrativa y a los recursos procedentes. Se observa a este respecto que el contenido íntegro de la citada resolución fue notificado al ahora recurrente, de tal forma que, transcurridos 6 meses desde que se produjo efectivamente dicha notificación (acaecida el día 8 de febrero de 1985), surtió plenos efectos, al operar la "subsanción automática" prevista para tales casos en el artículo 79.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

De ahí que carezca de virtualidad alguna ahora la denuncia sobre la notificación defectuosa de la resolución impugnada (si con ello se pretende su subsanción), al haberse producido, como se dice, tal subsanción transcurridos 6 meses desde la efectiva notificación. En definitiva, es correcta la calificación y tramitación dada al escrito del Sr. ... como recurso administrativo extraordinario de revisión (sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá).

Sin embargo, el interesado no cita en su escrito ninguno de los apartados concretos del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, si bien podría deducirse que pretende apoyar el recurso en la circunstancia primera del artículo 127 citado, es decir, que al dictar el acto administrativo se hubiera incurrido en un manifiesto error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. Afirma que en el expediente administrativo en su día incoado no quedaron suficientemente probados los hechos que se le imputaban.

II. Pues bien, en cuanto al plazo en la interposición del recurso, aspecto de examen necesariamente previo, estima este Consejo que, efectivamente, se presentó dentro de los 4 años siguientes "a la fecha de notificación de la resolución impugnada" (artículo 128.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo), habida cuenta de que esta última se notificó de manera defectuosa y no surtió plenos efectos, como se dice, sino transcurridos 6 meses desde su notificación real (artículo 79.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Tal conclusión se obtiene, no sólo por aplicación del principio pro actione, sino que deriva de una interpretación sistemática de los preceptos reguladores de la notificación de los actos administrativos. No sería congruente que el plazo para la interposición de los recursos administrativos ordinarios, en supuestos de notificaciones defectuosas (en las que se haya puesto de manifiesto al interesado el contenido íntegro del acto), comience a computarse a los 6 meses desde la notificación real (excepto si el interesado hubiera hecho protesta formal dentro de dicho plazo o hubiera interpuesto el recurso pertinente), y, en cambio, en el caso del recurso administrativo extraordinario de revisión se compute desde dicha notificación real, sin tomar

en consideración el carácter defectuoso de la notificación misma. En definitiva, se impone, a juicio de este Consejo, un tratamiento similar de ambos supuestos en lo que se refiere a la fijación del "*dies a quo*" para el cómputo del plazo para su interposición.

Tras las anteriores consideraciones, se observa que la resolución impugnada fue notificada al interesado el día 8 de febrero de 1985, si bien, como se dice, se omitió la referencia a si era o no firme en vía administrativa y a los recursos procedentes, por lo que no surtió plenos efectos hasta el día 8 de agosto siguiente (transcurridos 6 meses), momento a partir del cual debe computarse el plazo de 4 años previsto en el artículo 128.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Y dado que el recurso extraordinario de revisión tuvo entrada en el Gobierno Civil de Granada el día 20 de julio de 1989, se llega a la conclusión de que fue presentado dentro de plazo.

III. Por lo que se refiere al fondo, en modo alguno se deduce "manifiesto error de hecho" en la resolución impugnada. La posición ahora del recurrente se dirige más bien a poner en duda la valoración efectuada entonces de las distintas actuaciones habidas en el expediente administrativo, lo que excede del alcance dado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de este Consejo a la expresión "manifiesto error de hecho".

Por otro lado, según se deduce del escrito del Sr...., éste pretende que se le aplique de manera retroactiva la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, sobre el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de acuerdo con su disposición transitoria segunda, petición que deberá sustanciarse a través del oportuno procedimiento, sin que, desde la perspectiva del recurso de revisión objeto del presente dictamen, proceda su examen, al constituir una cuestión eminentemente jurídica (que excede, por tanto, el alcance del apartado primero del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

(Dictamen 54.658, de 19 de abril de 1990)

3. "El asunto sometido a dictamen se refiere al recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Teniente Coronel de la Guardia Civil D.... contra la resolución del Capitán General de la Tercera Región Militar de 14 de febrero de 1966, por la que fue sancionado el recurrente con el correctivo de dos meses y un día de arresto militar como autor de una falta grave de quebrantamiento de arresto (artículo 437 del entonces vigente Código de Justicia Militar), con el efecto de pérdida del tiempo para el servicio y antigüedad durante su cumplimiento.

