

# CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

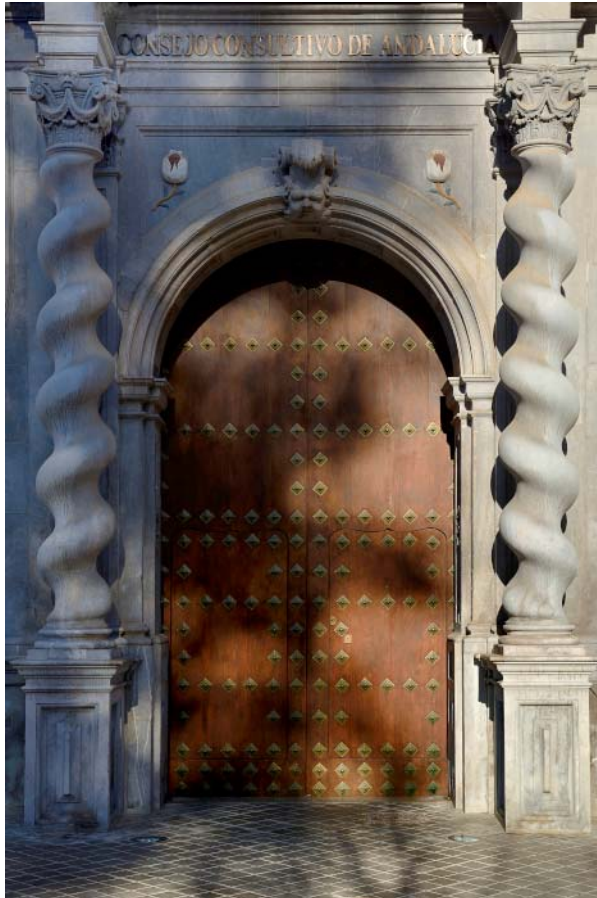


**MEMORIA 2022**

EDITA  
Consejo Consultivo de Andalucía  
Plaza de Bibataubín, s/n. Granada  
Tlf.: 958 02 93 00. Fax: 958 02 93 20  
E-mail: [consejo.consultivo@juntadeandalucia.es](mailto:consejo.consultivo@juntadeandalucia.es)  
Web: [consejoconsultivodeandalucia.es](http://consejoconsultivodeandalucia.es)

Autores de las fotografías: Juan Palma, Pepe Torres y Guido Montañés.

Dep. Legal: GR 568-2014



## MEMORIA

*correspondiente al año 2022 que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, y en el artículo 2.2 del Reglamento Orgánico aprobado por el Decreto 273/2005, de 13 de diciembre, eleva el Pleno del Consejo Consultivo de Andalucía al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.*

*Esta memoria ha sido elaborada de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Reglamento Orgánico, y elevada al Pleno del Consejo, que la aprobó en su sesión de 28 de septiembre de 2023, en los términos previstos en los artículos 34.f) y 42 del citado Reglamento.*





# ÍNDICE

**PRESENTACIÓN**..... 9

**CAPÍTULO PRIMERO:  
ASPECTOS INSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS**

1. Normativa reguladora ..... 15

2. Composición y competencias ..... 16

    2.1. Organigramas sobre composición y competencias del Pleno, de la Comisión Permanente y de las Ponencias..... 16

    2.2. Miembros de los órganos colegiados..... 20

    2.3. Sesiones..... 23

3. Personal..... 24

    3.1. Organigrama administrativo ..... 24

    3.2. Letrados..... 24

    3.3. Asesores ..... 25

    3.4. Personal administrativo ..... 25

    3.5. Otro personal ..... 26

4. Presupuesto ..... 27

5. Transparencia pública ..... 29

6. Infraestructura..... 29

    6.1. Sede ..... 29

    6.2. Biblioteca y archivo..... 33

    6.3. Sistema informático..... 33

7. Actividad no consultiva..... 34

    7.1. Organización y colaboración en cursos y jornadas..... 34

        7.1.1. Cursos propios ..... 35

    7.2. Conferencias ..... 37

    7.3. Visitas institucionales ..... 43

    7.4. Asistencia a actos ..... 48

    7.5. Presentación Memoria 2021 ..... 57

    7.6. Otros..... 57

**CAPÍTULO SEGUNDO:  
ACTIVIDAD CONSULTIVA**

1. Dictámenes ..... 63

    1.1. Materias en las que es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo..... 63

    1.2. Esquema de tramitación..... 66

    1.3. Solicitudes de dictámenes..... 67

        1.3.1. Consultas facultativas ..... 67

        1.3.2. Subsanción de documentación..... 67

        1.3.3. Mención de urgencia..... 67

    1.4. Dictámenes emitidos..... 70

1.5. Votos particulares.....	70
1.6. Resoluciones administrativas y sentido de los dictámenes.....	70
1.6.1. Asuntos en los que la Administración se ha apartado del dictamen del Consejo Consultivo.....	71
1.6.1.1. Contratación administrativa.....	71
1.6.1.2. Responsabilidad patrimonial.....	71
2. Cumplimiento de plazos.....	72
3. Órganos remitentes.....	73
4. Dictámenes por materias.....	74

## CAPÍTULO TERCERO:

### OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

A. DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL.....	99
1. Procedimiento de elaboración.....	99
1.1. Sobre los borradores.....	101
1.2. Sobre el principio de buena regulación.....	101
1.3. Sobre los informes.....	102
1.4. Sobre el empleo de la <i>lex repetita</i> .....	102
B. ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	103
1. Observaciones generales.....	103
2. Documentación.....	103
3. Aspectos formales y sustanciales.....	105
3.1. Principios del procedimiento administrativo.....	105
3.1.1. Principio de celeridad.....	105
3.1.2. Principio de buena fe y confianza legítima: la doctrina de los actos propios.....	107
3.2. Observancia de las normas de procedimiento administrativo.....	108
3.3. Silencio administrativo.....	112
3.4. Prueba.....	112
3.5. Audiencia al interesado.....	114
3.6. Notificación.....	114
3.6.1. Notificación edictal.....	114
3.6.2. Notificación electrónica.....	115
3.7. Recurso de reposición.....	116
3.8. Contratación.....	117
3.8.1. Sobre el ámbito de la contratación y sus principios.....	117
3.8.2. Modificaciones contractuales.....	118
3.8.2.1. <i>Ius variandi</i> .....	118
3.8.2.2. Modificaciones no previstas. Preceptividad del dictamen..	120
3.8.2.3. Modificaciones previstas.....	122
3.8.3. Exigencia de revisión de oficio para el abono de prestaciones contractuales realizadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento de licitación.....	122
3.8.4. Fraccionamiento de los contratos.....	125
3.8.5. Tramitación de emergencia.....	125



3.8.6. Efectos de la resolución contractual .....	126
3.9. Responsabilidad patrimonial de la Administración .....	128
3.9.1. Aspectos procedimentales .....	128
3.9.2. Responsabilidad patrimonial de las agencias públicas empresariales de la Junta de Andalucía.....	140
3.9.3. Responsabilidad cuando en una prestación de servicio público intervienen varios entes instrumentales de la Administración o más de una consejería .....	141
3.9.4. Responsabilidad del contratista .....	143
3.9.5. Responsabilidad por anulación de actos administrativos en vía judicial .....	146
3.10. Revisión de oficio.....	147
3.10.1. Sobre el órgano municipal competente.....	147
3.10.2. Aplicación de los límites a la revisión de oficio.....	150
3.10.3. Actos administrativos de naturaleza tributaria.....	151
3.10.3.1. Revocación de actos tributarios.....	151
3.10.3.2. Notificación de actos tributarios .....	156
3.10.3.3. Aplicación de bonificación a explotación agrícola priori- taria en el impuesto de transmisiones patrimoniales.....	157
3.10.4. Naturaleza normativa de los estudios de detalle.....	158
C. CONSULTAS FACULTATIVAS .....	161

**ANEXO:**

**DICTÁMENES QUE CONFORMAN DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO**

1. Consulta facultativa.....	167
1.1. Dictamen 345/2022, de 12 de mayo: consulta sobre concejales no adscritos a grupo político .....	167
1.2. Dictamen 816/2022, de 7 de diciembre: consulta sobre normativa aplicable en los procedimientos de planeamiento .....	181
2. Revisión de oficio .....	188
2.1. Dictamen 121/2022, de 22 de febrero: declaración de nulidad del acto administrativo de modificación de la relación de puestos de trabajo ...	188
2.2. Dictamen 315/2022, de 12 de mayo: declaración de nulidad del calendario laboral de la Policía Local .....	197
2.3. Dictamen 439/2022, de 30 de junio: declaración de nulidad de liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones .....	204
2.4. Dictamen 578/2022, de 14 de septiembre: declaración de nulidad de liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.....	212
2.5. Dictamen 587/2022, de 14 de septiembre: declaración de nulidad de sanción por infracción urbanística .....	218
2.6. Dictamen 787/2022, de 24 de noviembre: declaración de nulidad de la resolución de la Alcaldía por desestimación de indemnización de gastos judiciales .....	223

3. Revocación tributaria.....	231
3.1. Dictamen 1/2022, de 13 de enero: revocación tributaria de acuerdo sancionador.....	231
4. Recurso de revisión .....	238
4.1. Dictamen 39/2022, de 27 de enero: error de hecho.....	238
5. Responsabilidad patrimonial.....	243
5.1. Dictamen 104/2022, de 10 de febrero: alta precipitada.....	243
5.2. Dictamen 178/2022, de 10 de marzo: mala praxis .....	251
5.3. Dictamen 303/2022, de 25 de abril: consentimiento informado .....	258
5.4. Dictamen 629/2022, de 29 de septiembre: retraso de diagnóstico .....	268





## PRESENTACIÓN

Me cabe el honor de presentar la Memoria de 2022, un documento que sintetiza el ingente trabajo desarrollado por esta institución con el que damos cuenta de nuestra actividad a administraciones y ciudadanos. El documento que presentamos fue aprobado por unanimidad en la sesión plenaria de 28 de septiembre de 2023. En sus más de 270 páginas se sustentan los aspectos más interesantes que han marcado la prolífica actividad llevada a cabo por el Consejo Consultivo de Andalucía durante el ejercicio 2022.

La Memoria se estructura en tres partes: los aspectos institucionales y administrativos, la actividad consultiva, y las observaciones y sugerencias que se hacen a las distintas administraciones públicas. Hay un cuarto apartado de anexos en el que se incluyen los dictámenes más significativos que conforman nuestra esencia más depurada: la doctrina del Consejo Consultivo.

En la composición del Órgano se produjo un cambio a lo largo de 2022: El Ilmo. Sr. director general de Administración Local, Joaquín-José López-Sidro Gil cesó en su cargo el 11 de agosto, lo que supuso la pérdida de su condición de consejero nato. Mediante decreto se nombró el mismo día a la Ilma. Sra. secretaria general de Administración Local, María Luisa Ceballos Casas.

La parte central de la memoria detalla la función consultiva desarrollada a lo largo de 2022. Debemos destacar las 1.149 solicitudes que hemos recibido a lo largo del año y los 990 dictámenes emitidos, una cifra al alza en cada ejercicio que nos convierten en una institución consolidada y útil para las administraciones de nuestra Comunidad Autónoma, al tiempo que nos hace ser conscientes de nuestra responsabilidad y compromiso para seguir siendo un referente como garantes de la legalidad.

Mi gratitud y reconocimiento a los trabajadores, letrados y consejeros por su aportación, dedicación y compromiso.

Aunque poco a poco vamos dejando atrás años convulsos, el Consejo Consultivo no ha sido ajeno este año a otra realidad social: la invasión rusa de Ucrania y la crisis económica global que han supuesto el 13% de las resoluciones de contrato motivadas por el incremento de precios de las materias primas.

En las páginas que siguen se encuentran las observaciones y sugerencias dirigidas a las distintas administraciones públicas en aras a impulsar comportamientos administrativos correctos y certeros. La actividad del Consejo se completa con una de las prioridades del organismo consultivo: la organización y colaboración con otras instituciones en cursos, jornadas y seminarios que promuevan el desarrollo del estudio jurídico en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

Un año más insistimos en la necesidad de informar públicamente sobre la actividad de este Consejo garantizando el derecho de los ciudadanos a conocer nuestra función, el rendimiento de la institución y nuestra contribución al servicio del Estado de Derecho y de la fuerza normativa de la Constitución y del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Confiamos en que nuestro trabajo diario contribuya a mejorar la vida de las personas.

María Jesús Gallardo Castillo  
Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía

# CAPÍTULO PRIMERO

The image shows a detailed architectural facade of a building. At the top, a stone inscription reads "CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCIA". Below this, the main title "ASPECTOS INSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS" is displayed in large, bold, yellow capital letters. The facade features a central archway supported by two large, ornate columns. Above the arch, there is a decorative keystone with a face. On either side of the arch, there are smaller decorative elements, possibly floral or heraldic in nature. The overall style is classical and monumental.

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCIA

## ASPECTOS INSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS



# CAPÍTULO PRIMERO

## ASPECTOS INSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS

1. Normativa reguladora
2. Composición y competencias
3. Personal
4. Presupuesto
5. Transparencia pública
6. Infraestructura
7. Actividad no consultiva





## 1. Normativa reguladora

La consolidación de la posición institucional del Consejo Consultivo se produjo estatutariamente en la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que en su Título IV lo configura como institución de autogobierno (capítulo VI, artículo 129) en los siguientes términos: “ 1. El Consejo Consultivo de Andalucía es el superior órgano consultivo del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Junta de Andalucía, incluidos sus organismos y entes sujetos a derecho público. Asimismo, es el supremo órgano de asesoramiento de las entidades locales y de los organismos y entes de derecho público de ellas dependientes, así como de las universidades públicas andaluzas. También lo es de las demás entidades y corporaciones de derecho público no integradas en la Administración de la Junta de Andalucía, cuando las leyes sectoriales así lo prescriban. 2. El Consejo Consultivo ejercerá sus funciones con autonomía orgánica y funcional. Una ley del Parlamento regulará su composición, competencia y funcionamiento.”

Anteriormente, la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía (en adelante Ley del Consejo), lo situó institucionalmente como superior órgano de asesoramiento de las Administraciones Públicas radicadas en la Comunidad Autónoma, reconociéndole tal condición no solo respecto de los dictámenes que les soliciten el Consejo de Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía, sino también en relación con las consultas que deban formular las entidades locales, universidades públicas y demás entidades y corporaciones de derecho público de Andalucía.

Por otra parte, la citada Ley amplió el elenco de supuestos en los que el Consejo Consultivo ha de ser consultado preceptivamente, exigiendo algunos de ellos el necesario desarrollo reglamentario sobre el momento y la forma en que ha de realizarse la consulta.

En atención a esta exigencia y al mandato de la disposición final tercera de la Ley, el Consejo Consultivo elaboró y el Consejo de Gobierno aprobó el 13 de diciembre de 2005, el Decreto 273/2005 por el que se aprobaba su Reglamento Orgánico (en adelante Reglamento del Consejo) que entró en vigor al día siguiente de su publicación. Dicha norma posibilitó, a partir de esa fecha, que este superior órgano dispusiese del instrumento idóneo para ejercer su autonomía orgánica y funcional, a la vez que reguló su funcionamiento, el procedimiento para la emisión de dictámenes y el estatuto jurídico de sus miembros y del personal a su servicio.

Con el citado decreto el Consejo Consultivo completó su marco normativo, haciendo posible, bajo los principios de economía y máxima simplificación, dar respuesta a las nuevas exigencias competenciales y de funcionamiento que se demandan al órgano superior de asesoramiento del Consejo de Gobierno y de las administraciones de Andalucía, así como de las universidades, entidades y corporaciones de derecho público de la Comunidad Autónoma.

## 2. Composición y competencias

### 2.1. Organigramas sobre composición y competencias del Pleno, de la Comisión Permanente y de las Ponencias (gráficos 1, 2, 3 y 4)

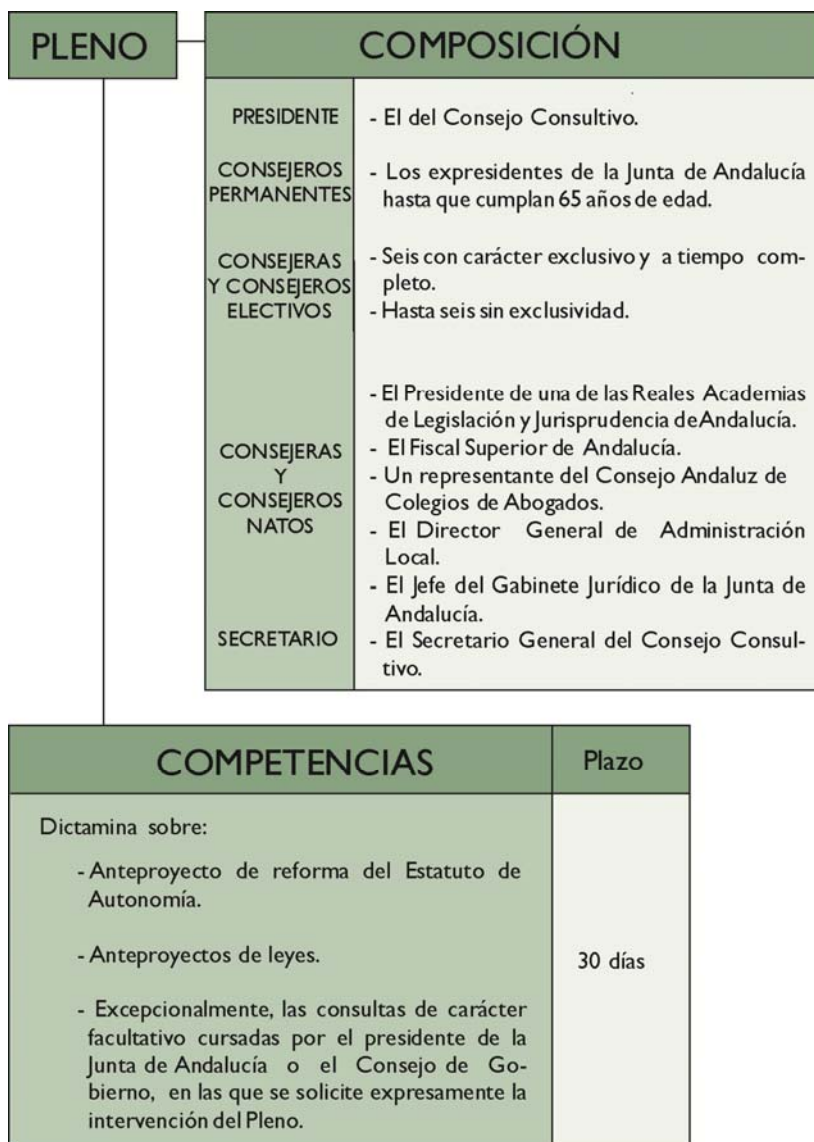


Gráfico 1.- Composición y competencias del Pleno.



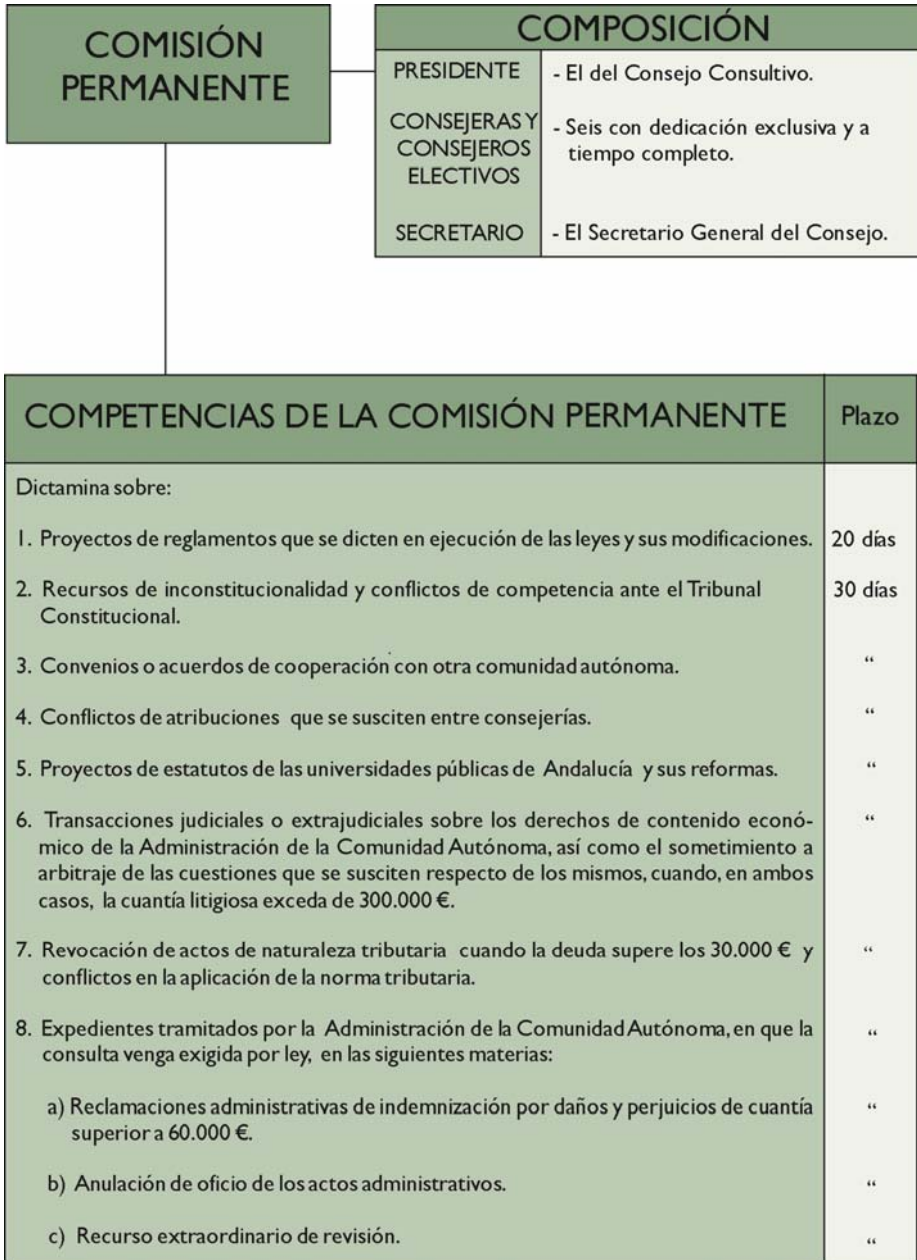


Gráfico 2.- Composición y competencias de la Comisión Permanente.

