

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardos Ruiz
Capitán Auditor (e.v.)
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL: ANÁLISIS DE LA DOCTRINA DE LA RELATIVA AL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE RESARCIR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS FUNCIONARIOS EN SU VEHÍCULOS PARTICULARES CON OCASIÓN DE UNA COMISIÓN DE SERVICIO.- II.- DOCTRINA LEGAL: 1. RESPONSABILIDADES CIVILES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS; 2. REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

1. En repetidas ocasiones, los funcionarios presentan reclamaciones de indemnizaciones de daños y perjuicios sufridos en sus vehículos particulares con ocasión o por consecuencia del desempeño de su trabajo y de asuntos oficiales. De ordinario, dichas reclamaciones se basan genéricamente en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa o, incluso, de forma única, en el artículo 106 de la Constitución.

Ahora bien, a la vista de como está construido el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tanto en el artículo 106 de la Norma Fundamental como en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (ahora, el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), cuando el reclamante ostenta la condición de funcionario, el tenor literal de los mencionados preceptos impide que los daños sufridos por el propio vehículo, en los casos en que es utilizado para el desempeño de su función, sean resarcidos por esta vía, pues el reclamante

carece de legitimación, por no tratarse de un particular. Como se ha señalado, las indemnizaciones en el seno de las relaciones jurídicas específicas —como la de funcionario— se definen y sustancian dentro de dicha relación especial y conforme al régimen propio de su contenido.

2. No obstante lo expuesto, la situación de los funcionarios que sufren daños en sus bienes y derechos con ocasión del servicio que prestan no queda desprotegida. Antes al contrario, el artículo 23.4 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública (los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio), al igual que ya antes lo hacía el artículo 101.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado para éstos, establece el principio general con arreglo al cual no puede derivarse del desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo ningún perjuicio económico patrimonial para el funcionario. Así pues, el funcionario público no debe soportar a su costa un daño generado en el seno de la relación funcional y que no tenga su causa material en culpa atribuida al propio funcionario (*Dictámenes del Consejo de Estado números 51.051 y 53.971*). Por todo ello, la pretensión indemnizatoria no tiene amparo en estos casos sino en el seno específico del régimen de utilización de vehículos particulares en comisiones de servicio.

3. Como se ha puesto de manifiesto, no todos los daños sufridos en los vehículos particulares de los funcionarios con ocasión de un servicio son resarcibles por la Administración. Así se ha señalado que

...cuando el funcionario, por propia decisión, incluso autorizada por la Administración, realiza el desplazamiento según el régimen reglamentariamente establecido para los supuestos de utilización del vehículo particular durante una comisión de servicio, no ha lugar a la compensación por daño cuando se produce un accidente, perjuicio o gasto extraordinario. Y ello porque la contraprestación económica por el uso del vehículo particular se establece en la reglamentación aplicable a este tipo de comisiones, incluyéndose ya en la cantidad establecida por kilómetro todo coste para la Administración, de tal modo que, al aceptarse este régimen, la responsabilidad que deriva para el poseedor del vehículo por los daños que se causen mientras es utilizado no se trasladan a la Administración. El riesgo se asume por el poseedor del vehículo, en lo que no se derivan hacia una entidad aseguradora. La Administración no se erige en responsable por los daños que el vehículo cause mientras es utilizado o por los daños padecidos por el poseedor del vehículo. La utilización del vehículo particular comporta un riesgo cuyo tratamiento no se altera por la circunstancia de que el desplazamiento se conecte a una comisión de servicio. El medio de transporte —remunerado adecuadamente— soporta sus pro-

pios costes, de los que el riesgo es uno de ellos, satisfaciéndose por la Administración la cantidad reglamentariamente prevista y a la que, mediante su voluntad, el funcionario, se ha adherido voluntariamente (Dictamen del Consejo de Estado número 742/91).

A la vista de lo expuesto en el transcrito dictamen y en otros análogos, puede afirmarse que existe una doctrina del Alto Cuerpo Consultivo que se sintetiza en las siguientes afirmaciones:

a) La prestación contemplada en el artículo 23.4 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, debe calificarse de compensatoria.

b) El precepto indicado tiene un desarrollo reglamentario en el Real Decreto 236/88 —antes en el Decreto 176/75— que regula, entre otras indemnizaciones, la llamada especial, definida como *compensación que se otorga al funcionario por daño, perjuicio o gastos extraordinarios que impliquen determinadas comisiones.*

c) El sistema vigente establece que los funcionarios públicos no deben soportar, a su costa, un daño generado en el seno de la relación funcional y que no tenga su causa material en culpa atribuida al propio funcionario.

ch) La indemnización por utilización de vehículo propio en una comisión de servicio no es de las comprendidas en el régimen de la llamada indemnización especial.

d) El régimen de la indemnización por utilización de vehículos particulares en comisión de servicio, a la vista de la regulación existente, determina que la contraprestación económica se fija en función de las características del vehículo y del kilometraje recorrido, comprendiéndose en la cantidad establecida el costa para la Administración, de modo similar a todo desplazamiento en medio de transporte ajeno a la Administración.

e) La responsabilidad derivada para el poseedor del vehículo, por los daños que él mismo cause o los propios y también los irrogados a un tercero, no se traslada a la Administración.

f) El medio de transporte —remunerado adecuadamente— soporta sus propios costes, de los que el riesgo es uno de ellos.

g) La Administración debe satisfacer la cantidad prevista reglamentariamente y a la que el funcionario de forma libre se ha adherido.

El criterio expuesto es de aplicación aunque el causante del daño sea insolvente, como señaló el Consejo de Estado en *Dictamen número 53.971*, al afirmar

...la Administración Pública no asume la responsabilidad de terceros insolventes o de las insuficientes coberturas mediante el seguro o de las dificulta-

des de la localización del infractor de cualquiera otra, en el cuadro de la responsabilidad por colisión de vehículos...

4. Sin embargo, no resulta de aplicación la doctrina expuesta:

A) Cuando el funcionario utiliza su vehículo particular, en el ejercicio de sus funciones, pero para impedir un delito o evitar la producción de un daño. Así, el Consejo de Estado estimó que procedía indemnizar al funcionario de prisiones que, cuando llegaba al Centro Penitenciario en su vehículo particular, se percató de que un interno se evadía y salió en su persecución utilizando su vehículo particular. En dicha persecución, su vehículo resultó dañado al lanzar el evadido el coche que acababa de robar contra el automóvil del funcionario. En efecto,

...Aunque el funcionario reclamante no se encontraba de servicio en el momento de los hechos que originan la reclamación y, por tanto, su conducta no puede considerarse de un modo riguroso y estricto como de cumplimiento y ejecución material de acto de servicio, sin embargo sí se hallaba en el ejercicio de funciones públicas puesto que, como agente de la policía judicial (artículo 283.7 L.E.Crim.) tenía obligación de detener al que se fugare del establecimiento penal en el que se halle extinguiendo condena (artículo 492, en relación con el artículo 490.3 L.E.Crim.) (Dictamen del Consejo de Estado número 55.630).