El Sr.... fundamenta su recurso en el apartado primero del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, es decir, que al dictar el acto administrativo se hubiera incurrido en un manifiesto error de hecho que resulta de los propios documentos incorporados al expediente. Afirma que ha acaecido tal error al no haberse apreciado en la resolución impugnada el estado de necesidad que, a su juicio, justificó su salida del domicilio sin la previa autorización pertinente.

Pues bien, con independencia del alegado error de hecho, se impone previamente delimitar si el recurso se interpuso o no dentro de plazo.

En este sentido, el artículo 128.1 de la Ley Procedimental establece que el recurso de revisión se interpondrá, cuando se trate de la causa primera del artículo 127 (en la que fundamenta sus recursos el Sr.), dentro de los 4 años siguientes a la fecha de notificación de la resolución impugnada.

En el presente caso, el recurrente impugna la resolución del Capitán General de la Tercera Región Militar de fecha 14 de febrero de 1966 (notificada el mismo día), sin que conste que interpusiera recurso alguno contra la misma. El "*dies a quo*" para el cómputo del citado plazo de 4 años es, por tanto, el día 14 de febrero de 1966, siendo evidente por ello que el recurso de revisión objeto del presente expediente se ha interpuesto notoriamente fuera de plazo (tiene fecha del día 31 de enero de 1989).

Por otro lado, en modo alguno puede servir para enervar tal conclusión la aducida aplicación de la Constitución de 1978 a supuestos de indefensión anteriores a su entrada en vigor, máxime casi 11 años después de dicha entrada en vigor, pues, con independencia de otros aspectos jurídicos relacionados con esta cuestión, padecería sensiblemente el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, si se permitiera revisar un acto administrativo al amparo de la circunstancia primera del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo transcurridos más de 22 años desde que adquirió firmeza.

En definitiva, el recurso extraordinario de revisión fue interpuesto extemporáneamente, por lo que procede su inadmisión. Dada tal conclusión, es innecesario entrar a examinar los argumentos de fondo alegados por el Sr... en apoyo de su recurso, con independencia de que de su planteamiento no deduce este Consejo error de hecho alguno a los efectos del artículo 127.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo".

(Dictamen número 54.640, de 19 de abril de 1990)

4. "Fundamenta el interesado su recurso en el artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin hacer mención explícita a circunstancia alguna de las previstas en el citado precepto legal. No obstante, del contenido de su recurso se desprende que el interesado pretende apoyarse en la circunstancia primera del artículo 127, al entender que se ha producido un error en los hechos que sirvieron de base a la denegación de la solicitud en su día formulada.

La mencionada circunstancia primera del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo exige que, al dictar el acto administrativo, se hubiera incurrido en manifiesto error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

Pues bien, coincide este Consejo con el parecer de los órganos preinformantes, en el sentido de que procede desestimar el recurso extraordinario de revisión interpuesto. En efecto, en el presente caso no concurre el "mani-

fiesto error de hecho” que pretende imputar el interesado a las resoluciones administrativas impugnadas, consistente en no haber apreciado adecuadamente que la lamentable enfermedad que padece el Sr.... se produjo efectivamente como consecuencia de la prestación del servicio militar.

Como tiene establecido el Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia de 5 de julio de 1978, el manifiesto error de hecho que haya de desprenderse de los documentos incorporados al expediente no se puede equiparar a la mayor o menor consistencia, a los efectos de valoración de prueba, de los datos fácticos puestos de manifiesto en el expediente y en que se apoyó la resolución impugnada, con independencia de que, además, el error de hecho ha de ser “manifiesto”, es decir, evidente e indiscutible.

