

REVISTA
de ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

103 ENERO
JUNIO
2015

MADRID

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado Mayor del Consejo de Estado

SUMARIO:

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL.- II. Doctrina legal: concesiones administrativas. Supresión del riesgo y ventura. Aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*. Concepto de riesgo operacional.

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en el periodo referenciado sobre varias cuestiones de técnica normativa de interés.

En el dictamen 782/2014, ha señalado que la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno según previene el artículo 97 de la Constitución. Los titulares de los Departamentos ministeriales también la tienen, pero ceñida, en principio, a cuestiones domésticas. Para poder regular situaciones jurídicas generales de terceros ajenos a la Administración, es preciso que cuenten con una habilitación legal expresa. Con base en dicho criterio, en el mencionado dictamen —relativo a una regulación de transporte de mercancías—, expuso que «en el caso presente, a la vista del tenor del artículo 43.1.g) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, el Consejo de Estado considera la fijación de las condiciones específicas para la obtención de la autorización de transporte terrestre de mercancías, en cuanto deferida a lo que “reglamentariamente se establezca”, corresponde exclusivamente al Gobierno

mediante Real Decreto. No cabe hacerlo mediante orden ministerial. Por otra parte, tampoco cabe introducir por vía de orden ministerial un concepto de “vehículo cuya masa máxima autorizada supere las 2 toneladas pero no las 3,5” para obtener la autorización de transporte público. Esta noción difiere sustancialmente del concepto de vehículo ligero contenido en el artículo 47.3 del Reglamento de la Ley de Transportes Terrestres. Por todo ello, el Consejo de Estado considera que los contenidos de los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo único, de la disposición adicional única y de la disposición transitoria primera de la Orden proyectada deben aprobarse mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros».

La necesidad de asegurar la unidad normativa, evitando la proliferación de disposiciones independientes, también ha sido objeto de reflexión. Con ocasión del informe de un proyecto normativo en materia ferroviaria que desglosaba parte del contenido de un reglamento general en un real decreto independiente, el Consejo afirmó que «no existe obstáculo legal para hacer uso de la opción elegida —la de regular la investigación de accidentes mediante un real decreto distinto de la disposición reglamentaria que disciplina la seguridad en la circulación ferroviaria—. No obstante, el Consejo considera que hubiera sido más adecuado mantener la regulación proyectada en el Reglamento sobre seguridad en la circulación ferroviaria. Varias son las razones para ello, a saber: La investigación de accidentes es materia propia y específica de la seguridad en la circulación ferroviaria. Existe una disposición reglamentaria —frente a lo que sucede en el ámbito aeronáutico donde falta un instrumento normativo análogo— que tiene vocación de regular la totalidad de la materia afectada y que verá cercenado su objeto. Y, en fin, la seguridad jurídica así lo aconseja. La seguridad jurídica —consagrada constitucionalmente en el artículo 9 de la Constitución— tiene, junto a su vertiente material, una formal que obliga, entre otros efectos, a evitar la dispersión normativa. Las regulaciones deben insertarse en su sede propia —recuérdese la prohibición de las *leges saturae* ya en el derecho romano—, evitándose tanto la proliferación de normas como la dispersión de los instrumentos formales en las que se contienen. La proliferación y dispersión de las normas provoca dificultades a la hora de localizarlas —entorpeciendo las labores de su búsqueda y elección, que son presupuesto para su aplicación—, llevan al marasmo y por consiguiente a la inseguridad— (Dictamen 512/2014).

Ahondando en la cuestión, en otro expediente, se llamó la atención sobre la dificultad de la regulación existente, derivada del rimero de normas aplicables. En tal sentido, se dijo que «ahora bien, el Consejo de Estado no puede dejar se señalar que la ya existente complejidad del ordenamiento

aplicable en la materia se verá agravada con la aprobación de la norma proyectada. El número de regímenes jurídicos aplicables (...) se verá ampliado a resultas de la expedición del proyecto de Real Decreto sometido a consulta. Así las cosas resultarán —como ya lo es hoy— difícil para los muchos y familiarizados con ellas y especialmente arduo para quienes no están tan avezados determinar las normas aplicables y las prolijas obligaciones jurídicas que imponen. Una situación como la descrita se complace mal con el principio de seguridad jurídica —consagrado constitucionalmente en el artículo 9 de la Constitución— que exige que la norma de la norma aplicable sea sencilla y que esta además sea clara y cierta. Resulta, por otro lado, poco acorde con principio de buena administración —que opera también en el ámbito normativo— en los términos definidos por las normas y la jurisprudencia europea» (Dictamen 387/2014).