B) O cuando el funcionario utiliza su vehículo particular, con expresa autorización, para atender una orden urgente ante la cual ni cabe recabar el empleo de un automóvil oficial ni emplear un medio público de transporte (*Dictamen del Consejo de Estado número 55.102*).

C) En los casos en que el daño excede de la relación específica en la que debe sustanciarse y es apreciable una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida. Así, resulta indemnizable el daño sufrido por un funcionario de prisiones que, en su calidad de inspector de servicios, se desplazó en su vehículo particular a un establecimiento para el ejercicio de una comisión oficial, aparcando el automóvil en el interior del recinto penitenciario. Mientras desempeñaba su cometido, el vehículo sufrió daños producidos con un objeto punzante (*Dictamen del Consejo de Estado número 54.613*).

CH) O cuando es la Administración quien ordena al funcionario, por razones de servicio y a fin de garantizar su discreción, la utilización del vehículo particular (*Dictamen del Consejo de Estado número 50.753*).

D) Y, por último, en los casos en que la utilización del vehículo particular viene impuesta por las circunstancias objetivas concurrentes, como es la ausencia de

medios públicos de transporte directos entre la localidad de residencia del funcionario y la población a prestar la comisión de servicio, la celebración de una huelga de los trabajadores del sector de transportes en el área colindante al lugar de cumplimiento de la comisión y la consignación en el pasaporte correspondiente de que la autorización para el uso del vehículo propio no se hacía a instancia del interesado sino por disposición del Mando (*Dictamen del Consejo de Estado número 408/91*).

5. La doctrina recogida y sentada por el Consejo de Estado es plenamente aplicable a quienes prestan sus servicios en la Administración Militar, tanto civiles como militares. Es más, gran parte de los dictámenes reseñados se han emitido con ocasión de consultas solicitadas por el Ministro de Defensa.

II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

1. Responsabilidades civiles de los miembros de las Fuerzas Armadas

Primero.— La Asesoría Jurídica General del Ministerio emitió informe, con fecha 6 de marzo de 1990, respecto de la posibilidad de pago de responsabilidades civiles imputadas al Capitán de Infantería Don Virgilio..., en Sentencia dictada en Juicio de Faltas 2126/87, del Juzgado del Distrito de Aranjuez, confirmada posteriormente, en apelación, por el Juzgado.

Según se desprende del citado informe, los hechos habían sido los siguientes: a) con ocasión de unas maniobras se produjo el fallecimiento del soldado D. Victoriano que iba bajo el mando de aquel Capitán, cuando la antena que portaba entró en contacto con un cable de alta tensión, propiedad también del Ministerio y que se encontraba a menor altura de la reglamentaria; b) el Juzgado del Distrito de Aranjuez condenó al Capitán, como autor de la falta prevista en el artículo 586.3 del Código Penal, a la pena de multa de 10.000 ptas., a la de represión privada y a que indemnizara a D. Victoriano en 1.000.000 ptas., declarando *responsable civil directo al Ministerio de Defensa*; c) interpuesto recurso de apelación, el Juzgado de Instrucción de Aranjuez lo estimó parcialmente y declaró la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio de Defensa por entender que no podía acordarse su responsabilidad civil directa, *quedando en todo caso abierta la vía contencioso-administrativa para exigir la responsabilidad, conforme a los artículos 128 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*; d) el Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército propuso la habilitación del crédito necesario para proceder al pago del millón de pesetas, por cuenta del Oficial condenado, puesto que éste *no cometió negligencia alguna en el desempeño*

de sus funciones, apreciable desde el punto de vista del servicio encomendado, como acreditan los oportunos informes.

La Asesoría Jurídica General subraya que *una vez más* se plantea la cuestión de la licitud de que, por la Administración Militar, se asuma el pago de las responsabilidades civiles a que los miembros de las Fuerzas Armadas puedan ser condenados por los Tribunales de Justicia y por hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Tras señalar que un primer problema (sobre el que en su momento convendría recabar el parecer de la Intervención General de la Defensa) radica en el principio de legalidad presupuestaria, consagrado en el artículo 43 de la Ley General Presupuestaria, la Asesoría analiza cuál sería el soporte legal de un desembolso económico como el que se pretende. A tal fin, expone la evolución experimentada en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración para concluir afirmando que ésta es hoy responsable por la actuación de sus funcionarios y agentes en vía civil (relaciones de derecho privado) y en vía administrativa (actos de imperio). Sin embargo —añade—, en las sentencias dictadas en el orden jurisdiccional penal de responsabilidad de la Administración, articulada sobre la relación de dependencia existente entre la misma y los servidores públicos, tiene un carácter netamente indirecto y subsidiario: es la prevista en el artículo 48 del Código Penal Militar, recogida en una amplia interpretación jurisprudencial sobre el *desempeño del servicio* como presupuesto de la responsabilidad subsidiaria del Estado. Aunque un sector doctrinal —prosigue la Asesoría— sostiene la procedencia de la responsabilidad directa del Estado incluso en los supuestos de ilícito penal (sin perjuicio de una ulterior repetición contra el responsable), es lo cierto que los Jueces y Tribunales, con alguna excepción (como la sentencia dictada por el Juzgado de Distrito de Aranjuez en el caso que da ocasión al informe) vienen declarando responsables civiles directos a los funcionarios que, por lo mismo y al declararse subsidiaria la responsabilidad de la Administración, pueden verse involucrados en consecuencias gravemente onerosas para *afrentar con sus bienes la que se les atribuya como responsables principales*.

La Asesoría Jurídica singulariza, brevemente, los rasgos del problema en las Fuerzas Armadas, cuyos miembros, por hechos cometidos en el estricto ejercicio de sus funciones, es decir en acto de servicio o en acto de servicio de armas (artículos 15 y 16 del Código Penal Militar), son declarados por los Tribunales de Justicia responsables de faltas de simple imprudencia que generan, no obstante, cuantiosas responsabilidades civiles, no pudiendo olvidarse la peligrosidad y alto valor económico de los medios que emplean, la especial relación de subordinación en que se hallan, las adversas circunstancias en que desarrollan su actividad y la asunción consciente del riesgo propio de la función y la profesión militar.