<p><b>COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN PERMANENTE</b></p> <p>Continuación</p>	<p>Plazo</p>
<p>d) Contratación administrativa.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Nulidad.</li> <li>- Interpretación de contratos cuando exista oposición del contratista o el precio del contrato sea superior a 600.000 €.</li> <li>- Resolución de contratos cuando exista oposición del contratista o el precio del contrato sea superior a 600.000 €.</li> <li>- Modificaciones de contratos y concesiones administrativas iguales o superiores al 20% del precio inicial.</li> <li>- Modificaciones de contratos celebrados por poderes adjudicadores, que no sean Administraciones Públicas, si su importe es igual o superior a 6.000.000 € y la cuantía de la modificación igual o superior al 20%.</li> <li>- Reclamaciones por responsabilidad contractual de cuantía igual o superior a 50.000 €.</li> <li>- Pliegos de cláusulas administrativas generales.</li> </ul>	<p>30 días</p> <p>“</p> <p>15 días</p> <p>30 días</p> <p>“</p> <p>“</p> <p>“</p>
<p>e) Urbanismo.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Modificaciones de los instrumentos de ordenación urbanística que afecten a dotaciones públicas de espacios libres y zonas verdes (art.86.3 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la Sostenibilidad del territorio de Andalucía).</li> <li>- Modificaciones de planeamiento que eximan de la obligatoriedad de hacer reservas de terrenos destinados a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública [art.3.6.2.c) 2ª de la Ley 7/2002, en la redacción dada por la Ley 1/2006, de 16 de mayo].</li> <li>- Atribución a la consejería competente del ejercicio de la potestad de planeamiento que corresponde a los municipios, de acuerdo con el apartado 4 del art. 31 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre (en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 11 de noviembre).</li> </ul>	<p>“</p> <p>“</p> <p>“</p>
<p>f) Creación y supresión de municipios o alteración de términos municipales, constitución y disolución de entidades locales autónomas y creación de áreas metropolitanas y demás asuntos en que la consulta venga exigida por la legislación de régimen local.</p>	<p>“</p>
<p>9. Expedientes tramitados por instituciones, entidades, organismos, universidades y empresas en que, por precepto expreso de una ley, deba pedirse dictamen al Consejo Consultivo.</p>	<p>“</p>
<p>10. Conflictos en defensa de la autonomía local.</p>	<p>“</p>
<p>11. Transacciones de las entidades locales que superen el 5% de los recursos ordinarios de su presupuesto.</p>	<p>“</p>
<p>12. Reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial frente a administraciones públicas no pertenecientes a la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuando la cuantía de la reclamación sea superior a 15.000 €.</p>	<p>“</p>
<p>13. Excepcionalmente dictamina las consultas facultativas que por su especial trascendencia o repercusión lo requieran y que así se motive por los órganos legitimados para solicitarlos.</p>	<p>“</p>

Gráfico 3.- Continúa competencias de la Comisión Permanente.

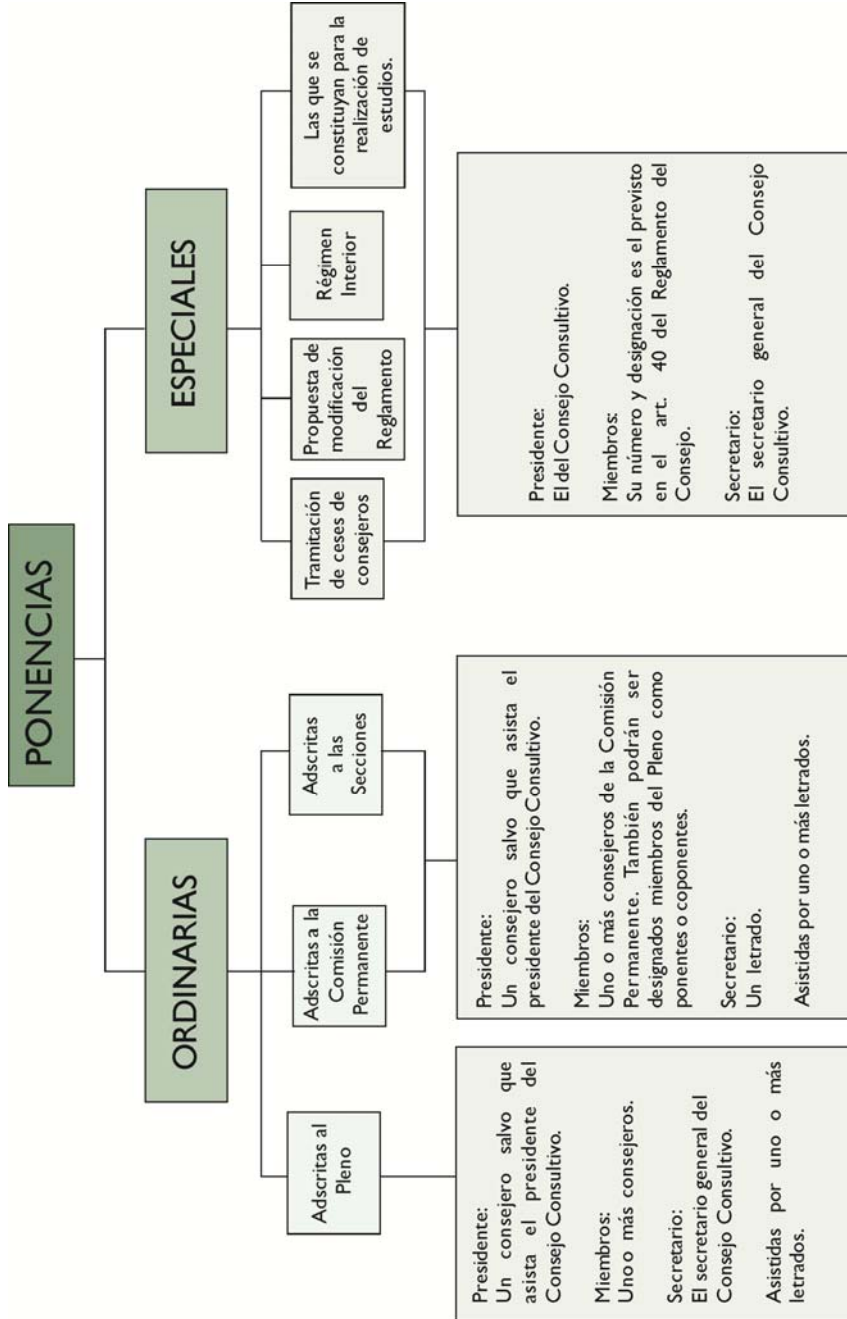


Gráfico 4.- Tipo, composición y competencias de las Ponencias.

## 2.2. Miembros de los órganos colegiados

Las novedades que se han producido durante el año 2022 en la composición de los órganos colegiados son las siguientes:

### A) Ceses:

- El director general de Administración Local, Joaquín José López-Sidro Gil, cesó mediante Decreto 290/2022, de 11 de agosto, lo que supuso la pérdida de la condición de consejero nato.

### B) Nombramientos:

- Mediante Decreto 294/2022, de 11 de agosto, se nombró secretaria general de Administración Local a María Luisa Ceballos Casas, adquiriendo así la condición de consejera nata, cargo del que tomó posesión el 23 de diciembre de 2022.



María Luisa Ceballos Casas, en su toma de posesión.



El **Pleno** a 31 de diciembre, estaba integrado por los siguientes miembros:

*Presidenta*

Gallardo Castillo, M.<sup>a</sup> Jesús

*Consejeras y consejeros electivos con exclusividad*

Álvarez Civantos, Begoña  
Dorado Picón, Antonio  
Escuredo Rodríguez, Rafael  
Gorelli Hernández, Juan  
Moreno Ruiz, María del Mar  
Rodríguez-Vergara Díaz, Ángel

*Consejeras y consejeros electivos sin exclusividad*

Blanco Argente del Castillo, Eva  
Cañizares Laso, Ana  
Carrillo Donaire, Juan Antonio  
Jareño Rodríguez-Sánchez, José Manuel  
López Fernández, Soledad  
Yélamos Navarro, Fernando

*Consejeras y consejeros natos*

Cabrera López, Leandro  
López Cantal, Rafael  
Ceballos Casas, María Luisa  
Pérez Pino, María Dolores  
Tárrago Ruiz, Ana

*Secretaria general*

Linares Rojas, María Angustias

La **Comisión Permanente**, integrada por la presidenta y consejeras y consejeros electivos con exclusividad, y asistida por la secretaria general, a 31 de diciembre estaba integrada por los siguientes miembros:

*Presidenta*

Gallardo Castillo, M.<sup>a</sup> Jesús

*Consejeras y consejeros*

Álvarez Civantos, Begoña  
Dorado Picón, Antonio  
Escuredo Rodríguez, Rafael  
Gorelli Hernández, Juan  
Moreno Ruiz, María del Mar  
Rodríguez-Vergara Díaz, Ángel

*Secretaria general*

Linares Rojas, María Angustias

La **Ponencia de Régimen Interior** a 31 de diciembre estaba integrada por los siguientes miembros:

*Presidenta*

Gallardo Castillo, María Jesús

*Consejeros*

Cabrera Mercado, Leandro  
Rodríguez-Vergara Díaz, Ángel

*Letrado mayor*

Requena López, Tomás

*Secretaria general*

Linares Rojas, María Angustias



### 2.3. Sesiones

A lo largo de 2022 los órganos colegiados celebraron las siguientes sesiones:

**Pleno:** 7, con 7 anteproyectos de ley dictaminados.

**Comisión Permanente:** 26, con 983 proyectos dictaminados.

**Ponencia de Régimen Interior:** 2

Para la preparación de los proyectos de dictámenes examinados en el Pleno y en la Comisión Permanente se han constituido 997 Ponencias.

### 3. Personal

#### 3.1. Organigrama administrativo

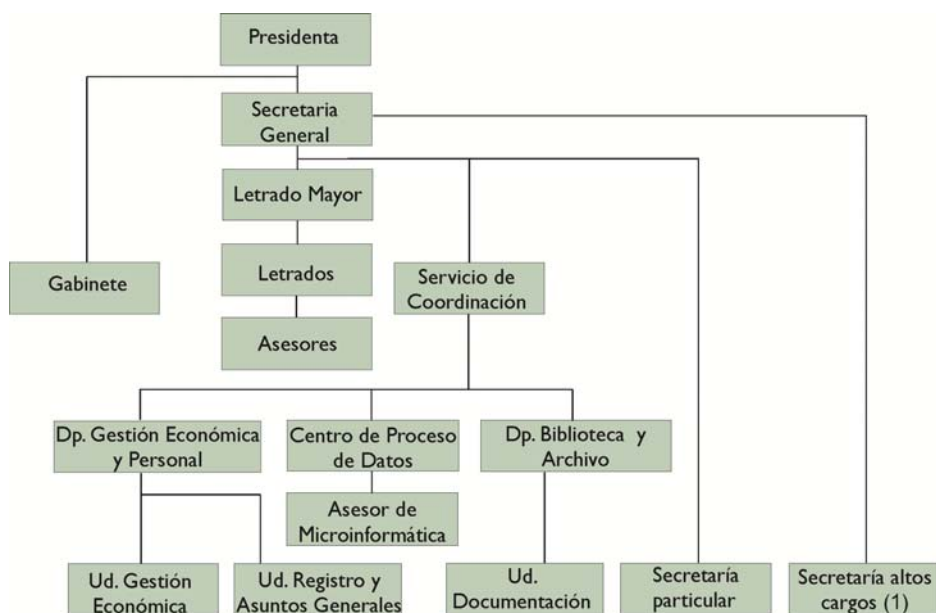


Gráfico 5.- Organigrama administrativo del Consejo Consultivo de Andalucía.

(1) Con dependencia administrativa de la Secretaría General y dependencia funcional de los consejeros y consejeras.

#### 3.2. Letrados

Desempeñan las funciones de estudio, asistencia técnica, preparación y redacción de los anteproyectos de dictámenes y todas aquellas actividades que exijan apoyo técnico-jurídico en el marco de la organización general del Consejo.

A 31 de diciembre, el Consejo Consultivo contaba con los siguientes:

#### Letrado mayor

Requena López, Tomás





## Letrados

Castillo Gutiérrez, Manuel del  
Guisado Barrilao, José Mario  
Martín Moreno, José Luis  
Roldán Martín, Ana Isabel

### 3.3. Asesores

Realizan tareas de apoyo a los letrados, bajo cuya supervisión colaboran en el examen de admisibilidad de las solicitudes de dictamen, en la elaboración de proyectos de dictámenes, así como en los informes sobre resoluciones administrativas que se separen de los mismos.

A 31 de diciembre, el Consejo contaba con los siguientes:

Partera Fuentes, Rafael  
Pérez García, María Eloísa  
Rodríguez Orellana, Cristina  
Rodríguez Manzano, María Josefa

### 3.4. Personal administrativo

A 31 de diciembre, la plantilla del personal adscrita al Consejo Consultivo estaba formada por los siguientes funcionarios:

Jefaturas de servicio, departamentos y unidades:

Pérez Trescastro, María Begoña. Servicio de Coordinación  
Jiménez Barrionuevo, Pedro Antonio. Centro de Proceso de Datos  
Ramírez Ponferrada, Gema María. Dpto. de Biblioteca y Archivo  
Márquez Rejón, María Victoria. Dpto. de Gestión Económica y Personal  
García Buendía, Celia. Unidad de Gestión Económica  
Padial Benticuaga, Ana Isabel. Unidad de Registro y Asuntos Generales  
Serrano Medina, María Luisa. Unidad de Documentación

Secretarías particulares:

González Cortés, Ana María. Secretaria de consejeros  
Pulido Moyano, M<sup>a</sup> Cruz. Secretaria de consejeros  
Mora Sánchez, Francisco Javier. Secretario de la titular de la Secretaría General

Personal de administración e informática:

Conejo Fernández, Rosario. Auxiliar de Gestión  
Díaz Durán, Luisa. Auxiliar de Gestión  
Domingo Dopico, María Amelia. Auxiliar de Gestión  
Gijón Gijón, Juan José. Auxiliar de Gestión  
Jiménez Fernández, José Antonio. Auxiliar de Gestión  
López Rodríguez, María Encarnación. Auxiliar Gestión- Biblioteca  
Martínez Cuesta, Flor Elena. Auxiliar de Gestión  
Morales Molero, Josefa. Auxiliar de Gestión  
Olmedo Moreno, Francisco. Operador de Consola  
Rojas Jódar, Antonio José. Operador de Consola  
Rosillo Martínez, Ana Lourdes. Auxiliar de Gestión  
Sierra Camacho, José Antonio. Asesor Microinformática

### 3.5. Otro personal

#### Eventual

A 31 de diciembre, el Gabinete de Presidencia estaba formado por el siguiente personal:

González Vera, Ana. Asesoría de información y documentación  
Sánchez Latorre, Inmaculada Concepción. Jefa de Gabinete

#### Laboral

A 31 de diciembre, el Consejo contaba con el siguiente personal laboral:

Álvarez Aránega, Luis Eulogio. Ordenanza  
Ceballos Guerrero, Francisco. Ordenanza  
Cortés Escuredo, Samuel Inmaculada. Conserje  
López Fernández, Esther. Ordenanza  
Servillera Serrano, Manuel. Conductor  
Vargas Azor, Juan Carlos. Conductor



#### 4. Presupuesto

La autonomía funcional de que goza el Consejo Consultivo de Andalucía se expresa en su vertiente económico-presupuestaria mediante la aprobación del anteproyecto de su presupuesto, que se incorpora como una sección al anteproyecto del Presupuesto de la Comunidad Autónoma (disposición adicional primera de la Ley del Consejo).

El procedimiento que se sigue para la elaboración y aprobación del referido anteproyecto del estado de gastos tiene su marco normativo en los artículos 3.2 y 74 del Reglamento del Consejo. Destacan las siguientes actuaciones:

1) Corresponde a la persona titular de la Secretaría General confeccionar el anteproyecto de presupuesto.

2) Dicho documento se somete al examen de la Ponencia de Régimen Interior.

3) El documento que resulta de dicho trámite es debatido por el Pleno del Consejo Consultivo de Andalucía, órgano competente para su aprobación.

4) Una vez aprobado, el anteproyecto del estado de gastos del Consejo Consultivo se remite a la consejería competente en materia de Hacienda (artículo 35.2 del texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo), para su integración en el anteproyecto de Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma.

En 2022 la Comunidad Autónoma de Andalucía mantuvo prorrogado el presupuesto del ejercicio anterior basándose en lo previsto en el artículo 37 del texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, con las modulaciones y adecuaciones establecidas en el Decreto 286/2021, de 28 de diciembre, por el que se establecen las condiciones específicas a las que debe ajustarse la prórroga del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el ejercicio 2022. La distribución del presupuesto fue la siguiente:

**PRESUPUESTO DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA 2022**

**Capítulo I.- Gastos de personal**

<b>Concepto</b>	<b>Euros (€)</b>
Artículo 10. Altos cargos	540.532
Artículo 11. Personal eventual	95.889
Artículo 12. Funcionarios	1.441.243
Artículo 13. Laborales	140.515
Artículo 15. Incentivos al rendimiento	467.417
Artículo 16. Cuotas, prestaciones y gastos sociales	512.500
Artículo 17. Otros gastos de personal	63.962
Total capítulo I	3.262.058

**Capítulo II.- Gastos corrientes en bienes y servicios**

<b>Concepto</b>	<b>Euros (€)</b>
Artículo 21. Reparación y conservación	37.500
Artículo 22. Material, suministros y otros	273.000
Artículo 23. Indemnizaciones por razón del servicio	48.700
Total capítulo II	359.200

**Capítulo VI.- Inversiones reales**

<b>Concepto</b>	<b>Euros (€)</b>
Artículo 60. Inversiones nuevas	15.000
Artículo 66. Inversiones reposición	15.000
Total capítulo VI	30.000

**Total Presupuesto 2022 3.651.258 €**



## 5. Transparencia pública

En el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, reconocido en los artículos 17 y siguientes de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y 24 y siguientes de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, durante el año 2022, el Consejo Consultivo ha recibido un total de siete solicitudes de información, todas ellas gestionadas a través de la Plataforma Integrada del Derecho de Acceso a la Información Pública.

Cuatro solicitudes fueron inadmitidas, en un caso por tratarse de una petición de asesoramiento jurídico de persona sin legitimación para su solicitud, en otros dos al versar sobre información no obrante en este órgano, y la última de ellas por utilizar esta vía cuando, por tratarse de un interesado en un procedimiento administrativo, se han de seguir los cauces establecidos al efecto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Las otras tres solicitudes fueron estimadas, resolviendo la remisión de la información interesada por los solicitantes relativa a dictámenes emitidos por el Consejo.

## 6. Infraestructura

### 6.1. Sede

La sede del Consejo Consultivo de Andalucía se encuentra en Granada, en el Palacio de Bibataubín. Este edificio, cuyos primeros vestigios datan de la época almohade, ha sido objeto de numerosas intervenciones a lo largo de sus ocho siglos de historia: consolidado como fortificación en la época de los Reyes Católicos, en el siglo XVII es convertido en cuartel, función que mantiene hasta que en 1932 se convierte en la sede de la Diputación Provincial de Granada. Desde 2010 este singular inmueble acoge al Consejo Consultivo.

Destaca su potente torreón que, edificado sobre el bastión de la antigua fortificación, es uno de los elementos visuales más característicos de la ciudad.



Portada principal y acceso. Palacio de Bibataubín.



Vista del patio interior del Palacio de Bibataubín.



El salón de actos del Consejo, con parte del torreón original de lo que fue el Castillo de Bibataubín en la Edad Moderna, al fondo.



Imagen del salón circular en el que se celebran las reuniones del Pleno del Consejo.