El Consejo ha llamado la atención, por otra parte, sobre la diferencia entre las nociones de supletoriedad y subsidiariedad de normas y la distinta forma de jugar una y otra. Así, en el dictamen 306/2015, se afirmó: «Sabido es que, en el juego de la aplicación de los grupos normativos, las nociones de supletoriedad y subsidiariedad ni son identificables, ni desempeñan igual función en el caso de vacíos normativos. La supletoriedad comporta la aplicación en un grupo normativo que presenta una laguna de las normas existentes en otro distinto reguladoras la misma institución. La subsidiariedad, por el contrario, encuentra su fundamento en el *argumentum a similitudine* (*in casibus omissis, deducenda est norma legis similibus*). Y comporta la aplicación en el ámbito de un grupo normativo que presenta lagunas de los criterios que pudieran extraerse de otro grupo normativo distinto y regulador de instituciones jurídicas diferentes. Por consiguiente, cuando la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2003, de 17 de diciembre, hace referencia a la aplicación subsidiaria de la regulación de los contratos públicos está declarando expresamente que los títulos habilitantes no son contratos, ni participan, por asimilación, de su naturaleza o régimen jurídico. Así las cosas, a juicio del Consejo de Estado debe quedar claro que el título habilitante ni tiene naturaleza contractual, ni le resulta de aplicación —fuera de lo estrictamente dispuesto— la regulación atinente a los contratos de gestión de servicios públicos. Así hay que decirlo en la Orden proyectada y, también, en su momento, en el pliego de condiciones que se apruebe. El título habilitante es una simple licencia, de las que la doctrina calificó de *ut facias*. Tras la liberalización, la actividad de transporte ferroviario de viajeros es una actividad privada *destinada al público* —que no un servicio público ni un servicio de interés económico general—, sujeta a una reglamentación administrativa especialmente intensa por razón del interés

público. Ahora bien, este especial régimen de sujeción del prestatario de la actividad ni lo constituye en contratista público, ni le habilita para accionar frente a la Administración en relación con el resultado económico de su actividad. En consecuencia, la explotación deberá realizarse a riesgo y ventura del operador adjudicatario del servicio. El operador privado accede por medio de la obtención del correspondiente título habilitante a la prestación del servicio, pero dicha licencia no es título jurídico alguno que le ligue a la Administración pública en el ámbito económico. En otros términos, la prestación del servicio no tiene como contrapartida derecho económico alguno del autorizado derivado de los eventuales riesgos derivados de su explotación. La prestación del servicio es una actividad privada, desarrollada exclusivamente a su riesgo y ventura. La Administración otorgante del título habilitante permanece pues ajena a la suerte o desventura del operador del servicio. Esta idea debe informar claramente la regulación proyectada y el futuro pliego de condiciones, orillando en la medida de lo posible el uso de terminología propia de los contratos y referencias a la legislación reguladora de estos».

El Consejo ha llamado también la atención sobre la conveniencia de que respetar la verdadera naturaleza del procedimiento de elaboración de las disposiciones, en cuanto cauce formal encaminado a la aprobación de una norma con el específico fin de asegurar la consecución de un determinado fin o satisfacer un interés público. En dicho procedimiento, han de ponderarse de manera efectiva las razones que amparan el fin o interés público a satisfacer y las distintas soluciones consideradas para ello. No debe olvidarse que las normas constituyen instrumentos básicos para el desarrollo de las políticas públicas. Por ello, resulta primordial que tengan unos determinados niveles de calidad, tanto en su elaboración como en su aplicación y cumplimiento. Es preciso, de una parte, asegurar que son claras, comprensibles, proporcionales a los objetivos perseguidos y ejecutables (*factibilidad*) y, de otro lado, comprobar que generan los beneficios prometidos y no constituyen en una rémora, bien para la libertad de los ciudadanos, bien para la actividad económica (*practicabilidad*). Todo ello solo se alcanza dando pleno sentido y eficacia al procedimiento previsto legalmente para elaborar las disposiciones generales. Por consiguiente, no se trata de acumular informes y sustituir borradores. Los informes deben recabarse sobre textos que han alcanzado un grado de maduración suficiente y, solo cuando se hayan recabado y obtenido todos los preceptivos, resulta procedente reelaborar el texto en el que se señalen y razonen las diferentes aportaciones, siendo este el sometido a los informes finales —como son los del Consejo Fiscal, el Consejo General del Poder Judicial y, en último

término, el de este Alto Cuerpo—. Solamente así los informantes podrán saber con certeza sobre qué recaen sus informes.