En consecuencia, la Asesoría, invocando el precedente de las Ordenes Ministeriales dictadas sobre pago de indemnizaciones por daños causados por vehículos de las Fuerzas Armadas, estima que *podría dictarse por el Ministerio de Defensa, siempre que fuera favorable al respecto el informe del Consejo del Estado, la oportuna disposición legal que permitiera al Ministro de Defensa, previa la instrucción del correspondiente expediente administrativo, acordar el afianzamiento y el pago de las responsabilidades civiles a que fuese condenado un miembro de las Fuerzas Armadas por daños a las personas o a las cosas, siempre que concurren las condiciones que especifica (daño causado con motivo y ocasión de un acto de servicio reglamentariamente ordenado, funcionamiento anormal del servicio, ausencia de dolo o grave negligencia del militar condenado, efectividad del daño así como evaluabilidad económica e individualización con relación a una persona o a un grupo de personas y nexo de causalidad "entre el hecho causante y el daño producido).*

La Asesoría Jurídica afirma que el procedimiento sugerido sería *el único que permitiría al perjudicado obtener, de hecho, una reparación integral del daño causado, impidiendo que se produzca un efecto no deseable: una misma lesión tendría distintas posibilidades de ser reparada dependiendo de que en la misma haya mediado o no negligencia del funcionario; en el segundo caso se abriría la vía del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico (de la Administración del Estado), con la garantía patrimonial del Estado, mientras que en el primero el perjudicado sólo contraría, inicialmente, con el patrimonio del militar condenado. Esta situación provocada por el ordenamiento jurídico, considerado en su totalidad, obligaría a ciertos particulares —según el criterio de la Asesoría— a soportar, frente a otros, un sacrificio especial ante un daño causado por la Administración.*

La Asesoría Jurídica General significa, por último, que el sistema sugerido, limitado a los supuestos de *imprudencia simple*, no alteraría los principios generales de responsabilidad del Estado, consagrados en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico, por cuanto que el artículo 42 sólo permite repetir contra el funcionario responsable, previa instrucción del correspondiente expediente, en los casos de culpa o negligencia graves, sin prescindir de la culpa como base de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico.

La conclusión del informe es que, en el caso concreto considerado, *debería procederse al abono de la responsabilidad civil a que fue condenado el Capitán D. Virgilio, si bien, tanto por la transcendencia de la materia como por tratarse de una cuestión de responsabilidad patrimonial del Estado, sería conveniente solicitar dictamen del Consejo de Estado.*

Segundo.— Sin mediar otras actuaciones, el expediente (identificado como relativo a la responsabilidad civil subsidiaria en el ámbito de las Fuerzas

Armadas) fue remitido a este Consejo, cuyo Presidente, a propuesta de la Sección 4ª ponente para su despacho, lo devolvió con objeto de que se sustanciara el expediente relativo a D. Virgilio si a su caso se ceñía la consulta, o se cumplimentara lo legalmente establecido para la elaboración de disposiciones de carácter general, si la consulta versaba sobre la oportunidad y contenido de una disposición general.

Tercero.— El Asesor Jurídico General considera, en escrito de 30 de mayo de 1990, que pudiera incoarse el expediente previsto en los artículos 134 y siguientes del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (por lo que al caso concreto concierne), sin perjuicio de tramitarse, también, el procedimiento de elaboración de una disposición general, a cuyo efecto y por si se estimara de interés se adjunta el correspondiente proyecto de Orden Ministerial.

Cuarto.— El texto de Orden Ministerial propuesto, sin referencia expresa a la responsabilidad patrimonial del Estado, resalta el hecho de que algunos miembros de las Fuerzas Armadas son declarados por los Tribunales de Justicia responsables de faltas de *simple imprudencia*, con cuantiosas responsabilidades civiles, por hechos cometidos en actos de servicio; apela a principios de equidad y de eficacia de las Fuerzas Armadas; recuerda las características y riesgos de la función de éstas y concluye su parte expositiva relacionando las sucesivas Ordenes que, desde 1971, se han dictado en relación con los daños causados por vehículos de las Fuerzas Armadas. El contenido dispositivo del proyecto es la versión normativa de las conclusiones que, a modo de sugerencias (*medidas que pudieron adoptarse*), figuraban en el informe de la Asesoría Jurídica General extractado en el primero de estos antecedentes.

Quinto.— La Secretaría General Técnica considera que la aprobación del proyecto de Orden Ministerial afectará favorablemente a la eficacia y operatividad de las Fuerzas Armadas que, no puede olvidarse, desarrollan sus funciones en ambientes de cierta peligrosidad. *Por no existir observaciones que realizar y por estimar que en el proyecto concurren los requisitos de legalidad, acierto y oportunidad necesarios*, la Secretaría General Técnica emite informe favorable a la aprobación del citado proyecto.

Sexto.— Figura en la documentación remitida un texto final del proyecto que coincide con el que fue propuesto por la Asesoría Jurídica General, completado en algún extremo y con ciertas precisiones y ajustes. Se hace constar que la aprobación del proyecto no producirá derogación alguna.

Séptimo.— En tal situación el expediente, se ha requerido del Consejo de Estado la presente consulta.

La lectura de la Orden Ministerial proyectada genera dudas y reservas que el expediente no ayuda a despejar. El aliento del informe de la Asesoría Jurídica

General, de 6 de marzo de 1990, y las estimulantes reflexiones en él desarrolladas no lucen, realmente, ni en el proyecto de Orden Ministerial formulado ni en su tramitación somera y desustanciada. La comprometida expresión de *posibles medidas a adoptar* tiene en aquel informe el valor de unas iniciales sugerencias; son útiles y válidas, sin duda, para introducir las cuestiones y orientar el proceso de elaboración de un proyecto dispositivo; son insuficientes, también sin duda, para convertirse sin más en un proyecto que, falto de su natural recorrido procedimental y, por ende, de estudios y aportaciones documentales, difícilmente presta soporte a la aseveración de que concurren los requisitos de legalidad, acierto y oportunidad. Tal aseveración se hace con llaneza en el informe de la Secretaría General Técnica, pero este Consejo de Estado no puede respaldarla incondicionalmente ni en lo que atañe a la legalidad (cuyos específicos y serios problemas están detectados más que superados) ni en lo que afecta al acierto (la enunciación de las ventajas coexiste con una ausencia de análisis sobre los inconvenientes y limitaciones del original sistema concebido) ni en lo que dice relación a la oportunidad (no se hace constar la dimensión del problema ni se tiene presente la potencialidad expansiva de sus soluciones y la relativa paridad de razón con la que, desde otros sectores de la Administración del Estado, pueden exhibirse argumentos de similar importancia y no menor fuerza de convicción).

El Consejo de Estado declara, sin ambages, su receptiva sensibilidad respecto de las preocupaciones en que se inspira la iniciativa tomada y comparte la pertinencia de solventar adecuadamente los problemas advertidos prestando cobertura a determinados riesgos propios del servicio de armas y a las onerosas consecuencias económicas que pueden desencadenarse por la responsabilidad civil asociada a la penal, incluso en el más tenue grado de ésta, cual es la simple imprudencia. Cabe recordar los cuidadosos criterios y las matizadas calificaciones que, en tantos dictámenes del Consejo de Estado, han signado el proceso de interpretación y aplicación de las normas, instituciones jurídicas y categorías dogmáticas y han permitido alcanzar conclusiones ajustadas a las singularidades de cada caso y a los requerimientos de la equidad y del buen sentido.