Vidriera del patio interior.





## 6.2. Biblioteca y archivo

La Biblioteca del Consejo Consultivo de Andalucía ha seguido incrementando y actualizando su fondo bibliográfico durante este año. Se han adquirido 40 nuevos tratados y manuales, principalmente de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional.

Como miembro de la Red de Centros de Documentación y Bibliotecas Especializadas de Andalucía (Red IDEA), seguimos colaborando y alimentando su catálogo de forma activa. Continuamos trabajando en la catalogación y conversión retrospectiva de nuestra colección, con el fin de integrarla en su totalidad y que pueda estar accesible para su consulta online. Este 2022 hemos contribuido con 131 monografías que no figuraban aún en el catálogo en línea de la Red IDEA.

Además de mantener activas las suscripciones a publicaciones seriadas especializadas de años anteriores, hemos incorporado 3 nuevos títulos sobre Derecho Administrativo, y hemos elegido la base de datos jurídica vLex para poder disponer de legislación, jurisprudencia y doctrina de forma rápida y actualizada.

El servicio de difusión selectiva de información sigue funcionando a través de correo electrónico. Se envían en archivos adjuntos los Boletines de sumarios y los Catálogos de Novedades Bibliográficas, aportando con ello al personal de la Institución, y en especial a los letrados, la información jurídica más actual y relevante publicada.

Seguimos apostando por una Biblioteca Digital propia. Aún está en sus comienzos, pero ya este año se han duplicado sus recursos pasando de 20 a 40 monografías. Esta pequeña colección digital sobre Derecho también cuenta con acceso a las versiones electrónicas de los libros adquiridos a través de la plataforma Proview.

El Archivo ha continuado con su labor de custodia. Su fondo documental se ha visto incrementado en 1.177 expedientes administrativos y 339 resoluciones, además de otros documentos. Se han realizado 43 nuevos ingresos y 1.423 inserciones documentales en @rchivA, que equivaldría a 213 unidades de instalación y 23 metros lineales. Este año sólo supone físicamente un centenar de cajas, ya que la gran mayoría de expedientes han sido tramitados de forma electrónica en la nueva plataforma de gestión Inform@.

## 6.3. Sistema informático

Durante el año 2022, las principales actuaciones que se llevaron a cabo en cuanto a

sistema informático se refiere, fueron las siguientes:

1.- Puesta en producción del nuevo sistema de gestión de expedientes INFORM@.

Tras su fase de preproducción y pruebas llevadas a cabo el año anterior, el sistema de gestión de expedientes INFORM@ ha entrado en producción en el mes de enero de 2022.

La plataforma permite cumplir con todos los estándares y requerimientos exigibles por la administración electrónica y mantiene toda la información relativa a los expedientes consultados, de forma segura, unificada y accesible en el tiempo.

2.- Nuevo sistema de control de presencias CRONO.

El sistema CRONO está basado en un gestor de bases de datos Oracle y un servidor web Apache programados a través de PHP e implantados localmente en el sistema informático del organismo.

3.- Mejora del equipo de audio del salón de actos.

El Consejo Consultivo cuenta en su sede con un salón de actos donde se celebran seminarios, cursos, presentaciones y reuniones. La instalación multimedia de dicho salón se ha mejorado, incorporando altavoces estéreo ocultos en el techo y un sistema de equalización que optimiza la salida de audio.

4.- Mantenimiento y mejora de la infraestructura del sistema informático.

El Consejo ha actualizado su sistema informático, debiendo destacar entre el nuevo equipamiento la incorporación de:

- 10 equipos de sobremesa y 4 equipos portátiles, con hardware y software de última generación.

- Un nuevo host virtualizado, con 4 servidores virtuales con sistema operativo Windows Server 2022, que amplían la capacidad de procesamiento del sistema informático.

## **7. Actividad no consultiva**

### **7.1. Organización y colaboración en cursos y jornadas**

Es prioridad del Consejo Consultivo de Andalucía la realización de actividades que promuevan el conocimiento teórico y práctico de las funciones que desarrolla, así



como la organización de encuentros científicos y la participación en jornadas y congresos que, por su relevancia, son un eficaz instrumento para el desempeño de su superior función consultiva. A lo largo de 2022 el Consejo Consultivo mantuvo las vías de colaboración que había afianzado años atrás con otras instituciones interesadas en la promoción y desarrollo del estudio jurídico en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Fruto de estos intereses compartidos se realizaron diversas actividades con distintas universidades e instituciones.

### 7.1.1. Cursos propios

Un acuerdo entre el Consejo Consultivo de Andalucía, la Universidad de Sevilla (a través del Instituto Manuel Clavero Arévalo) y la Consejería de Presidencia, Administración Pública e Interior (a través del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y el Instituto Andaluz de Administración Pública) permitió organizar en Granada, el día 24 de febrero, una jornada conmemorativa del *XV aniversario de la aprobación de la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía*. A la cita acudieron más de medio centenar de empleados públicos de la comunidad autónoma.



De izquierda a derecha los ponentes de la primera mesa: Antonio Lamela Cabrera, Ignacio Carrasco López, María Dolores Pérez Pino, Antonio Faya y María Jesús Gallardo Castillo.

La jornada de trabajo se articuló en torno a dos mesas, la primera bajo el título: *El impacto de la pandemia COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Andalucía*, en la que intervino el coordinador del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Antonio Faya, hablando de *La resiliencia del Estado de las Autonomías frente al desafío de la COVID-19*. La jefa del gabinete jurídico, María Dolores Pérez Pino, tituló su ponencia *La pandemia y los derechos de la ciudadanía*; mientras que el letrado de la Junta de Andalucía, Ignacio Carrasco pronunció la conferencia *La simplificación administrativa como instrumento*. Cerró la mesa la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía, María Jesús Gallardo, quien desgranó *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y el COVID* analizando varios escenarios de daños: por una parte los derivados del COVID, de la pasividad y la mala gestión de la Administración y por otra los derivados de las medidas gubernamentales.



De izquierda a derecha los ponentes de la segunda mesa: Federico Castillo Blanco, Concepción Barrero, Emilio Guichot, Ricardo Vicente Puyol y Manuel Rebollo.

La segunda mesa, bajo el título: *Recientes avances en el desarrollo legislativo de las competencias autonómicas*, contó con la participación de Concepción Barrero Rodríguez, catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla, Ricardo Vicente



Puyol, director de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, Federico Castillo Blanco, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada y Manuel Rebollo, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba.



Foto de familia; de izquierda a derecha: Ricardo Vicente Puyol, Concepción Barrero, Emilio Guichot, María Dolores Pérez, María Jesús Gallardo, María del Mar Carazo, Manuel Rebollo y Antonio Faya.

## 7.2. Conferencias

El día 18 de marzo la presidenta del Consejo Consultivo participó en la jornada del Instituto Andaluz de Administración Pública celebrada en Sevilla bajo el título *Responsabilidad patrimonial y contratación pública en el ámbito sanitario en tiempos de pandemia*. En su ponencia: *Las claves de la responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia y otros conceptos indemnizables*, la Presidenta analizó las claves de la aplicación de los criterios legales y jurisprudenciales de la responsabilidad patrimonial, los criterios de aplicación para indemnizar los daños por omisión de la normativa de prevención de riesgos laborales, entre otros.



La presidenta del Consejo Consultivo (dcha.) junto a la jefa de la asesoría jurídica del SAS, Matilde Vera.



María Jesús Gallardo durante la conferencia inaugural de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas.



El 23 de marzo la presidenta del Consejo Consultivo acudió a la Universidad de Jaén (UJA), para pronunciar la lección inaugural del Día de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, un acto que estuvo presidido por el rector de la UJA, Juan Gómez Ortega, y en el que la Presidenta desgranó los entresijos de la responsabilidad patrimonial con motivo de la pandemia del COVID.

El Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional de la Diputación de Granada acogió el 10 de junio una jornada de excelencia sobre *Notificación y comunicaciones electrónicas* en la que participó la presidenta del Consejo Consultivo explicando las relaciones administrativas a través de las comunicaciones electrónicas a la luz de la Ley 39/2015 y del RD 203/2021. Abordó el derecho-obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración, la identificación de los interesados como requisito previo a la notificación electrónica y los sistemas de acceso a dichas notificaciones, entre otros asuntos.



La presidenta del Consejo Consultivo, durante su participación en el CEMCI.

El 28 de junio la presidenta del Consejo Consultivo acudió a la jornada sobre *Derecho de Consumo* organizada por la Diputación de Jaén en el Parador de Turismo

Castillo de Santa Catalina. En esta ocasión pronunció la conferencia *Reclamaciones sobre servicios públicos*, donde explicó la forma de las reclamaciones, la acción y el procedimiento de las mismas. Abordó los plazos de prescripción, habló de los daños permanentes y los daños continuados, del procedimiento para iniciar una reclamación o de las indemnizaciones a reclamar.



Jornada de 'Derecho de Consumo' en el Parador de Turismo Castillo de Santa Catalina de Jaén.

La Universidad de Almería organizó el 15 de julio en la Casa de la Cultura de Tíjola el curso de verano *Envejecimiento de la población y calidad de vida: gestión de residencias de mayores y discapacidad* dirigido por María José Cazorla González, profesora titular de derecho Civil en la UAL y Antonio Carrión Pérez, gerente y administrador del grupo Gerial. La presidenta del Consejo Consultivo participó con la conferencia *Responsabilidad patrimonial de la administración en tiempos de Covid*, donde explicó los efectos jurídicos de la pandemia, no solo desde el punto de vista de las responsabilidades patrimoniales sanitarias a las que ha podido dar lugar la pandemia, sino también como consecuencia de otras medidas que se adoptaron durante el estado de alarma en cuanto a requisas, ocupaciones temporales o prestaciones forzosas.





La presidenta del Consejo Consultivo (dcha.) junto a Mª José Cazorla.

Durante los días 22 y 23 de septiembre tuvieron lugar las XXI Jornadas Nacionales de la Función Consultiva que se celebraron en La Palma, donde la presidenta del Consejo Consultivo acudió también como ponente con una conferencia titulada *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como consecuencia de actos legislativos. Análisis de los supuestos y requisitos de responsabilidad del Estado legislador*. Durante su intervención la Presidenta abordó la responsabilidad del legislador, regulada en la Ley 40/2015 “cuyos requisitos y condiciones distan mucho de ser acordes con los principios del Derecho comunitario, con los postulados constitucionales y con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo”. En su intervención también analizó las debilidades y carencias del sistema y se sumó a la reivindicación de la reforma que viene a postular la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022 y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Entre los asistentes a las XXI Jornadas de la Función Consultiva estuvieron entonces presidenta del Consejo de Estado, María Teresa Fernández de la Vega, y juristas del ámbito nacional como Fernando Ledesma Bartret, consejero del Consejo de Estado y ex ministro de Justicia.



De izda. a dcha.: Estela Marrero, M<sup>a</sup> Jesús Gallardo, Tomás Ramón Fernández y Pilar Cuesta.

La presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía, representó a España en la mesa *Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario*, dentro del XV Coloquio luso-español de profesores de derecho administrativo que se celebró los días 21 y 22 de octubre en Burgos. A lo largo de su intervención la Presidenta expuso los tres grandes rasgos del sistema de responsabilidad administrativa: la responsabilidad objetiva, directa y el sistema de derecho público, general y unitario. Junto a la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía participó en la mesa redonda la profesora titular de la Universidad de Coimbra y jueza del Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, Suzana Tavares da Silva.



De izda. a dcha.: María Jesús Gallardo, Mirian Cueto, Antonio Cándido y Suzana Tavares.

### 7.3. Visitas Institucionales

El día 4 de enero la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía realizó una visita institucional al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en Sevilla, donde pudo departir con su titular, María Dolores Pérez la cual, en su condición de jefa del Gabinete Jurídico, es integrante del pleno del Consejo Consultivo de Andalucía donde ejerce como consejera nata desde el 9 de marzo de 2021.



La presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía (izqda.) con la jefa del Gabinete Jurídico.



María Jesús Gallardo, junto a Juan Luis de Aynat y Leandro Cabrera.



El decano del Colegio de Abogados de Almería, Juan Luis de Aynat, visitó el 12 de enero, junto al decano del Colegio de Abogados de Granada, Leandro Cabrera, el Consejo Consultivo de Andalucía, donde mantuvo una reunión institucional con la Presidenta. Durante su encuentro ambos pudieron intercambiar opiniones y sentaron las bases para futuras colaboraciones entre las dos instituciones a las que representan.

La directora del Instituto Andaluz de Administración Pública, María del Mar Caraza, también estuvo en la sede del Palacio de Bibataubín el día 8 de febrero, donde tuvo ocasión de conocer las instalaciones del Consejo Consultivo. Ambas representantes institucionales perfilaron la jornada que se celebraría el 24 de febrero en la sede del Consejo Consultivo sobre el *XV Aniversario de la aprobación de la reforma del estatuto de autonomía de Andalucía*.



María Jesús Gallardo (izqda.) junto a María del Mar Caraza.

El 23 de febrero, el director de la Oficina contra el Fraude, Ricardo Vicente Puyol, mantuvo una reunión con la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía donde tuvo ocasión de conocer la historia de la sede del órgano consultivo.



Ricardo Vicente Puyol en el despacho de la presidenta del Consejo Consultivo.



La presidenta del Consejo Consultivo de Asturias firmando en el libro de honor.



El 19 de mayo visitó el Consejo Consultivo de Andalucía la presidenta del Consejo Consultivo de Asturias, Begoña Sesma Sánchez, donde se entrevistó con su Presidenta, María Jesús Gallardo. Tras firmar en el libro de honor hizo un recorrido por las dependencias del Palacio de Bibataubín, sede del Consejo Consultivo.

El 28 de septiembre la Presidenta recibió al delegado del Gobierno de la Junta en Granada, Antonio Granados, en la sede del Consejo Consultivo de Andalucía. Ambos coincidieron en la necesidad de llevar a cabo una simplificación de los procedimientos administrativos para eliminar los cuellos de obstáculos que ralentizan la economía.



Antonio Granados con la presidenta del Consejo Consultivo en el patio del Palacio de Bibataubín.

#### 7.4. Asistencia a actos

Como cada año la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía acudió el 28 de febrero a los actos organizados con motivo del Día de Andalucía en el Parlamento así como a la tradicional entrega de Medallas.



La presidenta del Consejo Consultivo en los actos del Día de Andalucía en el Parlamento.

Los días 23 y 24 de junio la presidenta del Consejo Consultivo asistió a las Jornadas de la función consultiva y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas derivadas de la COVID-19 que se celebraron en Segovia. Las jornadas, organizadas en el campus de la Universidad de Valladolid (UVA) en Segovia por el Consejo Consultivo de Castilla y León, contaron con la presencia de la presidenta del Consejo de Estado, María Teresa Fernández de la Vega y con representantes de todos los consejos consultivos de España.





La presidenta del Consejo Consultivo en las jornadas celebradas en Segovia.



Acto de presentación del Anuario July 2022.

El día 5 de julio la presidenta del Consejo Consultivo asistió a la presentación del Anuario Joly Andalucía 2022, una obra dirigida por Francisco José Ferraro que recopila en casi cuatrocientas páginas la actualidad andaluza, nacional e internacional durante el año 2021. El evento, organizado en el Hotel Alfonso XIII por el Grupo Joly contó con la participación del presidente de la Junta de Andalucía, Juan Manuel Moreno Bonilla.

También el 5 de julio la Presidenta participó en el acto conmemorativo del 137 aniversario del nacimiento de Blas Infante, reconocido como Padre de la Patria Andaluza desde 1983. En el acto intervinieron el vicepresidente de la Fundación Blas Infante, Javier Delmás, la presidenta del Parlamento, Marta Bosquet y el presidente de la Junta de Andalucía, Juan Manuel Moreno Bonilla. Tras los discursos comenzó la ofrenda floral ante el busto de la figura del padre de la patria andaluza en la que participó María Jesús Gallardo en nombre del Consejo Consultivo de Andalucía.



La Presidenta en la ofrenda floral delante del busto de Blas Infante.

El 23 de julio tuvo lugar la toma de posesión del presidente de la Junta de Andalucía, Juan Manuel Moreno Bonilla, del cargo para su segundo mandato en un acto que se celebró en la explanada situada junto al Palacio de San Telmo, sede del Gobierno andaluz. El acto estuvo amenizado por los alumnos de la Academia de Estudios Orquestales de la Fundación Baremboim.



Toma de posesión del presidente de la Junta de Andalucía en la explanada de San Telmo.



Apertura del año judicial en el patio de la Real Chancillería.

El 15 de septiembre la Presidenta asistió a la apertura del año judicial en Granada. El acto, que tuvo lugar en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) permitió a su presidente, Lorenzo del Río, avanzar los retos para el nuevo año y hacer balance del estado de la justicia andaluza. Al patio de la Real Chancillería acudieron diversas autoridades y representantes autonómicos y provinciales, entre ellos, el consejero de Justicia, José Antonio Nieto.

La presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía participó el 17 de noviembre en la inauguración de las XXIV Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía que se celebraron en Sevilla en colaboración con el Instituto Andaluz de Administración Pública. En la inauguración también estuvieron presentes la viceconsejera de Justicia de la Junta de Andalucía, Ana Corredera, y la jefa del Gabinete Jurídico, María Dolores Pérez Pino.



La presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía (segunda por la dcha.) junto a la jefa del Gabinete Jurídico (dcha.) y la viceconsejera de Justicia de la Junta de Andalucía.

El 21 de noviembre la Presidenta participó en la V edición de los premios CEMCI que tuvo lugar en la Diputación de Granada. En dicho acto se entregaron los premios a las prácticas municipales exitosas y a la investigación científica avanzada de la administración y el gobierno local.



La Presidenta, durante la entrega de uno de los premios CEMCI.



Imagen de la sesión pública de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

El 28 de noviembre la presidenta del Consejo Consultivo asistió a la sesión pública de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia celebrada en el salón de actos del Colegio Notarial de Andalucía. En dicha sesión intervino el catedrático emérito de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, ex ministro de Administración Territorial y ex presidente del Consejo de Estado, Tomás de la Quadra-Salcedo, quien pronunció la conferencia *El Derecho y las nuevas tecnologías digitales*.

El 29 de noviembre el Parlamento de Andalucía llevó a cabo un pleno extraordinario para conmemorar el 40 aniversario de su constitución en 1982. Tuvo lugar en el salón de los tapices de los Reales Alcázares de Sevilla, escenario que acogió el 21 de junio de ese año la sesión constitutiva de la Cámara autonómica. Durante el acto, el presidente del Parlamento andaluz, Jesús Aguirre, pronunció un discurso institucional ante los 109 diputados que integran la Cámara autonómica, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, ex diputados y otras autoridades invitadas.



Asistentes al pleno extraordinario en el salón de los tapices de los Reales Alcázares de Sevilla.



También el 29 de noviembre la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía asistió al desayuno informativo del *Forum Europa, tribuna Andalucía* en el que participó la consejera de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda de la Junta de Andalucía, Marifrán Carazo. El acto, presentado por el consejero de la Presidencia, Antonio Sanz, tuvo lugar en el Hotel Alfonso XIII de Sevilla.

El día 12 de diciembre se celebraron los premios Ideales 2022 que concede cada año el periódico IDEAL. El acto, al que acudió la presidenta del Consejo Consultivo, se celebró en el Palacio de Congresos de Granada y fue clausurado por el presidente de la Junta de Andalucía, Juan Manuel Moreno Bonilla. Durante la gala se reconoció la labor de la empresa T-Systems, de la rectora de la Universidad de Granada, Pilar Aranda, del entrenador del Covirán Granada, Pablo Pin y la asociación ‘Slava Ukraini’.

El Hospital Real, sede del Rectorado de la Universidad de Granada, acogió el 19 de diciembre la reunión anual de directores del Instituto Cervantes, un acto que fue inaugurado por la Reina Letizia. En la ceremonia de apertura junta a la presidenta del Consejo Consultivo estuvieron también presentes el director del Instituto Cervantes, Luis García Montero, la rectora de la Universidad de Granada, Pilar Aranda, y el alcalde de Granada, Francisco Cuenca. La reunión congregó a más de setenta líderes de la institución llegados de todo el mundo.



La consejera de Fomento, durante su intervención en el ‘Forum Europa Tribuna Andalucía’.



La presidenta del Consejo Consultivo (tercera por la dcha.) en al acto de los premios Ideales 2022.



María Jesús Gallardo (segunda por la dcha.) junto a la Reina Letizia en el Hospital Real.





## 7.5. Presentación Memoria 2021

El 23 de diciembre la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía, hizo entrega al presidente de la Junta de Andalucía, Juan Manuel Moreno Bonilla de la Memoria de 2021; un acto celebrado en el Palacio de San Telmo con el que la Institución da cuenta de la actividad desarrollada durante el año.



El presidente de la Junta de Andalucía, junto a la presidenta del Consejo Consultivo.