En relación con las normas, se ha dicho que «la utilización de concepto jurídicos indeterminados, categoría bien conocida en el derecho público, tanto español como comparado, y que precisamente ha servido y sirve como instrumento de control de la acción administrativa, no equivale a “vaguedad” e “imprecisión”. En efecto, todo concepto jurídico indeterminado tiene, de una parte, un núcleo, cierto y seguro, que constituye su significado primario y que está configurado por datos previos objetivos y determinados, y, de otro lado, un halo, zona que rodea al núcleo, zona donde no existe una certeza previa y cuya determinación exige desplegar la idea nuclear del concepto. Pero la inexistencia de una certeza previa en este halo no comporta indefectiblemente la vaguedad o imprecisión. Todas las zonas del concepto están iluminadas o inspiradas por la idea que constituye el núcleo, de manera que, por difusos que sean los límites del halo, es posible fijarlos de manera objetiva y cierta con referencia a aquel. En tal caso, el operador jurídico, tanto administrativo como judicial, debe proceder “razonablemente” al apreciar las circunstancias del caso. La razón jurídica no es una razón mecánica y, por ello, el legislador no puede prever detalladamente todas y cada una de las circunstancias del caso al que hay que aplicar la ley, especialmente en materia tan fluida como es el mantenimiento de la seguridad ciudadana. Por eso, es adecuado y razonable tanto el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados, como a lo razonable de la interpretación de la norma y la valoración de los hechos en presencia. Ello no supone abrir la puerta a la arbitrariedad sino a dejar un ineludible margen a la discrecionalidad tanto de la dirección política de la seguridad ciudadana que compete al Gobierno según el artículo 97 de la Constitución y que reitera el texto consultado, como de la Administración policial que ha de ejecutar dichas decisiones. Y bien es sabido que, en un Estado de derecho como es España, la discrecionalidad —en cuanto especificación de una solución justa entre las varias que se ofrecen al operador jurídico— puede ser valorada y controlada por la jurisdicción como toda la actividad administrativa sin excepción (artículo 106.1 de la Constitución). También conviene señalar, a la vista de las consideraciones vertidas en el expediente, que si la jurisprudencia ordinaria, como fuente complementaria del ordenamiento (artículo 3 del Código Civil), debe ser tenida en cuenta a la hora de introducir nuevas normas en el mismo, su peso es mayor cuando se trata de ejercer la potestad reglamentaria cuando se trata ejercitar la legislativa. Cuando se trata de esta última, la doctrina jurisprudencial —aun siendo siempre un valioso criterio orientador— no puede constituirse en

un obstáculo o límite de la libertad soberana del legislador, únicamente sometida a la Constitución y cuyo desarrollo solo a él compete».

Por último, es palmario el proceso de envilecimiento de la ley. La ley ha dejado de ser un instrumento normativo limitado a regular las cuestiones relevantes para ocuparse de minucias; para hacer declaraciones retóricas o inadecuadas. Tal circunstancia no ha sido pasado por alto por el Consejo quien ha señalado, en relación con el anteproyecto de ley de seguridad ciudadana, que «el Anteproyecto de ley contiene numerosas declaraciones que ni constituyen, ni incorporan auténticas normas jurídicas, ignorando que estas no tienen como finalidad la de instruir, informar o formar. No ignora el Consejo de Estado que son numerosas las disposiciones legales que ahora participan de esta configuración, pero ello no debe llevar a dejar de llamar la atención sobre este hecho. El lenguaje jurídico debe huir del estilo suasorio (*lex iubet, non suadet*), del estilo de la convicción y didáctico (*lex iubet, non docet*) y, en fin, del estilo descriptivo. Por otra parte, el texto consultado resulta excesivamente reglamentista en algunas de sus previsiones. Sirva como botón muestra diversos aspectos de la proyectada regulación del Documento Nacional de Identidad (artículos 8, 9 y 10) o la del pasaporte (artículos 11, 12 y 13). Las normas legales, en cuanto ocupan el grado superior del ordenamiento, deben ceñir, preferentemente, sus previsiones a las materias respecto de las cuales existe una reserva en su favor y afectan a los derechos y libertades de los ciudadanos. No resulta adecuado incorporar a disposiciones de rango legal previsiones de carácter meramente instrumental o accesorias, propias, por su propia naturaleza, de las normas reglamentarias» (Dictamen 557/2014).

II. DOCTRINA LEGAL: CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. SUPRESIÓN DEL RIESGO Y VENTURA. APLICABILIDAD *REBUS SIC STANTIBUS*. CONCEPTO DE RIESGO OPERACIONAL DE LA CLÁUSULA

«1. Se somete a consulta la cuestión relativa a si procede modificar unilateralmente por la Administración el contenido del contrato de concesión –en concreto, el sistema de compensación o restablecimiento del equilibrio económico-financiero- de la concesión, unificada por Real Decreto 126/1984, de 25 de enero, de que es titular la entidad Autopistas, bien mediante el ejercicio de la potestad administrativa de modificación de los contratos, bien con base en la cláusula *rebus sic stantibus*.

(.../...)