Es claro que, a los efectos del mejor servicio y de la mayor tranquilidad y correlativa eficiencia de quienes lo prestan, la seguridad anticipada de que ciertos riesgos serán asumidos por la Administración sustituiría ventajosamente la probabilidad —aun razonablemente fundada en precedentes— de que así habría de ocurrir. Pero deben hacerse dos puntualizaciones que, ajenas a toda pretensión de disminuir la relevancia del reconocimiento recién hecho, fijan su auténtico alcance, tanto sopesada la situación actual en sí misma, cuanto puesta en relación con la que se quiere introducir a través de la norma proyectada.

En primer lugar, ha de rechazarse por su simplicidad e inexactitud, la creencia de que una disposición con vocación de generalidad y vigencia indefinida es inducible, sin problemas, de una o varias resoluciones expresivas del sentido en el que se considera —o se desea— que todos o una pluralidad de casos se resuelvan. La captación, en tales casos, de sus rasgos comunes, a fin de configurar un supuesto normativo, no sólo puede ser un esfuerzo baldío sino también contraproducente si, en aras de una racionalidad objetivada y por inexorable respeto a los caracteres de cada institución o categoría jurídica, queda fijada una previsión normativa que, con su aparente claridad y certeza, tal vez ciegue o entorpezca los senderos por los que la práctica administrativa, la doctrina legal de este Consejo y hasta, en su orden, la jurisprudencia han servido eficazmente la llamada *justicia del caso concreto*. Una pretendida apertura de posibilidades, por elevación de casos concretos a supuestos normativos, desemboca con facilidad en un cierre, si la flexibilidad que, por ejemplo, una categoría consiente en el proceso de aplicación normativa se troca en rigidez cuando se recurre, en su propio y exigente plano doctrinal, a categorías de diseño y perfiles dogmáticos poco dúctiles.

En segundo lugar y aunque se prescindiera de las resistencias conceptuales y jurídicas, la incorporación al ordenamiento de una norma como la proyectada requiere un grado de seguridad y eficacia, que se compagina mal con prevenciones cautelares y márgenes de discrecionalidad. La cabal coherencia entre el fin perseguido y el instrumento dispositivo elaborado se erige así en una indispensable referencia para valorar el proyecto sometido a dictamen.

Pues bien, a juicio del Consejo de Estado, la iniciativa tomada no encaja con rigor en el conjunto de las categorías jurídicas a las que apela, se revela inconsecuente con ciertas prácticas administrativas, ofrece una formulación técnica falta de madurado rigor y puede devenir contraindicada, incluso desde el punto de vista —más convincente— de la protección por la Administración de sus servidores frente a situaciones que, para el buen sentido, son ocasionalmente desmesuradas y faltas de suficiente justificación.

En los apartados siguientes del presente dictamen se intentará razonar cada una de las afirmaciones hechas, precisando su sentido y alcance y sin eludir la sugerencia de líneas de reflexión que, antepuestas o alternativas a la seguida por la iniciativa ministerial, puedan resultar útiles. Y no está fuera de lugar resaltar ahora que el informe de la Asesoría Jurídica General, de 6 de marzo de 1990, es valiosa guía para el examen de los problemas y la ponderación de los argumentos jurídicos utilizados, aunque su traducción en la Orden proyectada, concebida como *consecuencia última*, llegue a denotar cierta *inconsecuencia*.

1. Una primera sensación de perplejidad resulta inevitable. La Asesoría Jurídica se refiere, mostrando sus rasgos diferenciales, a la responsabilidad

penal, a la responsabilidad civil derivada de ella o basada en el derecho privado y a la responsabilidad fundada en el derecho administrativo; fija el ámbito en que cada una opera así como los principios inspiradores y, tras dejar constancia de los términos en que son apreciadas por los órganos judiciales, orienta sus reflexiones —con respetable y hasta atinada convicción— hacia la corrección de los efectos que considera carentes de armonía.

Lo llamativo es que el informe se emite con ocasión de un caso concreto en el que, habiendo sido declarada la responsabilidad directa de la Administración (declaración excepcional en el conjunto de las que habitualmente hacen los órganos del orden jurisdiccional penal), la propia Administración se alzó contra tal declaración, obtuvo en apelación una sentencia favorable (en cuya virtud la responsabilidad del Ministerio de Defensa dejó de ser directa para convertirse en subsidiaria) y seguidamente se planteó en qué forma el Ministerio de Defensa podía obtener título jurídico y cobertura idónea para abonar la indemnización como responsable directo y no como subsidiario. El contrasentido es tan palmario que, a juicio de este Consejo de Estado, lo primero que debe hacer la Administración, antes de tomar iniciativas innovadoras o clarificadoras en materia de responsabilidad, es salir de esa contradicción en que se halla sumida, según se vea a sí misma como gestora de intereses públicos y parte de la relación jurídico-funcionarial o se desenvuelva como parte en un proceso judicial. ¿Qué justificación material tiene formular pretensiones procesales, obtener declaraciones jurisdiccionales concordantes con ellas y, seguidamente, considerar necesaria la interposición de una Orden Ministerial para que la sentencia no llegue a ejecutarse en sus términos, sino en los que se impugnaron en el litigio?

Hay otros casos todavía menos comprensibles, sin reflejo directo en el expediente pero implícitos en la alusión que el preámbulo de la Orden proyectada hace al *alto valor económico de los medios que emplean* los miembros de las Fuerzas Armadas. La titularidad de tales medios corresponde naturalmente a la Administración y la mención de ellos en su contexto parece ser tan sólo coherente cuando, por haber sufrido daños, la propia Administración pretende una declaración de responsabilidad del causante de los mismos y un reconocimiento consecuente de su derecho a ser indemnizada. ¿Es que la iniciativa tomada trata también de amparar a los miembros de las Fuerzas Armadas condenado a indemnizar a la Administración por lesión causada en sus bienes? ¿Es que la Administración se erige en protectora del condenados, para relevarle de su obligación de indemnizar, precisamente cuando ha conseguido o consentido que esa obligación haya sido judicialmente declarada?

Sabido es que la Administración actúa con sujeción a normas de derecho necesario, siendo excepcional el otorgamiento a su favor de un ámbito dispositivo, por

lo que no puede operar como un particular o como una empresa respecto de sus empleados y en beneficio de los mismos. Tiene por ello que buscar u obtener un título habilitante para proceder como pretende a tenor del proyecto.