## 7.6. Otros

El 25 de abril el Consejo Consultivo organizó un acto interno para presentar el retrato del que fuera presidente de la Institución desde 2002 hasta 2019, Juan Cano Bueso. El cuadro, obra del pintor Jesús Conde, está expuesto en la primera planta de la sede del Consejo Consultivo junto al retrato de Elisa Pérez Vera, presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía desde 1993 a 2001. Durante el acto la presidenta del Consejo Consultivo, María Jesús Gallardo Castillo, destacó el papel tan determinante que Juan Cano desempeñó en la Institución. “El acto quiere solemnizar el papel decisivo que como presidente tuvo en los primeros y difíciles años de vida del Consejo, creyendo hondamente en la trascendente función de esta institución de autogobierno”, argumentó la actual Presidenta.



María Jesús Gallardo junto a Juan Cano Bueso.

# CAPÍTULO SEGUNDO

## ACTIVIDAD CONSULTIVA

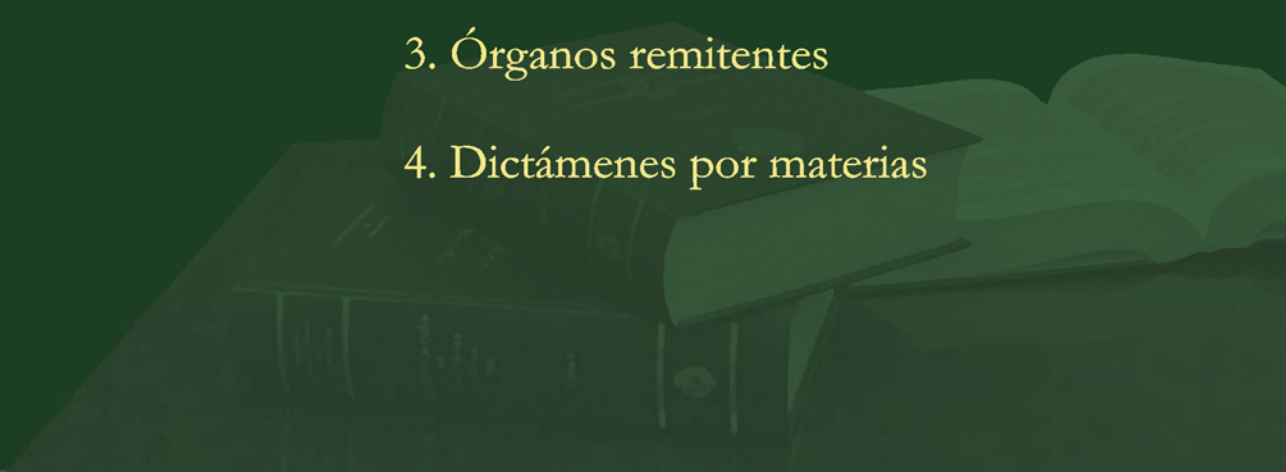




# CAPÍTULO SEGUNDO

## ACTIVIDAD CONSULTIVA

---

1. Dictámenes
  2. Cumplimiento de plazos
  3. Órganos remitentes
  4. Dictámenes por materias
- 
-





## ACTIVIDAD CONSULTIVA

### 1. Dictámenes

#### 1.1. Materias en las que es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo

DICTÁMENES PRECEPTIVOS
Solicitados por la Comunidad Autónoma
<ol style="list-style-type: none"><li>1. Anteproyecto de reforma del Estatuto de Autonomía.</li><li>2. Anteproyectos de leyes.</li><li>3. Proyectos de reglamentos que se dicten en ejecución de las leyes y sus modificaciones.</li><li>4. Recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional.</li><li>5. Convenios o acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas, contemplados en el título IX, capítulo II, del Estatuto de Autonomía.</li><li>6. Conflictos de atribuciones que se susciten entre consejerías.</li><li>7. Proyectos de estatutos de las universidades públicas de Andalucía y sus reformas.</li><li>8. Transacciones judiciales o extrajudiciales sobre los derechos de contenido económico de la Administración de la Comunidad Autónoma, así como el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten respecto de los mismos cuando, en ambos casos, la cuantía litigiosa exceda de 300.000 €.</li><li>9. Revocación de actos de naturaleza tributaria cuando la deuda supere los 30.000 € y conflictos en la aplicación de la norma tributaria.</li></ol>

Gráfico 6.- Dictámenes preceptivos solicitados por la Comunidad Autónoma.

<b>DICTÁMENES PRECEPTIVOS</b>	
<b>Solicitados por la Comunidad Autónoma</b>	
Continuación	
10. Procedimientos tramitados sobre:	
a) Reclamaciones administrativas de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 60.000 €.	
b) Anulación de oficio de los actos administrativos.	
c) Recursos extraordinarios de revisión.	
d) Contratación administrativa.	
- Nulidad.	
- Interpretación de contratos cuando exista oposición del contratista o el precio del contrato sea superior a 600.000 €.	
- Resolución de contratos cuando exista oposición del contratista o el precio del contrato sea superior a 600.000 €.	
- Modificaciones de contratos y concesiones administrativas iguales o superiores al 20% del precio inicial.	
- Modificaciones de contratos celebrados por poderes adjudicadores, que no sean Administraciones Públicas si su importe es igual o superior a 6.000.000 € y la cuantía de la modificación igual o superior al 20%.	
- Reclamaciones por responsabilidad contractual de cuantía igual o superior a 50.000 €.	
- Pliegos de cláusulas administrativas generales.	
e) Modificación de figuras de planeamiento que afecten a la ordenación estructural y que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos previstos en un plan, así como los supuestos de suspensión de instrumentos de planeamiento que competen al Consejo de Gobierno.	
f) Atribución a la consejería competente del ejercicio de la potestad de planeamiento que corresponde a los municipios, de acuerdo con el apartado 4 del art. 31 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre (en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 11 de noviembre).	
g) Modificaciones de planeamiento que eximan de la obligatoriedad de hacer reservas de terrenos destinados a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública [art.36.2.c).2º, de la Ley 7/2002, en la redacción dada por la Ley 1/2006, de 16 de mayo].	
h) Creación y supresión de municipios o alteración de términos municipales, constitución y disolución de entidades locales autónomas y creación de áreas metropolitanas y demás asuntos en los que la consulta venga exigida por la legislación de régimen local.	

Gráfico 7.- Dictámenes preceptivos solicitados por la Comunidad Autónoma (Continuación).





## OTRAS SOLICITUDES DE DICTÁMENES PRECEPTIVOS

- Expedientes tramitados por instituciones, entidades, organismos, universidades y empresas sobre los que, por precepto expreso de una ley, deba pedirse dictamen al Consejo Consultivo.

Gráfico 8.- Otros dictámenes preceptivos.

## DICTÁMENES PRECEPTIVOS

### Solicitados por la Administración Local

Asuntos sobre los que por precepto expreso de una ley, debe pedirse dictamen del Consejo.

1. Conflictos en defensa de la autonomía local.
2. Transacciones de las entidades locales que superen el 5% de los recursos ordinarios de su presupuesto.
3. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales por las entidades que integran la Administración Local.
4. Modificación de figuras de planeamiento que no afecten a la ordenación estructural y que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos previstos en un plan, así como las modificaciones que eximan de la obligatoriedad de hacer reservas de terrenos destinados a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública.
5. Revisión de oficio de actos administrativos.
6. Recursos extraordinarios de revisión.
7. Reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial frente a las administraciones públicas no pertenecientes a la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuando la cuantía de la reclamación sea superior a 15.000 €.
8. Contratación administrativa:
  - a) Interpretación, resolución y nulidad. Será preceptivo el dictamen del Consejo cuando se formule oposición del contratista, cualquiera que sea la cuantía del contrato.
  - b) Modificaciones. Cuando la cuantía de ellas, aislada o conjuntamente, sea superior al 20 % del precio original del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 €.

Gráfico 9.- Dictámenes preceptivos tramitados por la Administración Local.

## 1.2. Esquema de tramitación

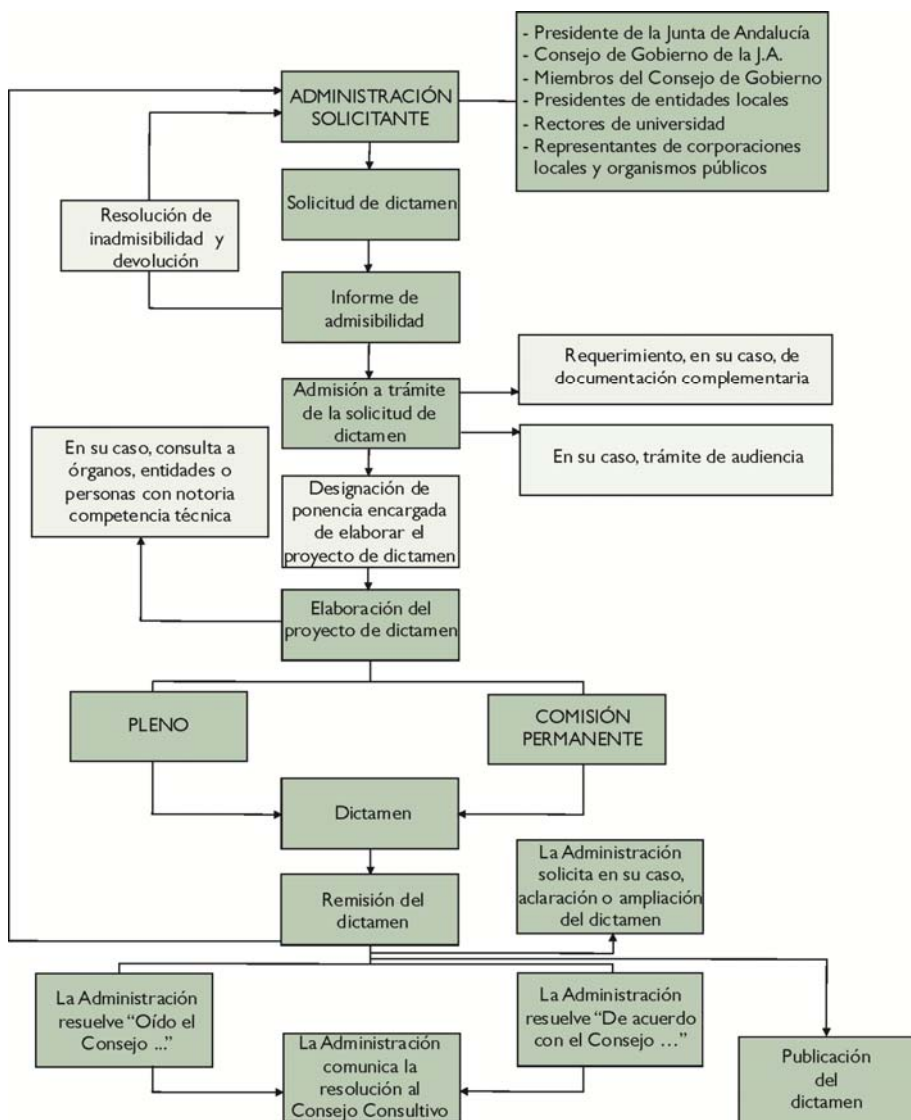


Gráfico 10.- Esquema de tramitación.



### 1.3. Solicitudes de dictámenes

Durante el año 2022 se han dirigido a este Consejo Consultivo un total de 1.149 solicitudes de dictamen.

- Han sido declaradas admisibles: 1.137
- No han sido admitidas: 12

#### 1.3.1. Consultas facultativas

Se han formulado 14 consultas con carácter facultativo. 4 consultas corresponden a años anteriores y están pendientes de dictaminar. 7 consultas se han declarado inadmisibles al considerarse que no reúnen los requisitos exigidos en el artículo 18 de la Ley del Consejo y las 3 consultas siguientes han sido dictaminadas:

- Ayuntamiento de Vejer de la Frontera (Cádiz): Sobre la licitud o no de autorizar solicitudes de inscripción en el Padrón Municipal de Habitantes sobre las edificaciones existentes en las parcelas que de conformidad con un escrito de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio están siendo objeto de actuaciones de inspección y disciplina urbanística que incluyen medidas cautelares de suspensión de obras y uso, así como de diligencias de investigación penal. Dictamen 257/2022, de 25 de abril.

- Ayuntamiento de Palma del Río (Córdoba): Sobre si es posible que un concejal no adscrito a un grupo político pueda formar parte (con voz y con voto) de los órganos de gobierno de los organismos autónomos del Ayuntamiento, y, en caso positivo, si pueden modificarse los estatutos de los organismos autónomos del Ayuntamiento, así como del reglamento orgánico del mismo para regular la figura del concejal no adscrito. Dictamen 345/2022, de 12 de mayo.

- Ayuntamiento de Granada: Sobre la normativa aplicable en los procedimientos de planeamiento tras la entrada en vigor de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LISTA). Dictamen 816/2022, de 7 de diciembre.

#### 1.3.2. Subsanción de documentación

En 188 solicitudes de dictamen se ha apreciado que la documentación era insuficiente o que los expedientes no estaban tramitados en su integridad, por lo que se ha procedido a solicitar que se completasen.

#### 1.3.3. Mención de urgencia

En 2 ocasiones las solicitudes de dictamen contenían la mención de urgencia.

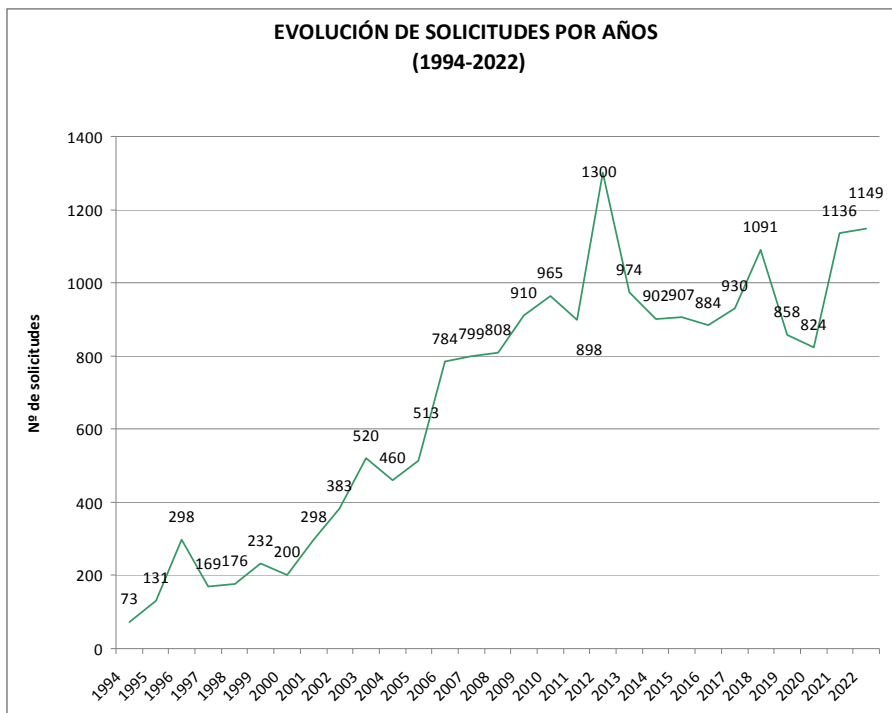


Gráfico 11.- Evolución de las solicitudes por años (1994-2022).

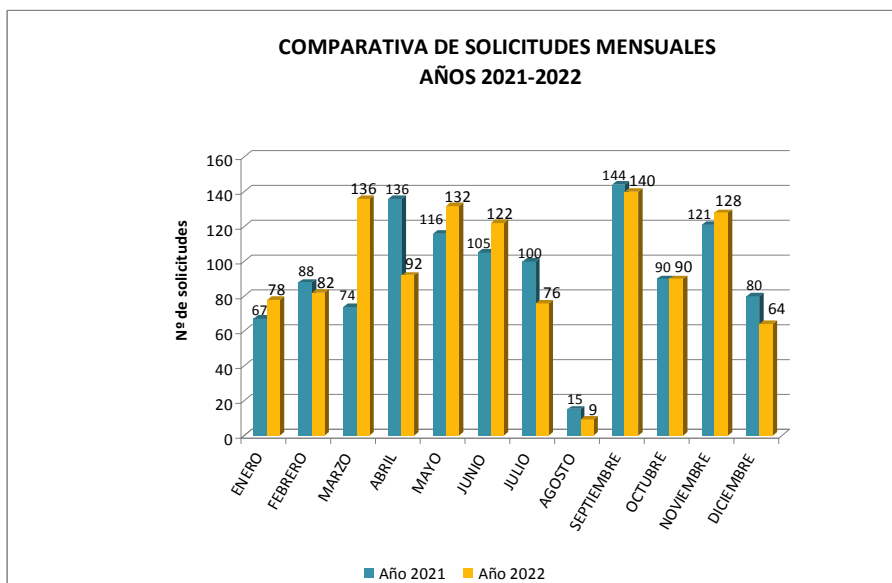


Gráfico 12.- Comparativa de solicitudes mensuales durante los años 2021-2022.

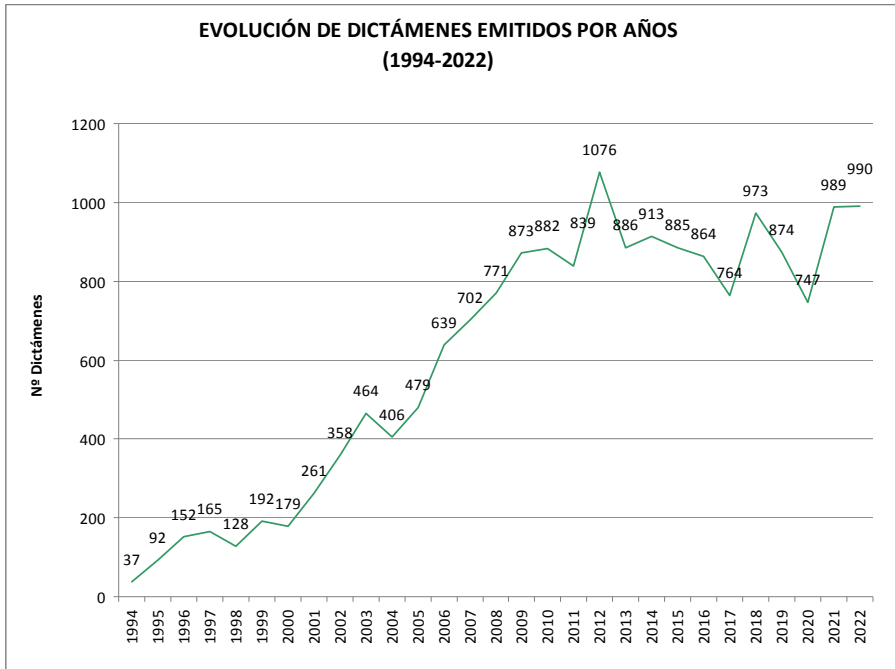


Gráfico 13.- Evolución de dictámenes emitidos por años (1994-2022).

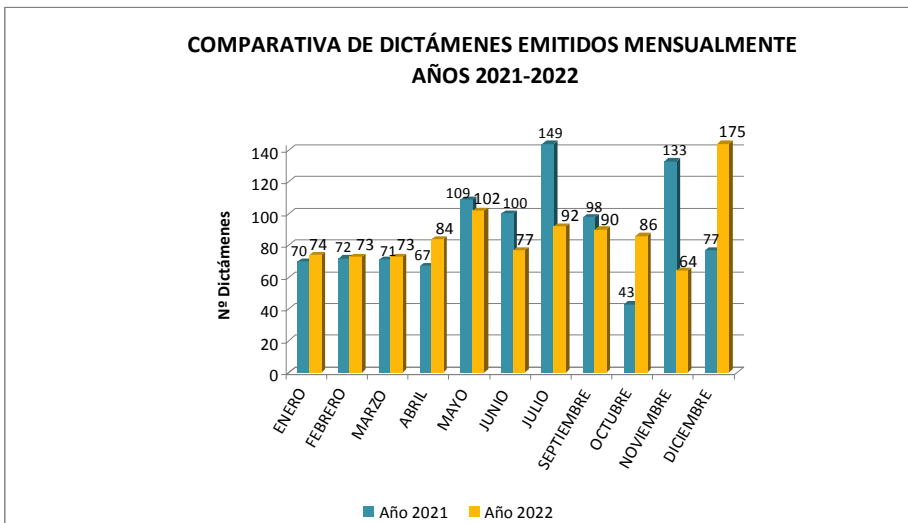


Gráfico 14.- Comparativa de dictámenes emitidos mensualmente durante los años 2021-2022.

#### **1.4. Dictámenes emitidos**

En el año 2022 se han emitido 990 dictámenes (315 corresponden a solicitudes de ejercicios anteriores), con el siguiente sentido:

- Favorables: 818
- Desfavorables: 84
- Acuerdan la devolución: 88

De los 990 dictámenes emitidos, 986 se aprobaron por unanimidad y 4 por mayoría.

Entre los dictámenes emitidos, merecen destacarse los siguientes:

- Anteproyectos de Ley: 7
- Proyectos de Decreto: 18
- Proyectos de Orden: 2
- Consultas facultativas: 3

A 31 de diciembre de 2022 estaba interrumpido el plazo para la emisión de dictamen de 73 solicitudes al no haber sido remitida la documentación complementaria solicitada. Además, 58 solicitudes, con registro de entrada en los últimos días del año, así como 327 solicitudes con entrada anterior a diciembre, se encontraban pendientes de dictamen.