En el asunto que se dictamina el interesado pretende apoyarse en una distinta apreciación de las pruebas, manteniendo una posición contraria al contenido de los informes emitidos por el Tribunal Médico Superior de las Fuerzas Armadas, que sostiene indubitablemente, desde una perspectiva médica, que la enfermedad que padece el interesado no tiene relación alguna con el servicio que prestaba, razón por la que mantienen su parecer contrario al ingreso del Sr.... en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra.

En definitiva, procede desestimar el recurso extraordinario de revisión, por no concurrir los requisitos exigidos en la circunstancia primera del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo”.

(Dictamen de 30 de mayo de 1990)

5. “En este sentido, la cuestión relativa a la posible derogación o no por parte de esta última norma legal de la anterior del año 1940, constituye una cuestión eminentemente jurídica y, como tiene establecido reiterada jurisprudencia el Tribunal Supremo y ha sostenido en numerosos dictámenes este Consejo de Estado, excede el ámbito de los errores de hecho (por contraposición a los errores de derecho) todo aquello que se refiere a cuestiones jurídicas, interpretación de disposiciones legales y calificaciones que puedan establecerse (entre otros muchos, dictamen del Consejo de Estado 54.465, de 1 de marzo de 1990)”.

(Dictamen de 19 de julio de 1990)

6. “El asunto sometido a dictamen se refiere a un recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa D.... contra tres Reales Decretos por los que fueron promovidos al empleo de General Auditor del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa tres Coroneles Auditores, que, según el recurrente, eran de menor antigüedad en la fecha de ingreso en los Cuerpos Jurídicos de origen y en el empleo mismo de Coronel Auditor, lo que, a su juicio, ha comportado una postergación del mismo.

En este sentido, sostiene el Sr.... que se ha producido un evidente error al valorar el Consejo de Ministros su *curriculum* jurídico militar, concurriendo, a su juicio, la circunstancia primera del artículo 127 de Decreto 1408/1966, de 2 de junio, sobre procedimiento administrativo militar (artículo 127.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Coincide, sin embargo, este Consejo con la propuesta de resolución desestimatoria del recurso, toda vez que la argumentación que le sirve de apoyo no justifica la existencia de un manifiesto error de hecho a los efectos previstos en el citado artículo 127.1 de la Ley Procedimental.

En efecto, el Sr.... no imputa en realidad la comisión de un "manifiesto error de hecho", sino que discute si la valoración efectuada por el Consejo de Ministros de su *curriculum* fue o no acertada, pues, según sostiene, sus méritos son superiores a los Coroneles Auditores promovidos al empleo de General Auditor mediante los Reales Decretos impugnados.

Lógicamente, tal cuestión es ajena al objeto propio del recurso extraordinario de revisión (concretamente a la circunstancia primera del artículo 127 de la Ley Procedimental), pues la fijación de unas causas tasadas para la estimación de los recursos de revisión (y su interpretación estricta) responde a la necesidad de evitar la desnaturalización de este recurso, convirtiéndolo en una forma de reabrir extemporáneamente, a través de los plazos previstos en el artículo 128 de la Ley de Procedimiento Administrativo, las vías ya caducadas, para discutir —como se pretende en este caso— aspectos propios, en su caso, de los recursos ordinarios mismos.

Sin entrar a valorar el extenso *curriculum* del recurrente, lo cierto es que la promoción al empleo de General Auditor dependía enteramente del Consejo de Ministros, para lo que, dadas determinadas circunstancias, gozaba de discrecionalidad (artículo 8 de la Ley 6/1988, de 5 de abril de creación del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa). El Consejo de Ministros hizo uso precisamente de dicha potestad discrecional, sin que en esta sede y en los términos planteados sea admisible jurídicamente imputar a dicho órgano un manifiesto error de hecho como consecuencia de la valoración que hizo de los méritos personales de cada uno de los aspirantes al decidir sobre la promoción a General Auditor.

En definitiva, examinado el asunto desde la perspectiva del recurso extraordinario de revisión, procede desestimar al no concurrir la alegada circunstancia primera del artículo 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

(Dictamen de 12 de julio de 1990)