El Consejo de Estado recuerda que, según el informe de la Asesoría Jurídica, el título legitimador se encuentra en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Pero, siendo así y este Consejo lo comparte —según se verá— hasta cierto punto, habría que razonar a partir de la no necesidad de la Orden en su raíz material, con independencia de su utilidad esclarecedora, lo que colocaría la iniciativa ministerial en un plano distinto y netamente subordinado, pudiendo ser suficiente el de las instrucciones y directrices. En tal hipótesis, los más importantes análisis del problema y los ambiciosos fundamentos de la propuesta se antojarían, por su dimensión doctrinal y su carga dogmática, netamente desproporcionados. Si lo que se desea es expresar la deducción lógica de lo que la Ley establece, la necesidad de la Orden es, cuando menos, sólo relativa; la afirmación de que es rigurosamente necesaria, a los efectos materiales pretendidos, no tendría otro valor que el de sembrar dudas acerca de su legalidad. La iniciativa, no obstante, puede ser conveniente —y luego se verá con qué contenido— para ilustrar y homogeneizar la práctica administrativa, en derecha aplicación de las previsiones contenidas en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, a las que hoy presta amparo de máximo rango el artículo 106.2 de la Constitución.

El dictamen, sin embargo, ha de limitarse a indicar que la Administración, a la que corresponde facilitar el ejercicio de los derechos de los particulares, aunque no imponerles a ultranza la estrategia procesal a seguir, puede y debe acomodar la suya a lo que entiende que son los términos en que está regulada la responsabilidad fundada en el derecho administrativo. Ello se presenta como un *prius* respecto de cualquier otra iniciativa. No es inteligible que la Administración, tras haber obtenido la declaración jurisdiccional de su derecho a ser indemnizada o de su exoneración de responsabilidad o del carácter subsidiario de ésta, aplique sus esfuerzos a justificar la interposición de una Orden Ministerial que le permita renunciar a la indemnización o hacerse responsable directa de la lesión causada. Si esta posibilidad o pertinencia se deduce de la aplicación de las normas de derecho administrativo en materia de responsabilidad, se hace en rigor innecesaria la Orden proyectada, según se ha dicho; también se revela, no ya innecesaria, sino incomprensible y contradictoria, la formulación de pretensiones procesales, satisfechas por declaración jurisdiccional, que, a juicio de la propia Administración, al parecer, no debe cumplirse en sus términos.

2. No es correcta la apreciación de la Asesoría Jurídica cuando, como argumento final de su cuidada exposición, apunta que, de no arbitrarse un procedi-

miento como el sugerido, la reparación de la lesión producida a un tercero dependería de que hubiera o no mediado negligencia del funcionario. En discrepancia con dicha Asesoría en este punto —que no con reflexiones anteriores de la misma—, el Consejo de Estado entiende que los perfiles propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lesiones causadas por el funcionamiento de un servicio público, no permiten operar con la distinción señalada, puesto que en uno y otro caso el lesionado tiene derecho a ser indemnizado por la Administración. Es ilustrativo a este respecto que la Sentencia del Juzgado de Instrucción de Aranjuez, en el caso que se halla en el origen de las actuaciones, tras declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio de Defensa, preserva el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado como vía para exigir la responsabilidad. Y es doctrina constante de este Consejo que la existencia de actuaciones jurisdiccionales penales sobre los mismos hechos, no sólo no perjudica el ejercicio de los derechos del lesionado en vía administrativa, aunque él hubiera promovido tales actuaciones, sino que liga a la conclusión de las mismas la fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo en que la reclamación ha de ser presentada, en el supuesto, claro está, de que los efectos reparadores no se hubieran producido y cerrado en el proceso judicial o en ejecución de los pronunciamientos jurisdiccionales en él recaídos.

3. Importa advertir, también, el acusado desnivel en el que cae la argumentación de la Asesoría Jurídica General, puesto que, de una parte, emplaza el problema en el ámbito de los artículos 40 y siguientes en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, de otra, sitúa el fundamento concreto de la Orden proyectada en la apelación al acto de servicio, en razones de equidad y de eficacia e, inopinadamente, en el precedente de las Ordenes Ministeriales relativas al abono de indemnizaciones por daños causados por vehículos de las Fuerzas Armadas.

Parece como si, en trance de expresar las conclusiones consiguientes a su razonamiento, hubieran surgido —o se hubieran agigantado— las dudas sobre el alcance de aquellos artículos y se hubiera, por ello, descendido a un plano de mayor modestia y menores vuelos. No será este Consejo de Estado quien enjuicie desfavorablemente ese encogimiento final; pero no parece que el trasvase del centro de gravedad se justifique —quizá hubiera podido hacerse pero no se ha hecho— prescindiendo del instituto de la responsabilidad administrativa. Tampoco halla el Consejo de Estado estricta coherencia entre los precedentes invocados (hay una errata en la cita de la Orden de 6 de mayo de 1977 puesto que fue publicada en el Diario Oficial del Ministerio del Ejército, número 104) y la propuesta ahora examinada. Estaría fuera de lugar que este Consejo se refiriera a aquellos antecedentes a efectos distintos de aceptarlos, simplemente, como datos. No puede, sin embargo, orillarse la consideración de que en las Ordenes citadas

—sobre las que naturalmente inciden las características (no trasladables) de la responsabilidad por el uso y circulación de vehículos de motor— la formulación dispositiva parece concebida primariamente para la efectividad de la indemnización al perjudicado, no para cubrir la responsabilidad del agente causante del daño, aunque este último efecto pueda producirse. Se presupone, pues, que se dan todos los requisitos del artículo 40; la Administración paga conforme al mismo, aunque la indemnización fuera exigible al conductor del vehículo, y se reserva la posibilidad de repetir contra el conductor que hubiera incurrido en dolo, culpa o negligencia graves (artículo 42).

La Orden ahora proyectada, en cambio, adopta un punto de partida distinto, en cuanto trata de cubrir la responsabilidad de los miembros de las Fuerzas Armadas, dadas ciertas condiciones, en tutela de éstos y no en garantía directa a favor del perjudicado, aunque también este efecto pueda producirse.

4. Por lo que al proyecto de Orden Ministerial en su específica concepción y articulación afecta, el Consejo de Estado estima procedentes las siguientes observaciones:

a) En la parte expositiva de la Orden proyectada se indica que, con frecuencia y en el ámbito de las Fuerzas Armadas, algunos de sus miembros, por hechos cometidos en acto de servicio o en acto de servicio de armas (artículos 15 y 16 del Código Penal Militar), son declarados por los Tribunales de Justicia *responsables de faltas de simple imprudencia que generan, no obstante, cuantiosas responsabilidades civiles*. Entre los requisitos necesarios para que pueda acordarse el abono por el Ministerio de Defensa de las indemnizaciones derivadas de dichas responsabilidades, figura en el párrafo c) de la norma segunda *que el daño no se hubiere causado por dolo o grave negligencia del militar condenado*.