#### **1.5. Votos particulares**

Fueron objeto de voto particular los dictámenes: 152, 304 y 936.

#### **1.6. Resoluciones administrativas y sentido de los dictámenes**

Los asuntos dictaminados por este Consejo Consultivo respecto de los que se ha comunicado por la Administración consultante la resolución o acuerdo del órgano competente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10.1 del Reglamento del Consejo, han sido 437. De ellos 244 corresponden a ejercicios anteriores pero con resolución comunicada en 2022.

- De acuerdo con el Consejo Consultivo: 433 (99 %)
- Oído el Consejo Consultivo: 4 (1 %)



## **1.6.1. Asuntos en los que la Administración se ha apartado del dictamen del Consejo Consultivo (oído el Consejo Consultivo)**

### **1.6.1.1. Contratación administrativa**

- Expediente de resolución de contrato, tramitado por el Ayuntamiento de Osuna (Sevilla). Dictamen 263/2022, de 25 de abril.

### **1.6.1.2. Responsabilidad patrimonial**

- Expediente de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada al Servicio Andaluz de Salud. Dictamen 23/2022, de 13 de enero.

- Expediente de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada al Servicio Andaluz de Salud. Dictamen 178/2022, de 10 de marzo.

- Expediente de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada al Ayuntamiento de Sevilla. Dictamen 705/2022, de 13 de octubre.

## 2. Cumplimiento de plazos (gráficos 15 y 16)

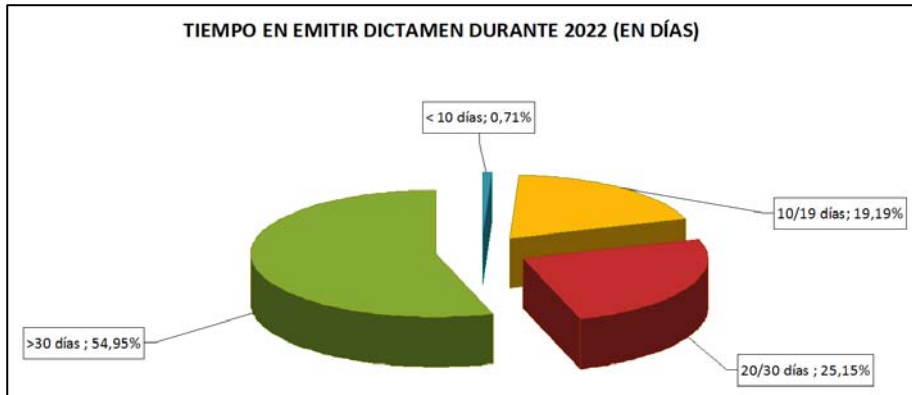


Gráfico 15.- Tiempo en emitir dictamen durante el año 2022 (en días).

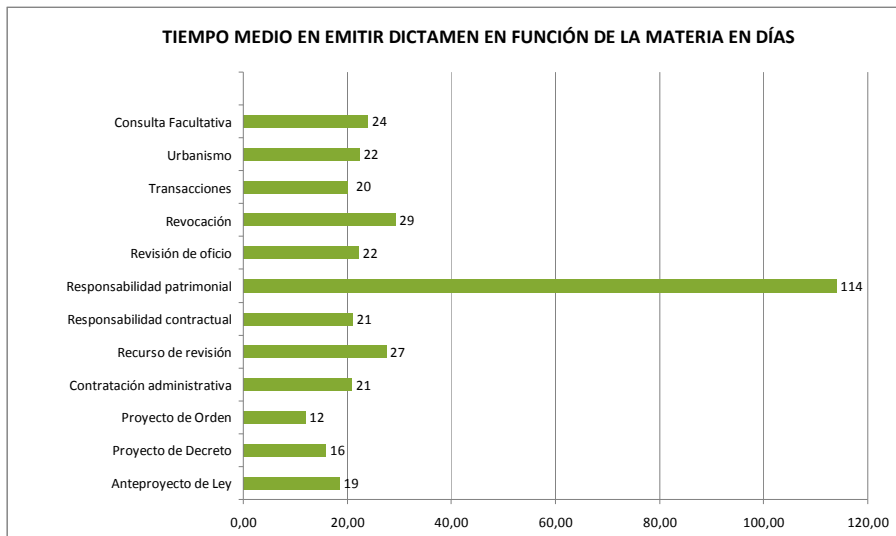


Gráfico 16.- Tiempo en emitir dictamen durante el año 2022 (en función de la materia).





### 3. Órganos remitentes (gráficos 17 y 20) <sup>1</sup>

- Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.....	2
- Agencia Pública de Andalucía de Educación.....	1
- Ayuntamientos.....	489
- Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Andalucía.....	1
- Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenib..	17
- Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural.....	2
- Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico.....	4
- Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional.....	3
- Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos.....	5
- Consejería de Educación y Deporte.....	18
- Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo.....	19
- Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo.....	64
- Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda.....	22
- Consejería de Fomento, Infraestructura y Ordenac. del Territorio....	29
- Consejería de Hacienda y Financiación Europea.....	14
- Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación.....	14
- Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad.....	4
- Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública.....	16
- Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior.....	7
- Consejería de Política Industrial y Energía.....	2
- Consejería de Salud y Consumo.....	9
- Consejería de Salud y Familias.....	16
- Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul.....	7
- Consejería de Transf. Económ., Industria, Conoc., y Universidades	12
- Consejería de Turismo, Cultura y Deporte.....	1
- Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Admón. Local.....	12
- Consejería de Universidad, Investigación e Innovación.....	6
- Consorcio de Aguas de la Zona Gaditana.....	1
- Consorcio de Bomberos de Cádiz.....	1
- Diputaciones Provinciales.....	31
- Gestión Integral del Agua de Huelva, S.A.....	2
- Instituto Andaluz de la Mujer.....	6
- Instituto Municipal de Deportes de Córdoba.....	1
- Instituto Municipal de Turismo de Córdoba.....	2
- Mancomunidad de Municipios Costa Tropical de Granada.....	3
- Servicio Andaluz de Empleo.....	2
- Servicio Andaluz de Salud.....	294
- Universidades.....	13

<sup>1</sup> La relación de órganos o entidades solicitantes de dictamen se ha visto afectada por el Decreto del Presidente 10/2022, de 25 de julio.

#### 4. Dictámenes por materias (gráficos 18, 19, 21, 22, 23, 24 y 25)

Anteproyectos de Ley .....	7
- Creación de Cuerpos de Intervención y Auditoría.....	1
- Policía Local de Andalucía.....	1
- Ley Andaluza del flamenco.....	1
- Ley de Gestión de Emergencias de Andalucía .....	1
- Ley de la Función Pública de Andalucía.....	1
- Presupuesto de la Comunidad Autónoma para el año 2023 ...	1
- Regulación de la Atención Temprana .....	1
Proyectos de Decreto .....	18
- Acuerdo transaccional .....	2
- Centros municipales de información a la mujer .....	1
- Eliminación de barreras en el lenguaje de signos .....	1
- Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia	1
- Inventario y Planes de Instal. y Equipamientos Deportivos ...	1
- Ordenación de las enseñanzas artísticas superiores .....	1
- Programa de tratamiento a familias .....	1
- Regulación de Academias de Andalucía .....	1
- Regulación del Consejo Andaluz del Trabajo Autónomo .....	1
- Regulación del Consejo Andaluz para el Cine .....	1
- Regulación entidades deportivas de Andalucía.....	1
- Regulación gestión sistemas de gestión Serv. Sociales Andal.	1
- Reglamento de Entidades y Servicios Sociales. ....	1
- Reglamento de Escuelas Taurinas .....	1
- Reglamento de la Ley de Impulso para la sostenibilidad .....	1
- Reglamento Organización y Funcionam. Intervención Gral.	1
- Regulación hojas de quejas y reclamaciones .....	1
Proyectos de Orden.....	2
- Regulación Mapa de Servicios Sociales de Andalucía.....	1
- Regulación de la ayuda a domicilio de Andalucía.....	1
Facultativos .....	3
- Concejal no adscrito a un grupo político.....	1
- Licitud inscripciones en Padrón Municipal.....	1
- Procedimientos de planeamiento urbanístico .....	1
Contratación Administrativa .....	105

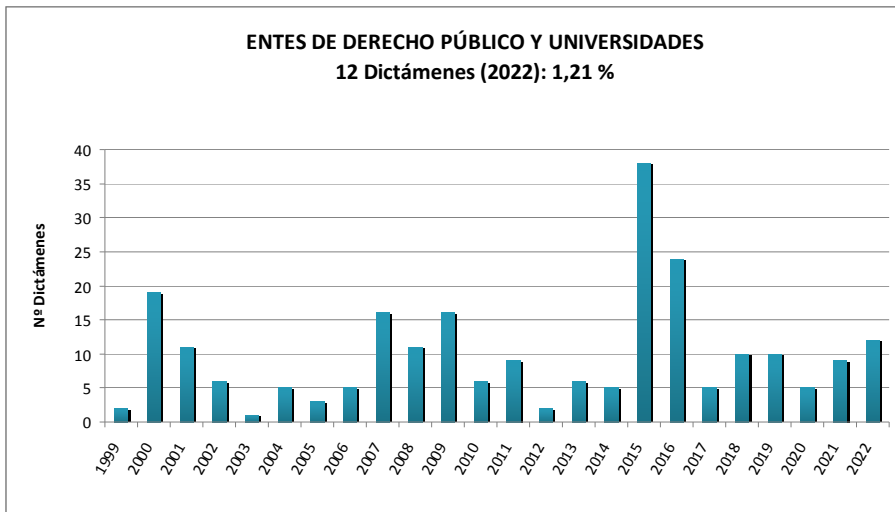
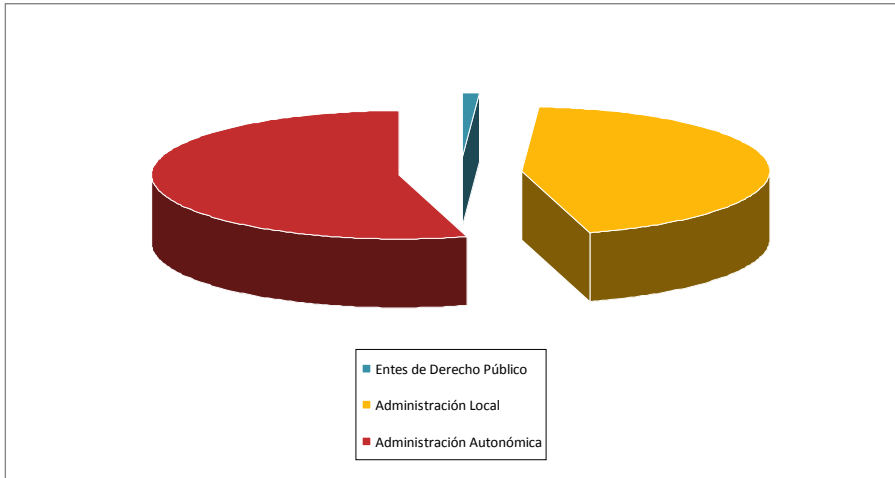


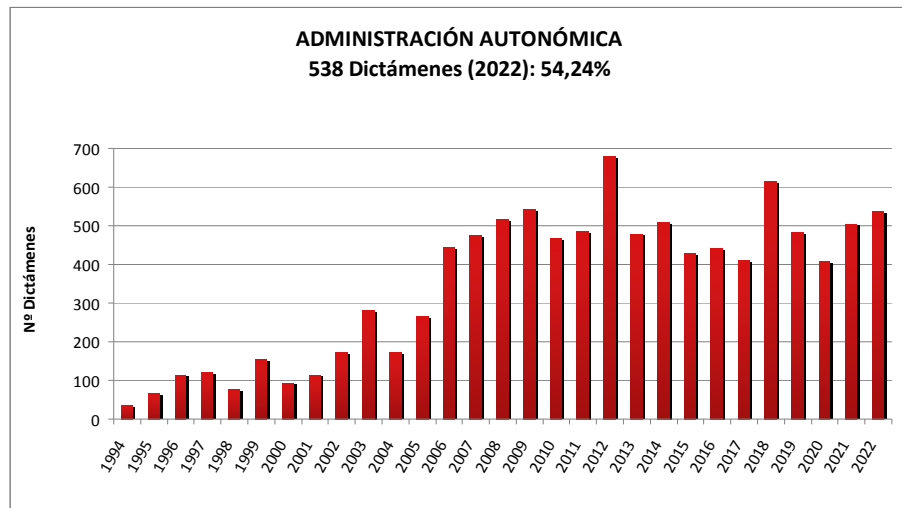
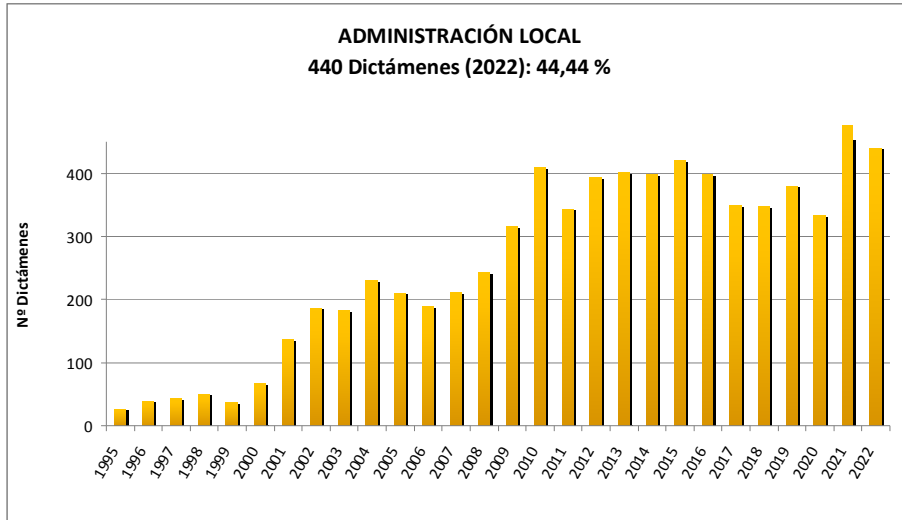
- Interpretación.....	2
- Modificación .....	10
- Resolución .....	93
Recursos de revisión.....	19
- Documento de valor esencial .....	7
- Error de hecho.....	11
- Sanción urbanística.....	1
Responsabilidad contractual .....	3
Responsabilidad patrimonial .....	510
Revisión de oficio .....	275
- Acuerdo Plenario.....	3
- Adenda convenio.....	2
- Admisión en ciclo formativo de grado superior.....	1
- Adquisición de parcela.....	1
- Asistencia jurídica gratuita .....	6
- Ayuda por partos múltiples.....	1
- Bolsa de empleo.....	1
- Bolsas de trabajo de los Cuerpos Docentes .....	2
- Carencia de crédito.....	2
- Carta de patrocinio.....	2
- Certificación extraordinaria final de la obra .....	2
- Cesión de derechos de pago básico .....	1
- Compensación de asignatura .....	1
- Cesión de derechos de pago básico .....	1
- Concesión de aprovechamiento de aguas públicas .....	1
- Concesión de explotación minera.....	1
- Concesión premio extraordinario máster universitario .....	1
- Concurso de traslados.....	1
- Contratos administrativos .....	106
- Convenio de reconocimiento de deuda .....	1
- Convenios urbanísticos .....	4
- Defensa Jurídica.....	2
- Denegación ayuda .....	1
- Estudio detalle .....	1
- Excedencia y renuncia plaza de policía local.....	1
- Expediente sancionador .....	5
- Expropiación forzosa .....	1

- Financiación consecuencia COVID .....	11
- Inadmisión reclamación de responsabilidad patrimonial .....	1
- Interpretación de contrato de servicios .....	1
- Licencia de obras .....	4
- Licencia de vado .....	1
- Licencia urbanística .....	1
- Liquidaciones tributarias .....	15
- Modificación Ordenanza municipal .....	1
- Nombramiento de Director Gerente de Consorcio .....	1
- Nombramiento de funcionario .....	1
- Premio de jubilación .....	10
- Permuta de funcionarios .....	1
- Protocolo de revisión del tipo interés .....	2
- Proyecto de ampliación .....	1
- Proyecto de reparcelación .....	1
- Reconocimiento de compatibilidad .....	1
- Reconocimiento de sexenios .....	2
- Modificación RPT .....	4
- Renta Mínima de Inserción Social .....	1
- Restauración urbanística .....	1
- Retribuciones empleados públicos .....	1
- Sanción por infracción urbanística .....	5
- Subvención .....	49
- Transmisión intervivos .....	1
- Urbanismo .....	6
Revocación .....	4
Transacciones .....	1
Urbanismo .....	43



**Distribución y evolución de dictámenes según la administración solicitante en 2022 (gráficos 17)**







**GRÁFICO 18: DICTÁMENES SOLICITADOS POR LA ADMINISTRACIÓN AUTÓNOMICA, SEGÚN LA MATERIA Y EL ÓRGANO SOLICITANTE EN 2022**  
(Nº Y PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL: 538)



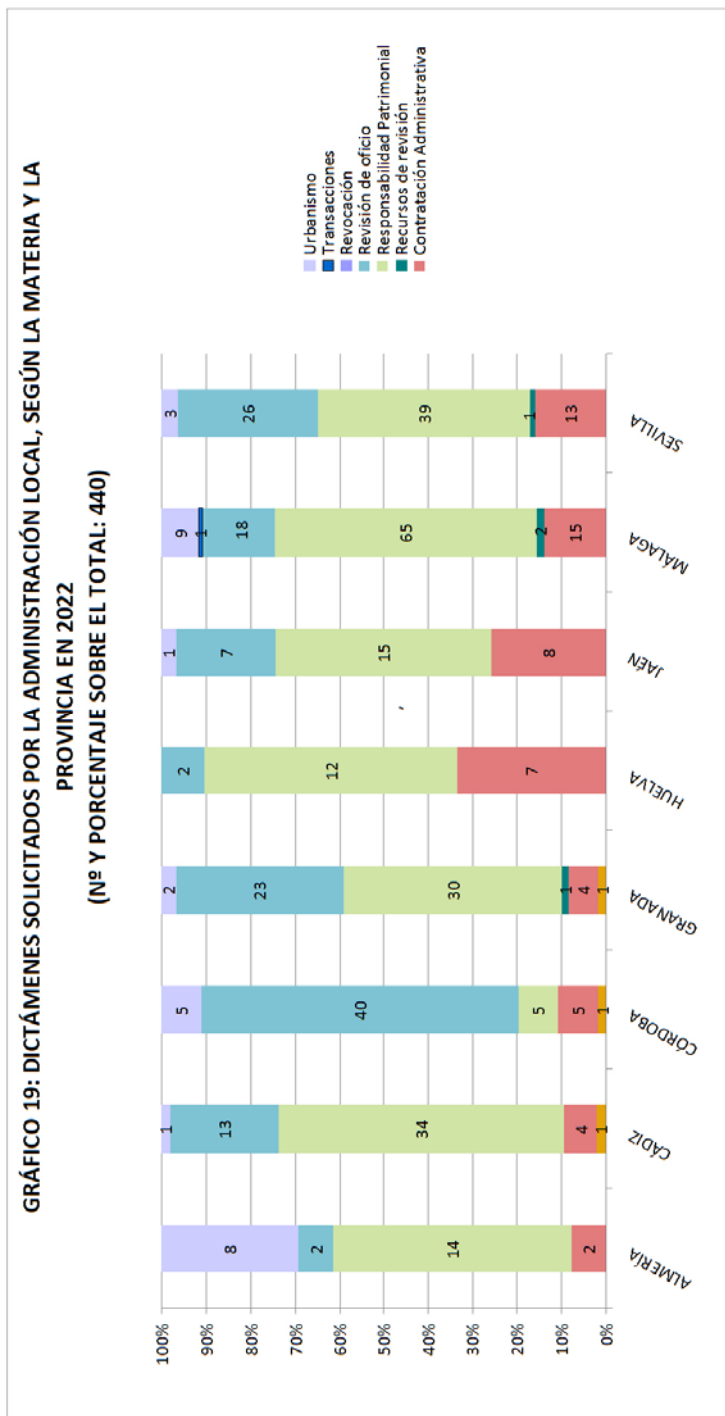
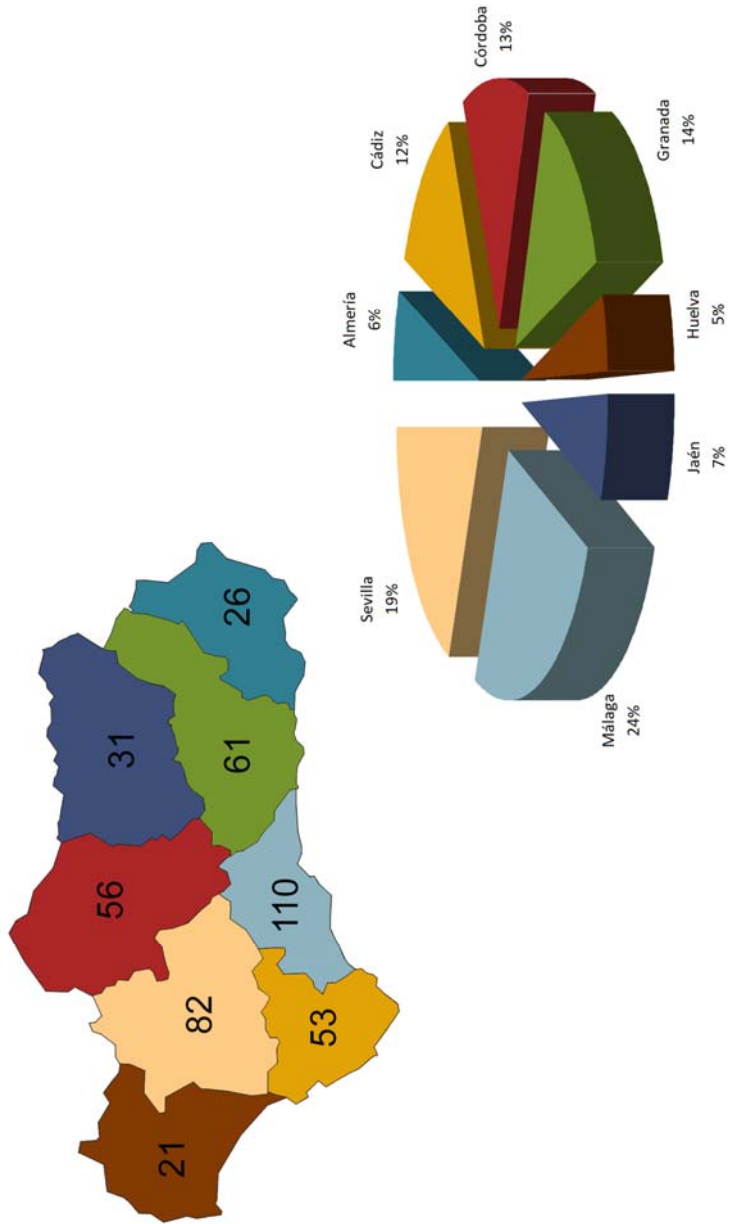
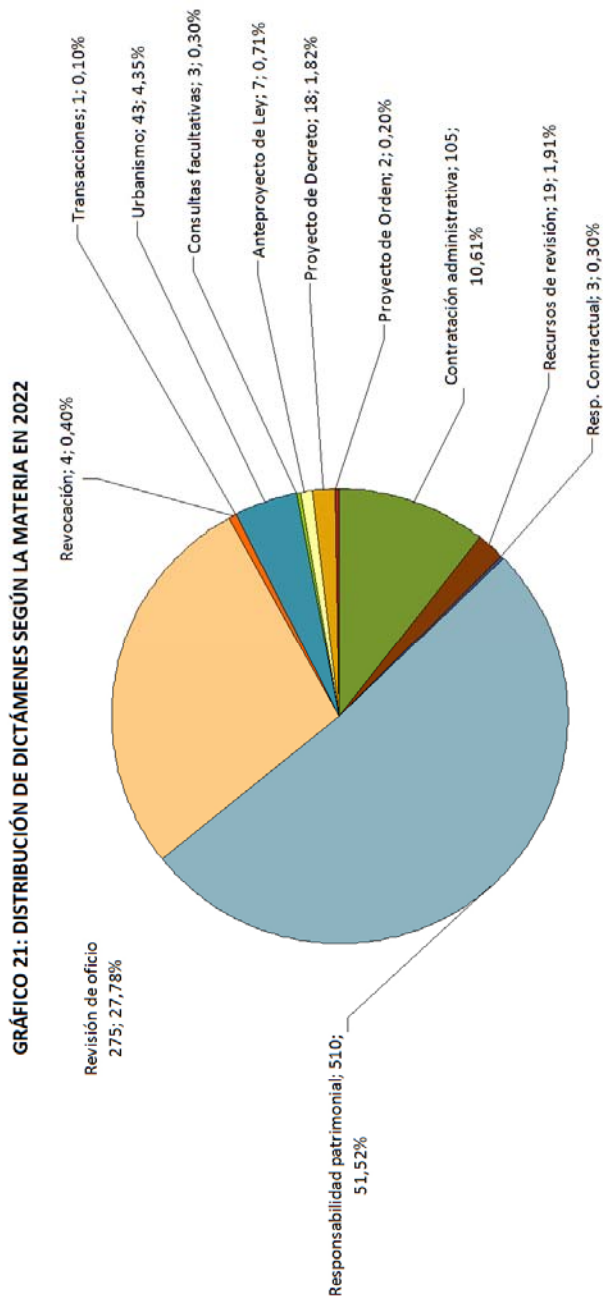






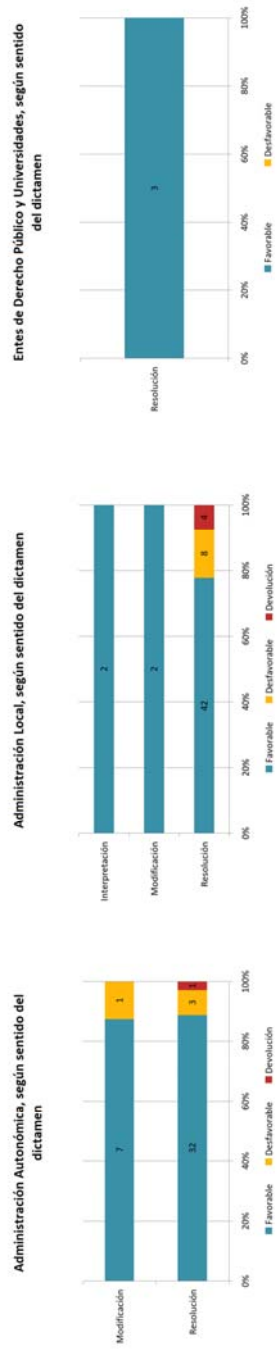
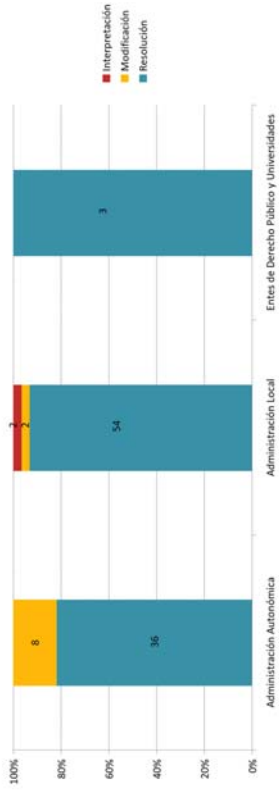
GRÁFICO 20: DICTÁMENES SOLICITADOS POR LA ADMINISTRACIÓN LOCAL SEGÚN LA PROVINCIA EN 2022



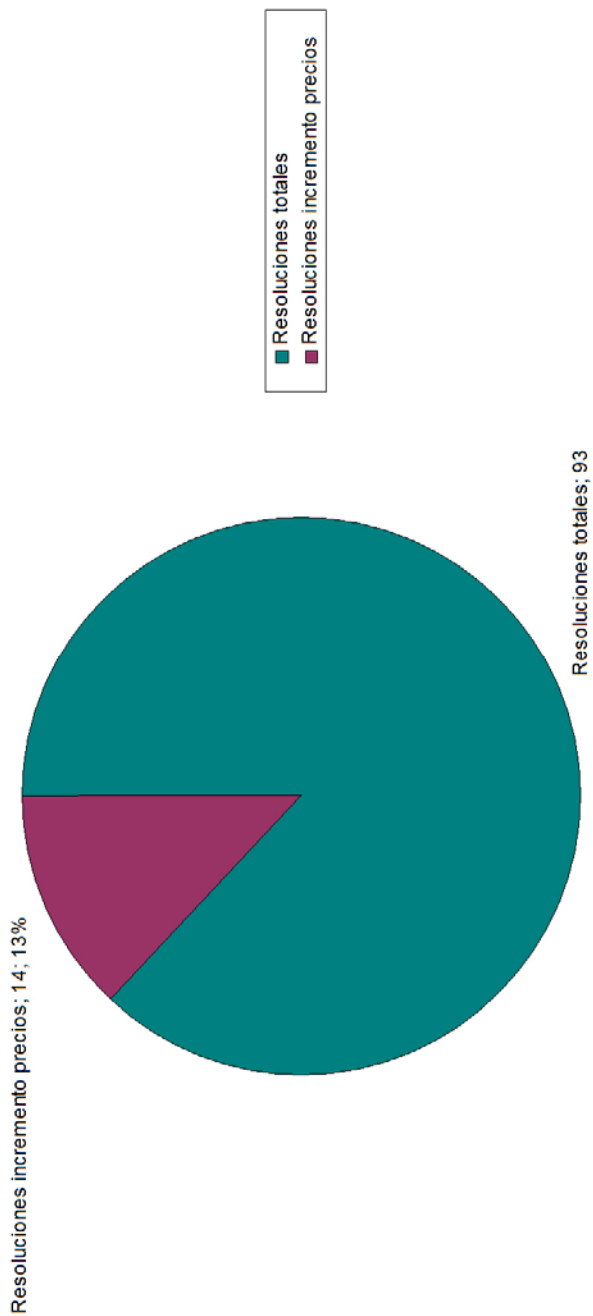




**GRÁFICO 22: DICTÁMENES DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SEGÚN EL ÓRGANO SOLICITANTE EN 2022 (Nº Y PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL : 105)**



**Resoluciones de contrato por incremento de precios en materias primas 2022**



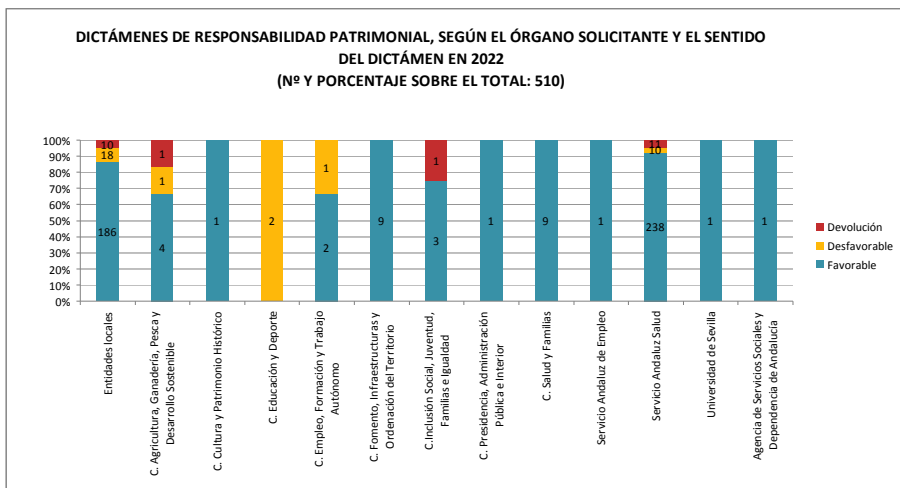


Gráfico 23.- Dictámenes de responsabilidad patrimonial según órgano solicitante y sentido del dictamen (nº y porcentaje sobre el total).

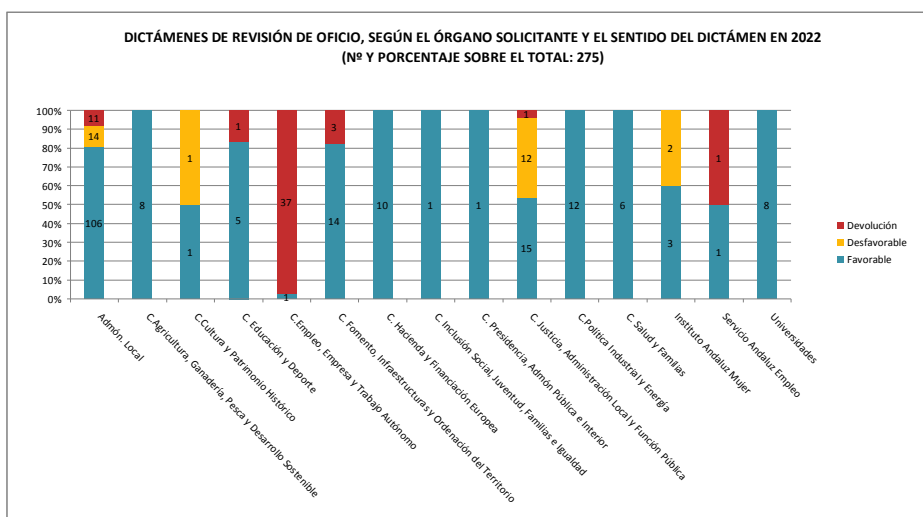
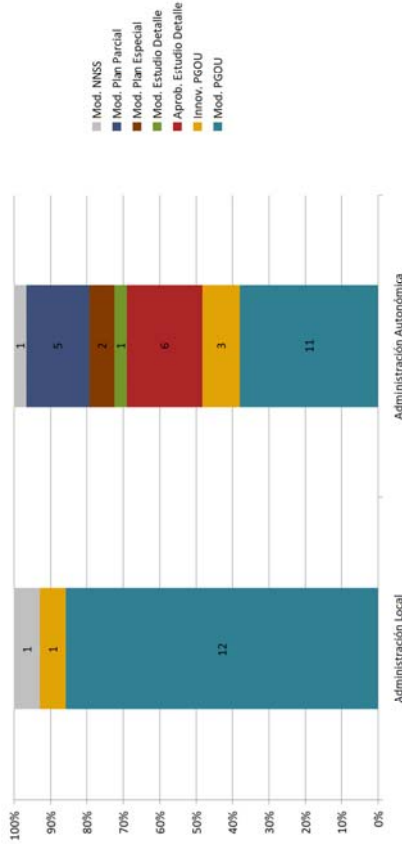


Gráfico 24.- Dictámenes de revisión de oficio según órgano solicitante y sentido del dictamen (nº y porcentaje sobre el total).

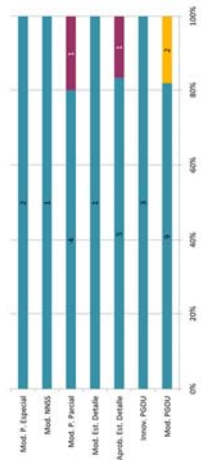
**GRÁFICO 25: DICTÁMENES DE URBANISMO SEGÚN EL ÓRGANO SOLICITANTE EN 2022 (Nº Y PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL: 43)**



**DICTÁMENES DE URBANISMO SOLICITADOS POR LA ADMINISTRACIÓN AUTÓNOMICA, SEGÚN EL SENTIDO DEL DICTÁMEN**



**DICTÁMENES DE URBANISMO SOLICITADOS POR LA ADMINISTRACIÓN LOCAL, SEGÚN EL SENTIDO DEL DICTÁMEN**



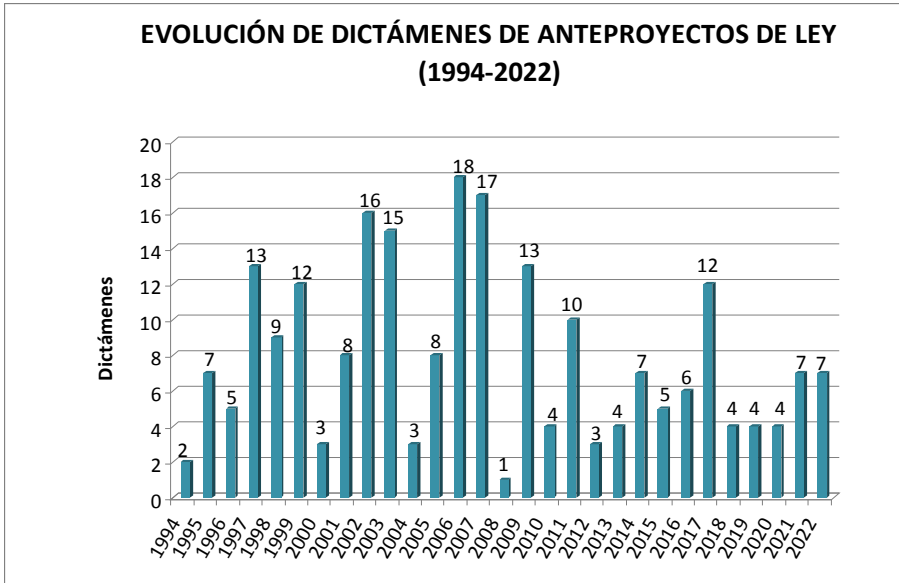


Gráfico 26.- Evolución de dictámenes de anteproyectos de ley (1994-2022).

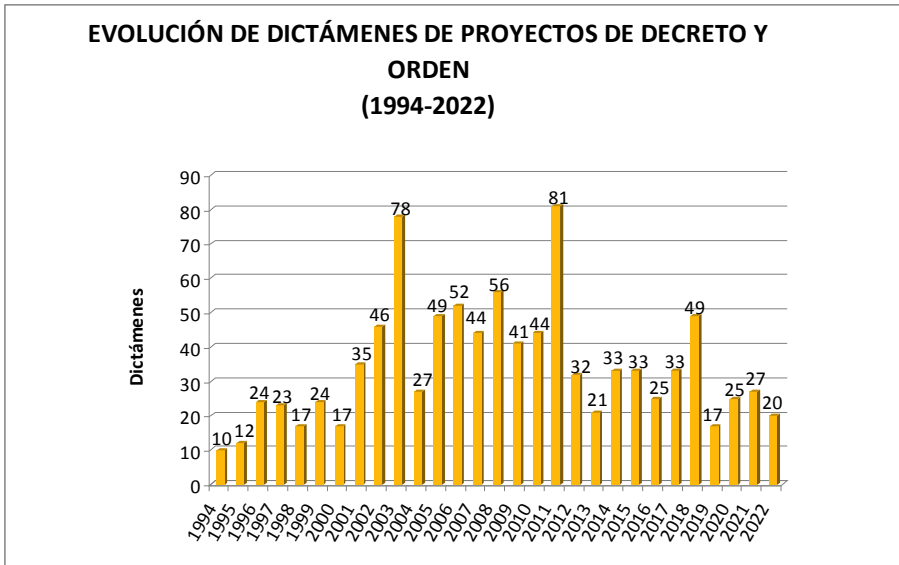


Gráfico 27.- Evolución de dictámenes de proyectos de decreto y orden (1994-2024).

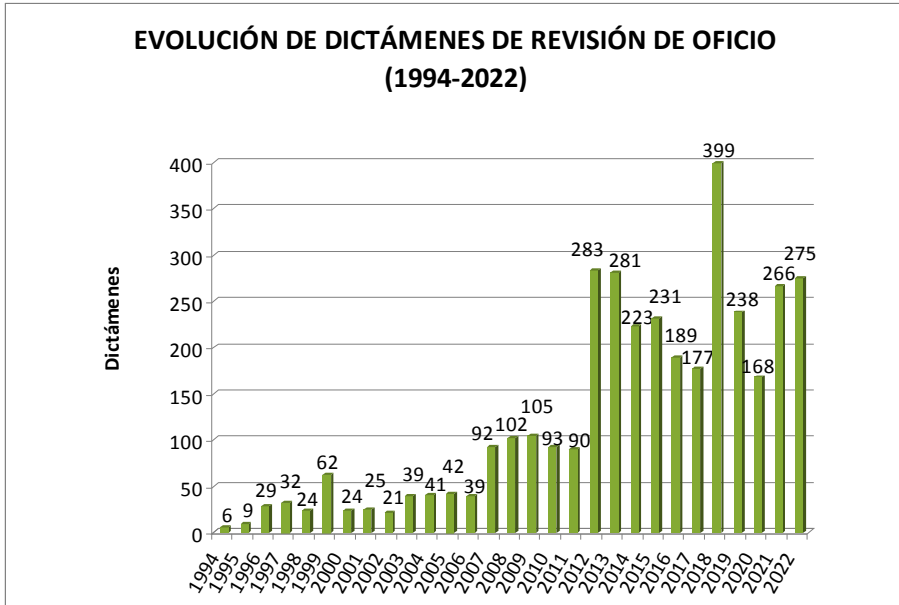


Gráfico 28.- Evolución de dictámenes de revisión de oficio (1994-2022).

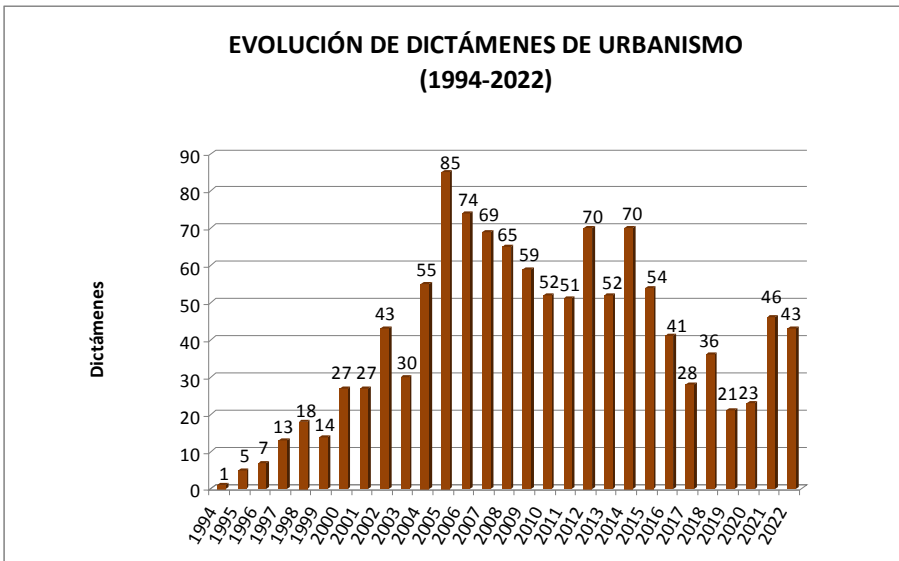


Gráfico 29.- Evolución de dictámenes de urbanismo (1994-2022).