Es claro el desajuste entre la confesada voluntad de ceñir la Orden a los casos de imprudencia simple (afirmación de la que arranca el informe de la Asesoría Jurídica) y la prescripción normativa excluyente de los casos de dolo o negligencia grave. De esta suerte, en la graduación de la intencionalidad a efectos de la responsabilidad penal, hay escalones (imprudencia con infracción de reglamentos o culpa leve) que parecen no haber sido considerados y que, en puridad, siendo distintos de aquel (simple imprudencia) en el que se había localizado el problema y la buscada solución, quedan equiparados a él, al no aparecer incluidos en la determinación negativa del requisito enunciado en la norma segunda de la Orden proyectada.

En cualquier caso, la discordancia —explicable en el informe de la Asesoría Jurídica por la trasposición final que hace de su argumentación para engazarla con los artículos 42 y 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado— denuncia la falta de sedimentación del proyecto de Orden Ministerial que, como antes se ha advertido, viene a dar formulación dispositi-

va a los términos finales de un informe, sin verdadera y adicional tramitación en la que se produjera la natural depuración conceptual y terminológica. Quizá sea perceptible la sintonía entre un informe y una disposición normativa en él inspirada o de él extraída; pero son claras las distintas exigencias técnicas a que uno y otra han de responder, como diversos son el sentido y alcance expositivo de un informe y el contenido materialmente prescriptivo de una disposición.

b) También entre los requisitos de la norma segunda figura, en el párrafo e), *que exista relación de causa-efecto entre el hecho causante y el daño producido*. Es evidente la inanidad normativa de una exigencia que, por principio y según sus términos tautológicos, nunca puede faltar: entre la causa (*el hecho causante*) y el efecto (*el daño producido*) no cabe la inexistencia de relación de causa-efecto.

Parece que se ha querido hacer explícita la necesidad de que exista nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio (que, según el párrafo b) estaría en el origen del hecho causante del daño) y el efecto lesivo. Pero el requisito del párrafo e), forzado quizá por un mal concebido enlace con los requisitos de los párrafos a) y b), expresa —y en términos dispositivos— una obviedad que no es sino revelación de lo que ya antes se ha dicho en cuanto a las insuficiencias del muy precario procedimiento al que ha sido sometida la elaboración del proyecto consultado.

c) No deja de producir inicial sorpresa, a la vista del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que el párrafo b) de la norma segunda se refiera al *funcionamiento anormal del servicio*, cual si la responsabilidad objetiva de la Administración se limitara a aquel tipo de funcionamiento y excluyera el normal, en el que, con mayor fundamento, habría de desplegar su plena virtualidad.

El Consejo de Estado entiende, sin embargo, que en este punto la Orden es coherente con su propia concepción. Si el supuesto de la norma implica que existan *responsabilidades civiles a que sean condenados miembros de las Fuerzas Armadas, por razón de daños a las personas o a las cosas irrogados con motivo u ocasión de un acto de servicio reglamentariamente ordenado* (norma primera), el funcionamiento del servicio, en el que se inserta la conducta merecedora de reproche penal, no ha de ser considerado normal. No parece pretender, pues, la Orden Ministerial verificar amputaciones en el ámbito de cobertura de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración.

Ello no obstante, el párrafo en cuestión de la Orden proyectada no es especialmente feliz en su expresión. La supresión del adjetivo *anormal* (más que la adición del calificativo *normal*) podría ser técnicamente adecuada para vedar desviaciones interpretativas, sin perturbar la lógica de la norma proyectada (o, por mejor decir, de la solución que se pretende para el problema detectado).

d) El defecto técnicamente más grave y jurídicamente más relevante que evidencia la Orden proyectada radica en no haber discernido las insoslayables diferencias entre el planteamiento que permite la existencia de una previa decisión judicial y el planteamiento admisible a falta de tal decisión. Una ponderada valoración de tales diferencias hubiera obligado a una reflexión, primero, y a una instrumentación de la Orden, después, de forma que las posibilidades inherentes a uno y otro supuesto no fueran rebasadas y sus singularidades quedaran atendidas. No acontece así ni en el expediente remitido ni en el proyecto consultado. Todo lo concerniente al *afianzamiento de las responsabilidades civiles* queda en una remisión a las condiciones previstas en la Orden para el supuesto de existencia de condena.

Es manifiesta la inconsistencia de un tratamiento del afianzamiento cual si de un mero apéndice sin entidad propia se tratara. En virtud de la remisión que la norma quinta de la Orden proyectada hace, a efectos del afianzamiento se sustanciaría un expediente administrativo en el que, entre otras cosas, habría de acreditarse que no existió dolo o culpa grave en una conducta respecto de la cual se hallan en curso las actuaciones judiciales, pero sin haber recaído pronunciamiento jurisdiccional. La percepción del problema —y quizá de sus delicados perfiles— parece hallar reflejo, en la Orden proyectada, al prevenir que la resolución administrativa que se dicte, acordando o no el afianzamiento de las responsabilidades civiles, no prejuzga la resolución definitiva del expediente. Esta elemental cautela no da, desde luego, respuesta proporcionada y eficaz a las cuestiones que la iniciativa tomada deja abiertas.

En efecto, el Ministerio de Defensa, con toda la provisionalidad que se quiera, no dejaría de dictar una resolución sobre elementos esenciales para enjuiciar hechos y responsabilidades penales; tan esenciales que afectan a la culpabilidad —y al grado de ella— del miembro de las Fuerzas Armadas implicado en los hechos objeto de investigación judicial. Formalmente es clara la separación entre el orden administrativo y jurisdiccional, pero materialmente no se aseguraría la ausencia de interferencias si se procediera de acuerdo con la Orden proyectada.

No es una hipótesis de mera fantasía que la resolución administrativa denegara el afianzamiento, por estimar —provisionalmente— dolosa o gravemente negligente la conducta del miembro de las Fuerzas Armadas, y éste fuera luego absuelto o condenado por imprudencia simple o culpa leve. A la inversa, podría concederse el afianzamiento al apreciar —también con provisionalidad— la ausencia de dolo o negligencia grave y, sin embargo, recaer después una condena judicial por actuación dolosa o gravemente negligente. La norma proyectada habría así desplegado sus efectos en sentido cabalmente contrario a aquel en el que se busca su fundamento y legitimación.

No es, por otra parte, aventurado prevenir que la interposición de una resolución administrativa —aún provisional— denegando, por ejemplo, el afianzamiento pudiera tener algún peso en la formación de la convicción del juzgador o interferir (incluso sin conciencia de ello) declaraciones testificales o dictámenes periciales, respecto de los que aquella resolución emergería como una especie de prejuicio (juicio previo) con eventual y no querida eficacia ulterior condicionante sobre el juicio.

e) Es claro que, en el caso de condena previa y al asumirse como dato el pronunciamiento jurisdiccional ya recaído, no se plantean los problemas en la forma que acaban de ser señalados para el supuesto de afianzamiento. Pero, con independencia de los matices —a que es ajeno el proyecto— que pudieran resultar de los términos en que se hubiera declarado la responsabilidad civil de la Administración o en que se rechazara (o faltara) cualquier declaración sobre ella, y con independencia de la diversidad de situaciones según fuera la propia Administración o un tercero el beneficiario de la declaración de responsabilidad civil del condenado, es lo cierto que la resolución del Ministro de Defensa a que se refiere la cuarta de las normas del proyecto, en cuanto legitimaría el pago directo al tercero lesionado, habría de ser, propiamente y en su caso, una declaración de responsabilidad patrimonial del Estado; su fundamento legitimador solo podría hallarse, conforme razona la Asesoría Jurídica, en una racionalizada fijación de los efectos materiales propios de los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Y, en estas circunstancias, el expediente tendría que ser el que con carácter general está previsto para dictar tal tipo de resolución, sin que por Orden Ministerial pueda contradecirse lo establecido por Decreto (el Reglamento de Expropiación Forzosa) ni por disposición administrativa, cualquiera que sea su rango, pueda dejarse sin efecto la exigencia del dictamen del Consejo de Estado (artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril).

5. Desde otro punto de vista, entiende el Consejo de Estado que la preocupación manifestada en el seno del Ministerio de Defensa, en relación con el problema cuya solución se trata de abordar, no existe sólo en el ámbito que cubre la competencia gestora de dicho Ministerio. Baste considerar que, en la disposición adicional tercera de la vigente Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, se establece la posibilidad de *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 concurren circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura*. Y cabe recordar la información bien reciente acerca de la inicia-

tiva conducente a liberar de o a cubrir la responsabilidad civil que pudiera recaer sobre determinado personal docente por razón de hechos lesivos cometidos por menores sujetos a su vigilancia o disciplina académica.

No se trata de equiparar problemas y menos situaciones. Se trata de señalar que es preciso conocer la hondura, el alcance y las variables de la cuestión, a fin de recomendar un tratamiento, no necesariamente unitario, pero sí homogeneizador y, al menos, superador de la dispersión errática de iniciativas surgidas desde diversos sectores de la Administración.

6. Una apretada síntesis de todo lo indicado podría exponerse así:

a) No procede la aprobación del proyecto de Orden Ministerial consultado, por la fuerza convergente de las distintas razones que a lo largo de este dictamen han sido expresadas. No quiere ello decir que, a partir de una razonable interpretación y aplicación de las previsiones normativas contenidas en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no puedan alcanzarse, bajo el principio de la *solución justa del caso concreto*, algunos de los objetivos pretendidos. Pero la sutileza y el ingenio hallan en el campo jurídico posibilidades cualitativamente distintas según se trate de abordar unos hechos en su singularidad o se esté en trance de categorizar, para articular supuestos y prescripciones e insertar una nueva norma en el ordenamiento.

b) Si se estimara imprescindible y siempre dentro del marco de aquellas previsiones legales —y de las demás que fueren pertinentes— sería aceptable impartir instrucciones ilustrativas y armonizadoras respecto del modo de proceder cuando el problema se plantee.

c) En cualquier caso y con carácter previo a una iniciativa normativa, sería preciso lograr una plena coherencia entre la posición procesal de la Administración y la que pretende adoptar una vez que el litigio se ha resuelto. Es inconsecuente (y priva de solidez a la postura del Ministerio de Defensa) que la Administración sostenga pretensiones procesales y, una vez satisfechas por el órgano juzgador, se plantee el problema de cómo proceder para que las cosas discurran “*como si*” aquellas pretensiones hubieran sido rechazadas.

d) Una cierta extensión —presumiblemente creciente— de la preocupación que subyace en este expediente y la real existencia de distintas e inconexas iniciativas hacen aconsejable una consideración de conjunto por parte del Gobierno, a efectos de orientar la línea de actuación de los diversos Ramos de la Administración y ejercitar en su caso la iniciativa legislativa ordenadora.

e) Las categorías jurídicas en juego tienen, por otra parte, sus propias exigencias y su lógica interna; sin duda sería deseable que sus efectos últimos expresaran una armonía en la que se realizaran con plenitud los fines que identifican las instituciones y cualifican las categorías. Pero, si como dice la Asesoría Jurídica,

los Jueces y Tribunales vienen aplicando las normas penales —y no las administrativas— en materia de responsabilidad del Estado por actos punibles de los servidores públicos, es excesivo confiar en que otra articulación, ajena a la que hoy se da según la jurisprudencia y la práctica administrativa, puede ser alcanzada por la mera interposición de una Orden Ministerial. Un planteamiento serio y hondo de la cuestión y una certeza en la eficacia de la solución pretendida, con todas sus matices y aspectos, requieren el ejercicio de la iniciativa legislativa y el pronunciamiento del legislador. A falta de ello, sólo queda el margen, no ilimitado, de posibilidades —no de certeza— en el que puede operar el jurista a partir de las normas vigentes, de las instituciones jurídicas actuales y de las categorías doctrinales y jurisprudenciales existentes.

(Dictamen número 55.290)

2. Revisión de oficio de actos administrativos

“El voluminoso expediente remitido comprende la totalidad de los documentos que obran en la Administración Militar, desde el ingreso en las Fuerzas Armadas del interesado, y en él se incluyen, entre otros, el historial, expedientes de retiro, y separación de servicio, licencias y fichas médicas. Figuran en el expediente diversos informes médicos cuya fecha y contenido serán reseñados posteriormente.

Se trata en el expediente objeto de dictamen de determinar si la resolución 1568/1972, de 28 de noviembre, del Almirante Jefe del Departamento de Personal del Ministerio de Marina por la que se dispuso el pase del interesado a la situación de retirado y la posterior orden ministerial n° 437/1973, de 3 de junio, por la que se dispuso la separación de servicio del mismo pueden ser declaradas nulas en el procedimiento de revisión de oficio solicitado por el propio interesado.

De las resoluciones objeto de este expediente, una de ellas no puede considerarse como acto declarativo de derechos, dado su contenido evidentemente restrictivo, y la otra —la resolución por la que se ordena el pase a la situación de retiro a petición propia— tampoco puede ser calificada como acto declarativo de derechos si se la pone en relación con la situación jurídica que puede resultar de su anulación y posterior sustitución por la situación más favorable de retiro por inutilidad física. Ello no comporta, sin embargo, que puedan dejarse sin efecto una u otra resolución sin el debido fundamento jurídico y sin la observación de un procedimiento. Pero la aplicación de las reglas que establece la Ley de Procedimiento Administrativo para la revisión de oficio de los actos cuyo contenido es declarativo de derechos para el interesado requiere, en el presente caso, establecer las correspondientes matizaciones. Especialmente debe tenerse en cuenta que la distinción entre nulidad absoluta o de pleno derecho y nulidad relativa o simple anulabilidad no tiene en este caso la transcendencia que el ordenamiento jurídico establece cuando se trata de anular actos declarativos de derechos.