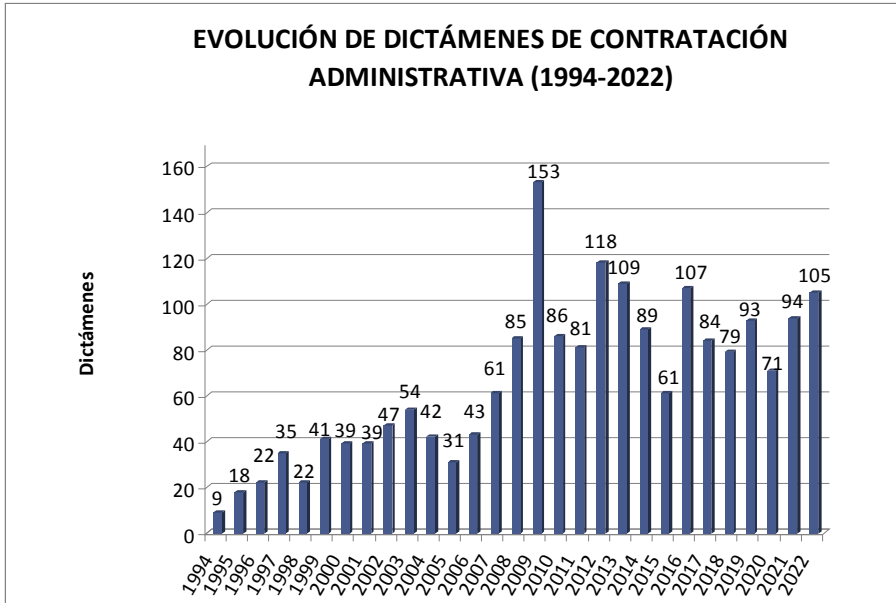


Gráfico 30.- Evolución de dictámenes de contratación administrativa (1994-2022).

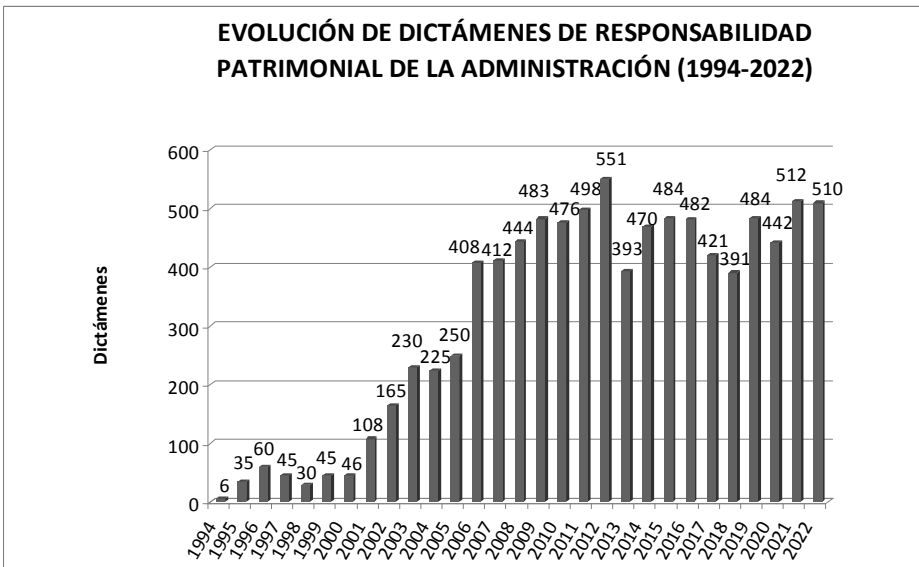


Gráfico 31.- Evolución de dictámenes de responsabilidad patrimonial de la Administración (1994-2022).

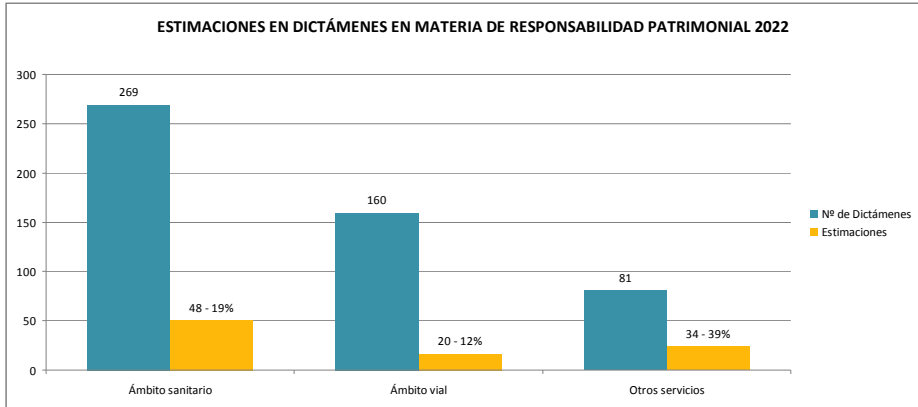


Gráfico 32.-Estimaciones en dictámenes en materia de responsabilidad patrimonial 2022.

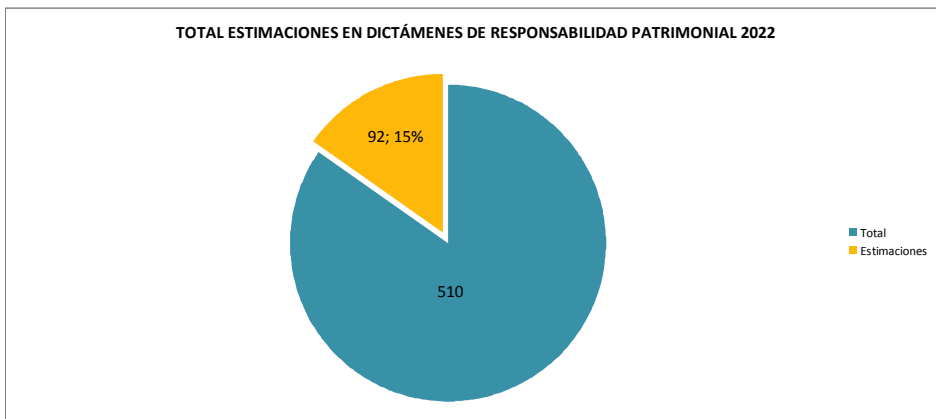


Gráfico 33.-Total estimaciones en dictámenes de responsabilidad patrimonial.

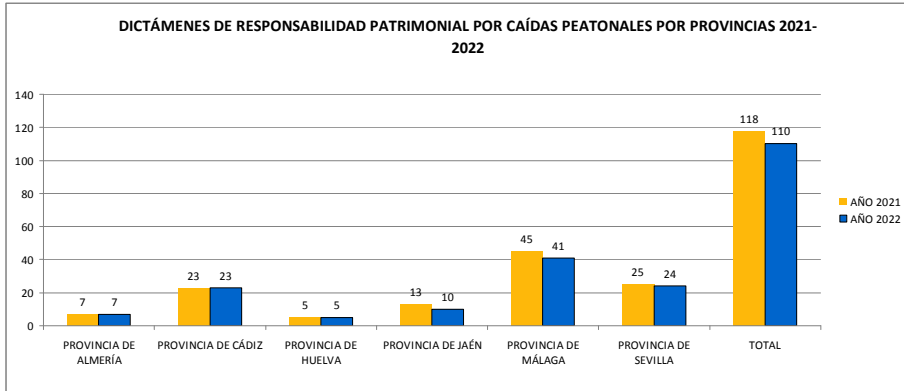


Gráfico 34.- Comparativa de dictámenes emitidos por responsabilidad patrimonial derivada de caída peatonal durante los años 2021 y 2022.

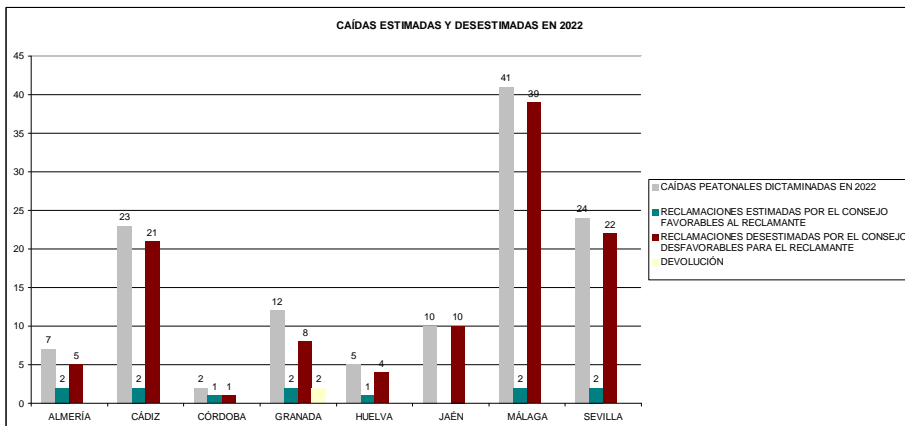


Gráfico 35.-Caídas estimadas y desestimadas en materia de responsabilidad patrimonial 2022.

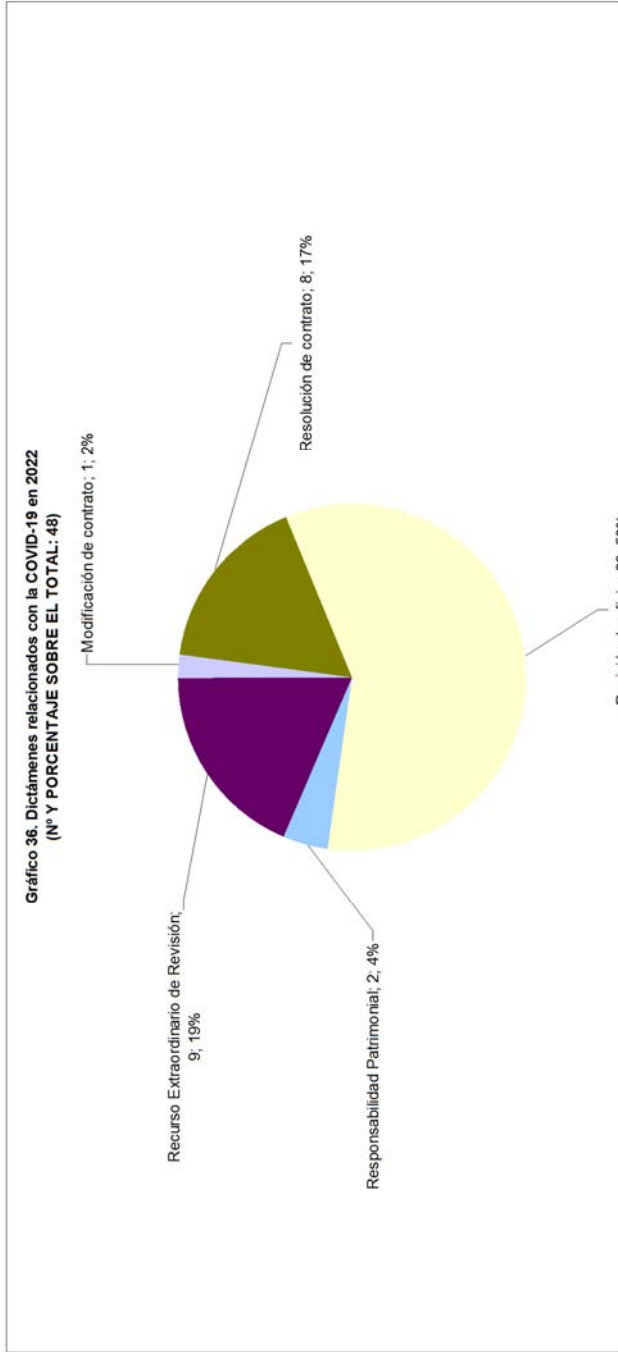
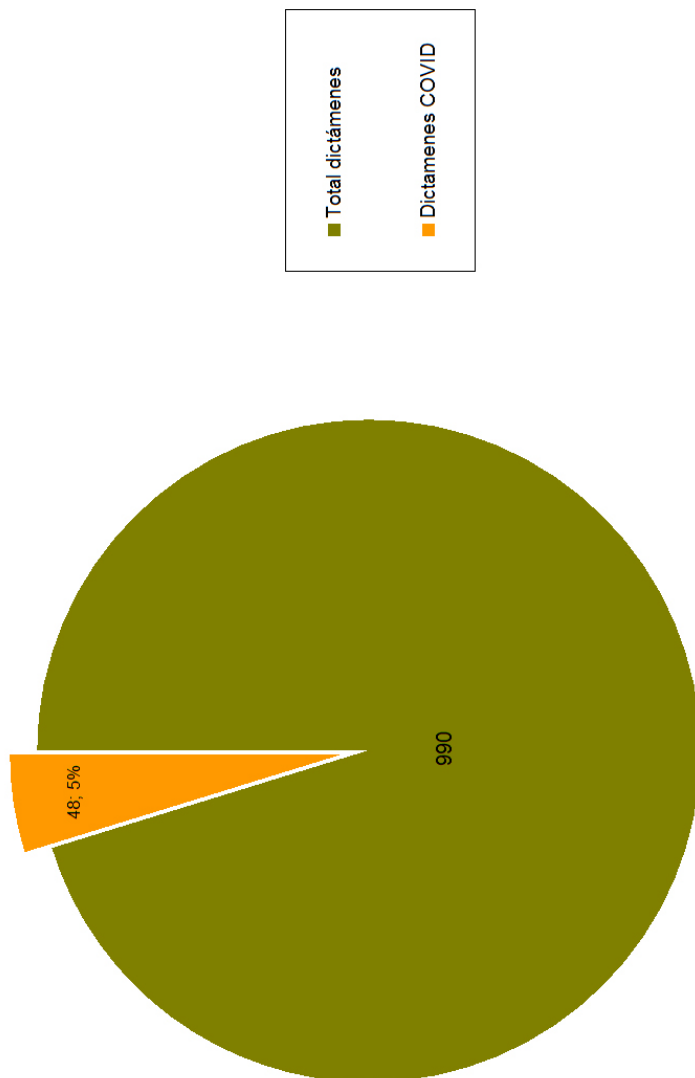




Gráfico 37: Porcentaje de dictámenes COVID - 19 sobre el total de dictámenes

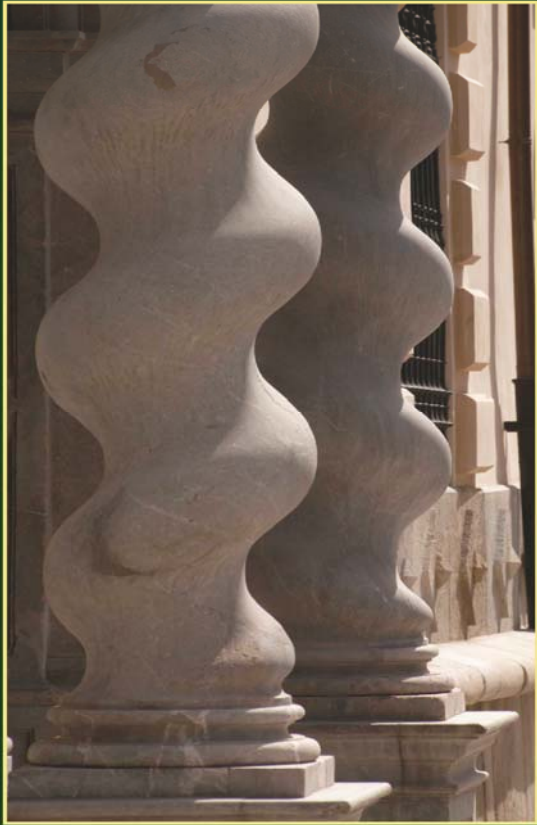




# CAPÍTULO TERCERO

## OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS







# CAPÍTULO TERCERO

## OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

### A. DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL.

Procedimiento de elaboración

### B. ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Observaciones generales

2. Documentación

3. Aspectos formales y sustanciales

### C. CONSULTAS FACULTATIVAS





## OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

El Pleno del Consejo Consultivo de Andalucía entendió, desde que aprobara la primera memoria que elevó al Consejo de Gobierno, que el artículo 18 de su Ley de creación no solo le habilitaba, sino que le obligaba, a realizar las sugerencias para la mejora de la actuación administrativa que le dictara su experiencia en el año inmediatamente anterior. Esa interpretación se materializó en el artículo 19 de la actual Ley del Consejo Consultivo. Por ello, en este tercer capítulo, el Consejo destaca aquellos aspectos de su doctrina que, por su repercusión social o por su importancia jurídica, considera que pueden ser de utilidad para las administraciones consultantes y operadores jurídicos.

### A. DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

#### 1. Procedimiento de elaboración

Varios proyectos de disposiciones generales han merecido una alta consideración de este Consejo por su correcta tramitación y por su cuidada documentación, constatando que se habían cumplido con todo rigor los trámites procedimentales legalmente establecidos, lo que ha quedado reflejado en cada uno de los dictámenes en los que tal circunstancia concurría.

Hay que hacer notar la importancia de que en estos proyectos se cumpla con lo preceptuado en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, y 45.1.a) de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como lo previsto en el Decreto 17/2012, de 7 de febrero, que regula la elaboración del preceptivo informe sobre evaluación de impacto de género de las disposiciones generales, en el que se exige que tales informes se realicen, en atención al colectivo al que se dirige, con el rigor suficiente, sin que se cumpla como un mero trámite a través de impresos o formularios normalizados carentes de la suficiente profundidad.

Lo mismo ha de predicarse respecto al informe de evaluación del enfoque de los derechos de la infancia, regulado en el artículo 4.1 del Decreto 103/2005, de 19 de abril, sobre el que este Consejo ha mostrado su extrañeza cuando, en algún caso, la memoria justificativa considera que la norma no tiene repercusión sobre tales derechos y su parte dispositiva contradice claramente este juicio de valor. Por otra parte, en relación con la tramitación de determinadas órdenes en las que este Consejo ha detectado que no se emite el citado informe, hay que señalar que aunque el

artículo 4.1 del Decreto 103/2005 se refiera a los Proyectos de Ley y Reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno, el Consejo Consultivo ha expuesto en numerosas ocasiones que dicho informe, derivado del artículo 139.1 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, debe emitirse cuando la materia objeto de regulación repercuta sobre dichos derechos. Hay que tener en cuenta que su razón de ser radica en garantizar “el pleno respeto de los derechos de los niños y las niñas, según la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y su concreción en el resto de la normativa internacional, así como en la estatal y la autonómica que son aplicables en materia de menores”, por lo que su emisión está justificada cuando pueda existir dicha repercusión con independencia del rango de la norma reglamentaria en tramitación.

Asimismo, hay que recordar que la complejidad normativa que presidía la elaboración de disposiciones generales quedó subsanada con la entrada en vigor, el 7 de noviembre de 2006, de la mencionada Ley 6/2006 que, en su artículo 45, regula como normativa propia el procedimiento de elaboración de los reglamentos y en la que recoge la previsión de la participación ciudadana en la elaboración de las normas “con la finalidad de facilitar la proximidad a la acción de gobierno, permitir el mayor acierto en la adopción de decisiones y conseguir el mejor grado de aceptación y cumplimiento de las normas que propicia la participación. De este modo, se cumple el mandato del artículo 105.a) de la Constitución, que obliga a regular por ley la audiencia de la ciudadanía en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que le afecten”. Asimismo hay que hacer notar que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, regula en su título VI (*De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones*) los “principios de buena regulación” en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, principios que han de ser tenidos en consideración, sin perjuicio de los preceptos de dicho título que han sido declarados contrarios al orden constitucional de competencias por la STC 55/2018, de 24 de mayo.

Igualmente, hay que señalar que, en cumplimiento del artículo 13.1, apartados b) y c) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, las administraciones públicas andaluzas, en el ámbito de sus competencias y funciones, publicarán “los anteproyectos de ley cuando, tras la preceptiva elevación por la consejería competente, sean conocidos por el Consejo de Gobierno. Asimismo, los anteproyectos de ley y los proyectos de decretos legislativos se publicarán cuando se soliciten los dictámenes, en su caso, al Consejo Económico y Social de Andalucía y al Consejo Consultivo de Andalucía. Y, finalmente, los proyectos de ley tras su aprobación por el Consejo de Gobierno”.