De ahí que proceda, en el supuesto objeto de este dictamen, entrar en el examen de los posibles vicios jurídicos de las referidas resoluciones administrativas sin necesidad de encuadrarlos en alguna de las categorías jurídicas señaladas. Procede, en consecuencia, examinar si dichos actos administrativos pueden ser revisados de oficio en atención a las condiciones psíquicas del interesado.

No es la primera vez que este Consejo de Estado ha entendido que un acto administrativo, cuyo presupuesto de validez lo constituya una conducta o una actuación de un administrado, puede ser revisado de oficio si, por razón de las condiciones psíquicas de aquél, no puede ser objeto de imputación de sus actos y, por tanto, no puede ser responsable de las consecuencias de los mismos.

Así, pues, la cuestión sometida a dictamen de este Consejo se reconduce, en último término, a valorar si el interesado reunía al tiempo de adoptarse las resoluciones cuya anulación se pretende, las condiciones psíquicas necesarias para constituirse en sujeto de imputación de sus propias acciones.

En este sentido —y ya remitido el expediente a este Alto Cuerpo Consultivo— se consideró preciso someter a dictamen de los servicios médicos psiquiátricos si, a tenor de los documentos y demás antecedentes que pudiesen obrar en poder de la Administración, el interesado tenía íntegras sus facultades mentales en la fecha a que se refieren las aludidas resoluciones administrativas. El Tribunal Médico Superior de las Fuerzas Armadas en su sesión celebrada el día 28 de febrero de 1990 *acordó por unanimidad informar que en el momento actual no se aprecia patología psiquiátrica alguna*” y que *de su historial se deduce que ha podido padecer síndrome depresivo bipolar que no es de carácter demenciante y que ha podido, en las fases de actividad, afectar a sus capacidades intelectual y volitiva, sin que sea posible a tantos años de distancia asegurar las fechas concretas y el grado de afectación sufrido.*

El informe médico, pues, deja lugar a la duda, por lo que es preciso atender a otros informes médicos, incluso de los propios servicios de la Armada que obran en el expediente, de los cuales unos son anteriores a las fechas de las resoluciones administrativas cuya anulación se pretende y otros son posteriores. Es preciso, pues, acudir a hechos o actuaciones —en este caso de carácter médico— antecedentes y consecuentes a la adopción de los actos administrativos de que se trata, con objeto de intentar determinar el grado de imputabilidad de los actos del interesado en este expediente.

Consta en el expediente que por resolución ministerial 5198/1963, de 2 de diciembre, se concedieron dos meses de licencia por enfermo *por padecer síndrome depresivo*, de acuerdo con Certificado Médico de fecha 3 de octubre de 1963 de los servicios de la Armada en el que se expresa que *presenta antecedentes psicológico-psiquiátricos desde hace ocho años por cuyo motivo fue*

ingresado en el Hospital del Ferrol y que presenta síntomas que corresponden a una *depresión reactiva genuina*.

Figura asimismo en el expediente un *Dictamen Psiquiátrico* de fecha 10 de octubre de 1977 suscrito por el Profesor Doctor López Zanón, Jefe del Servicio de Psiquiatría de la Ciudad Sanitaria Provincial *Francisco Franco*, en el que expresa que *la enfermedad que afecta a este paciente le priva de su capacidad e imputabilidad durante las fases hipertímicas e hipotímicas, que significa, más que una simple psicosis maniaco-depresiva, un cuadro marginal (Psicosis periódica, fásica y mixta), el cual le privaría mucho más de la imputabilidad y capacidad*. Y concluye su dictamen señalando que el interesado *padece una enfermedad mental que puede privarle de capacidad y puede convertir en no imputables actos que en sí serían delictivos*.

Figura en el expediente la reseña del informe del Tribunal Médico Militar Central *Gómez Ulla* de 10 de octubre de 1984 en el que, previo reconocimiento del interesado, se apreció *Psicosis endógena depresiva. Enfermedad de naturaleza endógena, que no guarda relación con vicisitudes del servicio*.

Por último, el propio Tribunal Médico Superior de las Fuerzas Armadas, en su sesión de 26 de marzo de 1985, acordó, previo reconocimiento del interesado, que la enfermedad que padece *no guarda relación con el Servicio de Armas por lo que no procede su ingreso en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria*.

A la vista de todos estos informes médicos, pueden apreciarse, a juicio de este Consejo de Estado, razonables dudas sobre las condiciones psíquicas del Sr. R. al tiempo en que se produjeron las resoluciones administrativas de retiro y posterior separación del servicio; dudas que llevan a este Alto Cuerpo Consultivo a entender que no pueden imputarse al interesado ni las actuaciones que dieron lugar a la resolución nº 1568/1972 sobre pase a la situación de retiro a petición propia, ni la conducta que determinó la posterior resolución 437/1973, sobre separación del servicio. Considera pues, este Consejo de Estado que, faltando el requisito de la imputabilidad, no pueden considerarse jurídicamente válidos dichos actos administrativos y, en consecuencia, ha de procederse a su revisión de oficio por la Administración.

Conviene, no obstante, puntualizar que la revisión de dichas resoluciones no puede comportar ni el ingreso en el Cuerpo de Mutilados de Guerra ni el reintegro en el servicio activo.

En efecto, en cuanto al ingreso en el Cuerpo de Mutilados como inutilizado por razón del servicio, el Consejo de Estado, de acuerdo con lo expresado en los dictámenes médicos que se han reseñado, considera que la enfermedad que padece el interesado no guarda relación con el Servicio de Armas, por lo que no procede, en consecuencia, su calificación como Inutilizado por razón del Servicio.

Tampoco puede suponer el reingreso en el servicio activo (aunque fuera referido a la fecha de 1972 en que se dictó la resolución de pase a situación de retirado) teniendo en cuenta precisamente las circunstancias psíquicas del interesado. Procede, en consecuencia, modificar la causa o motivo del retiro (referido a la citada fecha de 1972), entendiendo que el pase a la situación de retiro no es por la causa "C). *A petición propia*", tipificada en el artículo 22.1 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1972 nº 1211/1972, vigente en aquella fecha, sino por la causa "B. Por inutilidad física", prevista en el propio precepto.

La sustitución de la causa del retiro debe producir, desde la fecha referida, 1972, las consecuencias económicas que se preveían en aquel ordenamiento (artículo 24, particularmente) y las que se deriven de la actual ordenación jurídica de los derechos pasivos.

En definitiva, pues, la revisión de las resoluciones objeto del expediente determina, por una parte, su anulación con privación de efectos a la resolución de separación del servicio y, por otra, exige un pronunciamiento administrativo que sustituya la situación de retiro a petición propia por la de retiro por inutilidad física, con las consecuencias económicas procedentes.

(Dictamen 54.806/53.606)