Por otra parte, en el apartado c) del citado artículo se establece que “los proyectos de reglamentos cuya iniciativa les corresponda se harán públicos en el momento en que, en su caso, se sometan al trámite de audiencia o información pública. Asimismo, se publicarán cuando se solicite, en su caso, el dictamen del Consejo Económico y Social de Andalucía y el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía. La publicación de los proyectos de reglamentos no supondrá, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública”.

Todo ello abunda en la idea de facilitar por los diversos cauces posibles la participación de los interesados en la elaboración de disposiciones de carácter general, una exigencia ineludible de nuestro modelo democrático, tal y como ha venido señalando este Consejo Consultivo y se refleja hoy, expresamente, en el Estatuto de Autonomía para Andalucía [artículo 134.a)].

Por último, debe indicarse que el centro directivo responsable de la instrucción debería dejar constancia expresa en el expediente del cumplimiento de las referidas obligaciones de publicidad activa.

En el apartado relativo a la tramitación material, en aras a un deseable afán de perfeccionamiento, se considera conveniente recordar algunas observaciones:

### **1.1. Sobre los borradores**

Los diferentes borradores que se elaboren han de estar numerados y fechados e ir acompañados de una diligencia u otro instrumento idóneo que permita conocer cuál es el origen de cada uno de ellos y las modificaciones que introducen respecto del anterior. La ausencia de estos datos dificulta la obtención de un completo conocimiento de la *ratio* del texto resultante y del origen de cada una de las versiones; conocimiento al que solo puede llegarse por medio de complejas operaciones de contraste entre unos documentos y otros.

### **1.2. Sobre los principios de buena regulación**

En relación a los principios de buena regulación, recogidos en el artículo 129.1 de la Ley 39/2015, con la advertencia anteriormente realizada en relación con la STC 55/2018, hay que señalar que aunque es cierto que el citado artículo dispone que en la exposición de Motivos o en el preámbulo, según se trate respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios, dicha declaración no es una pura formalidad, sino que debe guardar coherencia con la documentación obrante en el expediente, debiendo quedar constancia en una memoria justificativa en la que

expresamente se valore el cumplimiento de los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas.

### **1.3. Sobre los informes**

En alguna ocasión las observaciones y sugerencias realizadas en los distintos informes no han sido objeto de valoración por parte del centro directivo encargado de la instrucción del procedimiento. Dicha labor se ha limitado a la incorporación al expediente de los distintos trámites que se han cumplimentado, sin incluir indicación alguna sobre las observaciones que han sido atendidas o rechazadas y las razones esgrimidas para cada una de dichas decisiones. Esta tarea dota de verdadero sentido a los trámites de informe y audiencia en los que se producen las observaciones, sugerencias y propuestas que han de ser objeto de valoración. En este sentido debe recordarse que el artículo 45.1.f) de la Ley 6/2006, exige informe de valoración de las alegaciones planteadas en la tramitación del proyecto.

### **1.4. Sobre el empleo de la *lex repetita***

En numerosas ocasiones ha abordado este Consejo el problema de la *lex repetita*, subrayando los inconvenientes y peligros que derivan de esa defectuosa técnica legislativa (dictamen 815/2013, entre otros).

A este respecto, el Tribunal Constitucional (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9) ha señalado que: "...si la reproducción de normas estatales por Leyes autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia" (STC 35/1983). En este sentido, conviene recordar lo declarado por este Tribunal en su STC 10/1982 (FJ 8) y más recientemente recogido en las SSTC 62/1991 [FJ 4, apartado b)] y 147/1993 (FJ 4) como antes citamos, la "simple reproducción por la legislación autonómica además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a las Comunidades Autónomas" (*ibidem*). Aunque también hemos precisado que "esta proscripción de la reiteración o reproducción de normas ... por el legislador autonómico (*leges repetitae*) no debemos extenderla a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico" (STC 47/2004, de 29 de marzo, FJ 8).



Lo mismo cabe decir en relación con los preceptos que incorporan literalmente algunas normas contenidas en la directiva. El propósito de ofrecer una regulación completa no puede justificar la reproducción sistemática de normas estatales cuando con ello se da lugar a una confusión sobre la procedencia de las normas, los respectivos títulos competenciales y su ámbito de aplicación; máxime en el supuesto en que existan regulaciones de diferente origen, aparentemente completas, que se proyectan sobre el mismo ámbito subjetivo y objetivo, pues en tales casos los ciudadanos y operadores jurídicos pueden quedar sumidos en el desconcierto y generarse inseguridad jurídica.

Tal y como indica la STC 154/2014, de 25 de septiembre (FJ 4), la doctrina constitucional no exige que la ley autonómica reproduzca las reglas básicas, sino al contrario: la reproducción de normas estatales por leyes autonómicas constituye una deficiente técnica legislativa que solo resulta admisible, en determinadas condiciones, cuando la Comunidad Autónoma ostenta competencia sobre la materia regulada [entre otras, SSTC 62/1991, de 22 de marzo, FJ 4, b); 147/1993, de 29 de abril, FJ 4; 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9; y 172/2013, de 10 de octubre, FJ 5]. Por eso se sostiene que “la no reiteración literal de la norma básica no puede constituir, *per se*, un motivo de vulneración de la legislación básica, salvo que la omisión se pudiera interpretar inequívocamente como sinónimo de exclusión de dicha regulación, esto es, cuando la hiciera materialmente inaplicable”.

## B. ACTOS ADMINISTRATIVOS

### 1. Observaciones generales

El Consejo debe recordar la obligación que incumbe a las administraciones consultantes de incluir en el propio texto de su resolución una de las fórmulas previstas en el Reglamento del Consejo: **de acuerdo** con el Consejo Consultivo, si la resolución se dicta de conformidad con el dictamen; **oído** el Consejo Consultivo, si la resolución se dicta apartándose del dictamen. En este último supuesto es exigible que la Administración motive la separación del sentido del dictamen, pues así se regula en el artículo 35.c) de la Ley 39/2015, y en el artículo 10.1 del Reglamento del Consejo. Además, tal omisión proporciona a las resoluciones referidas una apariencia de irregularidad que debe evitarse.

### 2. Documentación

La remisión de la documentación por los órganos consultantes ha experimentado una notable mejoría, si bien todavía son bastantes los supuestos en que los expedientes resultan incompletos.

Por este motivo, se considera de interés reflejar que en cuanto a los requisitos formales, habrán de cumplirse en su totalidad las exigencias establecidas en los artículos 70 de la Ley 39/2015 y 64 del Reglamento del Consejo, con la remisión de copia electrónica completa, autorizada, foliada y precedida de un índice con los documentos y páginas que componen el expediente. Asimismo hemos de recordar que se ha de respetar el concepto de expediente como unidad documental perfectamente ordenada y paginada que establece el artículo 64 del Reglamento del Consejo, en la misma línea que lo señalado respecto al expediente electrónico en el mentado artículo 70 de la Ley 39/2015 “conjunto ordenado de documentos y actuaciones” que se forma mediante “agregación ordenada de cuantos documentos lo componen” y debe figurar “completo, foliado, autenticado y acompañado de índice, asimismo, autenticado de documentos que contenga”

En bastantes ocasiones no se ha dado exacto cumplimiento al precepto reglamentario transcrito; es frecuente que se acompañe copia no electrónica, expediente fraccionado en varios archivos, no paginado, o que éste venga desprovisto de antecedentes, informes, etc., de forma tal que a este Consejo le resulta imposible llegar a un cabal conocimiento sobre el tema planteado. La Administración consultante ha de remitir el expediente íntegro, no una selección de documentos ni un extracto de él. A modo de ejemplo, puede señalarse que, si de un expediente de contratación administrativa se trata, habrán de acompañarse los pliegos de cláusulas administrativas, los de prescripciones técnicas y el contrato y sus modificaciones, si las hubiera.

- Igualmente, dispone el citado artículo 64 del Reglamento del Consejo que los procedimientos administrativos en los cuales deba solicitarse el dictamen del Consejo han de estar tramitados en su integridad antes de la remisión del expediente con la solicitud de dictamen al Consejo. De esta forma, entre la documentación que se remita ha de figurar necesariamente la relativa al **trámite de audiencia** practicado en el procedimiento. Como dispone el artículo 82 de la Ley 39/2015, el trámite de audiencia debe llevarse a cabo una vez tramitado el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución. De esta forma no resultaría ajustado a la legalidad practicar nuevos trámites o evacuar nuevos informes que incorporen elementos novedosos, una vez realizado el trámite de audiencia; si tales casos ocurrieran, debe darse audiencia otra vez al interesado.

- Finalmente, añade el artículo 64 del Reglamento del Consejo, que la documentación que acompañe a la solicitud “debe incluir” la ***propuesta de resolución***.





Ha de señalarse, a este respecto, que en todo expediente sometido a este Consejo para dictamen ha de figurar, necesariamente, la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras recoger detalladamente los hechos y fundamentos de derecho aplicables, se contenga la decisión que el órgano competente para resolver proponga adoptar en el procedimiento instruido, y en la que se resuelvan todas las cuestiones planteadas en el procedimiento. La actividad consultiva que incumbe a este Consejo ha de recaer de modo necesario sobre la medida concreta que la Administración se propone adoptar en relación con un determinado expediente, sin que le competa pronunciarse sobre todas y cada una de las posibles decisiones que pudieran recaer en el mismo.

### **3. Aspectos formales y sustanciales**

#### **3.1. Principios del procedimiento administrativo**

##### **3.1.1. Principio de celeridad**

El principio de celeridad está reconocido en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, que en su artículo 31 consagra el derecho a una buena administración, incluyendo la resolución de los asuntos en un plazo razonable. A mayor abundamiento, conviene recordar que la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, asume, como no podía ser de otro modo, el mayor compromiso que en las relaciones de la Administración con el ciudadano ha pretendido plasmar el Estatuto. Así, el artículo 3.t) de dicha Ley alude al principio de buena administración y calidad de los servicios, precisándose en su artículo 5.1.d) que el citado principio comprende el derecho a que los asuntos sean resueltos en un plazo razonable.

Las demoras en la resolución de los expedientes de responsabilidad patrimonial han merecido el reproche del Consejo, ya que con ello se lesiona el derecho del interesado a ver resuelta su reclamación en el plazo legalmente fijado. Esta deficiencia, que actúa en detrimento de los principios de eficacia y celeridad que debe presidir la actuación administrativa (artículos 103.1 de la Constitución y 3.1. de la Ley 40/2015), conlleva una quiebra en la confianza de los ciudadanos en la obtención de una respuesta en un plazo razonable, motivo más que suficiente para que la Administración adopte las medidas necesarias en orden a que las dilaciones injustificadas en la práctica totalidad de los expedientes sean corregidas.

En este orden de ideas, el Consejo Consultivo llama la atención en su dictamen 252/2020, sobre la necesidad de adoptar las medidas e instrucciones necesarias para evitar la paralización de los procedimientos. La tramitación electrónica del

procedimiento es un aliado para evitar que un procedimiento quede dormido por olvido de la pendencia en que se encuentra, a la espera de que se cumplan los trámites. La adopción de reglas claras al respecto y la generación de alertas en los programas de gestión de procedimientos y automatización de avisos y reiteración de requerimientos deberían evitar estos supuestos anormales. En este sentido, urge potenciar los medios para que el funcionamiento íntegramente electrónico de la Administración permita obsequiar el principio de eficacia (y el de eficiencia) y la tramitación de los procedimientos con celeridad para que culminen en los plazos previstos, sin merma alguna de las garantías de los interesados. Desde esta óptica debe considerarse la nueva dinámica en la actuación administrativa derivada de las Leyes 39/2015 y 40/2015 y la que ha de generar la reciente entrada en vigor del Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía, entre cuyos principios se incluyen, la eficacia y eficiencia, la celeridad, la racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y el impulso de la actuación administrativa automatizada.

En efecto, tal y como se recoge en el dictamen 713/2021, con el designio expresamente proclamado por el legislador de simplificación y agilización de la tramitación, ha sido una constante en la regulación del procedimiento administrativo la apelación a los criterios de celeridad e impulsión de oficio (artículo setenta y cuatro de la Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo; arts. 74 y 75 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y art. 71 de la Ley 39/2015). En este orden de cosas, ya la LPA encomendó a los responsables de la tramitación la tarea de consignar con claridad en las comunicaciones cursadas al respecto los plazos en los que deben ser cumplimentados los trámites, evitando el entorpecimiento o demora originados por innecesarias diligencias en la tramitación. Con relación a los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados dispuso su realización dentro del plazo de diez días, a partir de la notificación del correspondiente acto, con la advertencia de que si no lo cumplimentaren podría declarárseles decaídos en su derecho al referido trámite. Todo ello, sin perjuicio de señalar que los jefes o funcionarios que tuvieren a su cargo el despacho de los asuntos son responsables de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para que no sufran retraso, proponiendo lo conveniente para eliminar toda anomalía en la tramitación (apartados dos, tres y cuatro del art. setenta y cinco y artículo setenta y seis). En el mismo sentido se pronuncian el artículo 41 de la Ley 30/1992 y el artículo 20 de la vigente Ley 39/2015, en los que se añade el inciso “para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos”. De este modo el legislador coloca en el primer plano de la regulación la evitación de los perjuicios a los interesados. Pero hay que



hacer notar que la actuación célere de la Administración no responde sólo a la finalidad de evitar retrasos perjudiciales para los interesados, sino también a la satisfacción del interés general subyacente en todo procedimiento y del principio de eficacia en la actuación administrativa, que tiene rango constitucional, estatutario y legal (art. 103.1 de la Constitución, art. 44 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y art. 3 de la Ley 30/1992; principio hoy recogido en el art. 3 de Ley 40/2015 y en el art. 3 de la Ley 9/2007).

### 3.1.2. Principio de buena fe y confianza legítima: la doctrina de los actos propios

Tal y como señala la Ley 40/2015, las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y deben respetar en su actuación determinados principios, entre los que se encuentran los de buena fe y confianza legítima. Una de las manifestaciones más importantes del principio de buena fe se proyecta sobre el procedimiento administrativo y obliga a la Administración a ser coherente y consecuente con sus propios actos, sin que pueda desconocerlos a menos que lo haga ante la concurrencia de sólidas razones y dentro de los márgenes que el propio ordenamiento jurídico le permite. Así lo exige el principio general del derecho *venire contra factum proprium non valet*, con origen en el Derecho Romano, recogido por la Escuela de los Glosadores de Bolonia (Azzo, Brocárdica Aurea). El Tribunal Constitucional se ha referido a él en los siguientes términos: «... la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire factum proprium*, surgida originariamente en el ámbito del Derecho Privado, significa la vinculación del autor a una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito en el sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos» (STC 73/1988, de 21 de abril, FJ 4, cuya doctrina se reitera en la STC 198/1988, de 24 de octubre, FJ 2). A la misma se remite también la STC 17/2006, de 30 de enero (FJ 5).

La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2015 recuerda la doctrina sentada por la sentencia del mismo Tribunal de 4 de noviembre de 2013 al señalar que: «...la Administración puede quedar obligada a observar hacia el futuro la conducta que ha seguido en actos anteriores, inequívocos y definitivos, creando, definiendo, estableciendo, fijando, modificando o extinguiendo una determinada relación jurídica (...) El dato decisivo radica en que, cualquiera que fuere el modo en que se exteriorice, la voluntad aparezca inequívoca y definitiva, de manera que, dada la seguridad que debe presidir el tráfico jurídico (artículo 9.3 de la Constitución) y en aras del principio de buena fe, enderezado a proteger a quienes

actuaron creyendo que tal era el criterio de la Administración, esta última queda constreñida a desenvolver la conducta que aquellos actos anteriores hacían prever, no pudiendo realizar otros que los contradigan, desmientan o rectifiquen. Ese principio, el de buena fe, junto con el de protección de la confianza legítima, constituyen pautas de comportamiento a las que, al servicio de la seguridad jurídica, las Administraciones públicas, todas sin excepción, deben ajustar su actuación (...), sin que después puedan alterarla de manera arbitraria, según reza el apartado II de la exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE de 14 de enero), por la que se añadió ese segundo párrafo a la redacción inicial del precepto. Así lo hemos recordado recientemente en la sentencia de 22 de enero de 2013 (casación 470/11, FJ 7º)».

En el mismo sentido puede traerse a colación la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2018 en la que se señala que: «la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencias 1/2009, de 28 de enero y 301/2016, de 5 de mayo). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias núm. 552/2008, de 17 de junio , 119/2013, de 12 de marzo, 649/2014, de 13 de enero de 2015 , y 301/2016, de 5 de mayo)».

Por último conviene precisar que la doctrina de los actos propios no sólo atañe a los supuestos de actos definitivos favorables a la esfera de derechos de los particulares, sino que también incide sobre el recto desenvolvimiento del procedimiento, a través del cual se garantiza el acierto y la legalidad de las decisiones administrativas.

### **3.2. Observancia de las normas de procedimiento administrativo**

En muchos de los expedientes remitidos se ha detectado que se produce un escaso cumplimiento de la regla establecida en el artículo 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, en el sentido de que en la notificación que se realiza a los interesados de los acuerdos de incoación de procedimientos iniciados de oficio, o en la comunicación que ha de realizárseles en los iniciados a su instancia, no se les informa del plazo máximo legal establecido para resolver y de los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

En los supuestos de demora en el cumplimiento de esta obligación legal, si bien la



irregularidad no tiene efectos invalidantes, tal y como se establece en los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, la importancia de su observancia no debe minimizarse ni, en modo alguno, considerarse irrelevante, toda vez que se trata del flagrante incumplimiento de obligaciones de la Administración, expresa e imperativamente impuestas por la Ley, y de la eventual afectación, por tanto, de elementales derechos de los ciudadanos, estrechamente vinculados con la plena eficacia del derecho constitucional de acceso a la jurisdicción que se integra dentro del más general a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución.

Igualmente se aprecia un escaso cumplimiento de la regla contenida en el apartado 5 de ese mismo artículo que establece que el transcurso máximo para resolver un procedimiento y notificar la resolución solo se podrá suspender en los casos que taxativamente se enumeran en el citado apartado.

Finalmente, ha de traerse a esta Memoria la doctrina asentada sobre la **caducidad**. En algunos procedimientos de revisión de oficio se produce una excesiva tardanza en su tramitación, con largas paralizaciones sin justificación aparente y desde luego no imputables al interesado, excediendo del plazo máximo legalmente establecido para resolver y dando lugar, con ello, a que aquéllos deban declararse caducados, si han sido iniciados de oficio y son susceptibles de producir efectos desfavorables, o entenderse desestimados, si lo han sido a instancia de persona interesada. En relación con la primera consecuencia indicada hay que señalar que, en los supuestos citados, de conformidad con lo previsto en el artículo 106.5 de la Ley 39/2015, el procedimiento ha de entenderse caducado, debiendo archivarse de oficio las actuaciones, mediante resolución que ha de ser notificada a los interesados. Entiende el Consejo que la caducidad opera automáticamente en estos casos sin que deba mediar previo requerimiento del interesado. Solo esta solución preserva los principios inspiradores de la Ley 39/2015 que, en aras de la seguridad jurídica y de la eficacia de la actuación administrativa, subraya el papel que corresponde a la Administración como impulsora del procedimiento, en pos de su conclusión dentro del plazo legalmente fijado.

En definitiva, la Administración, en tales casos, debe dictar resolución declarando caducado el procedimiento y archivadas las actuaciones. Sobre este particular, en respuesta a distintas consultas sobre procedimientos de revisión de oficio, este Consejo Consultivo ha mantenido una constante doctrina (por todos, dictamen 175/2007) en la que se destaca que, a diferencia de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, la Ley 30/1992, un plazo máximo de duración de estos procedimientos y la aplicación del instituto de la caducidad en caso de incumplimiento del mismo, plazo que en la actual legislación ha sido ampliado a seis meses, tal y como se establece en el artículo 106.5 de la Ley 39/2015.

Dando por reproducidas algunas consideraciones sobre los antecedentes de la actual regulación que se realizan en la citada doctrina, es importante subrayar la virtualidad de la regulación del instituto jurídico de la caducidad como reacción del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento del plazo de resolución y notificación, cuando se está ante procedimientos con efectos onerosos para los ciudadanos que son iniciados de oficio y no resueltos dentro del plazo establecido.

Al configurar el régimen jurídico de la caducidad, el propio artículo 25.1.b) de la Ley 39/2015 dispone que la resolución que la declare ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95 de la citada Ley. Todo ello en consonancia con la norma que obliga a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación, que en los casos de caducidad del procedimiento se concreta, según deriva del artículo 21.1 de la Ley 39/2015, en una resolución consistente en la declaración de la concurrencia de tal circunstancia, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Aun siendo los procedimientos de revisión de oficio de actos declarativos de derechos, ejemplo paradigmático para la aplicación del instituto de la caducidad, en el sentido que esta regulación adquiere en el artículo 25.1.b) de la Ley 39/2015, el legislador ha querido acentuar aún más la garantía que aquella supone, buscando un punto de equilibrio entre los principios de legalidad y seguridad jurídica, frente a la transgresión del plazo de resolución, lo que explica que el artículo 106.5 de la Ley 39/2015 establezca que: “cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo”. Como dijimos anteriormente, dicho plazo ha sido ampliado ya que el artículo 102.5 de la Ley 30/1992 establecía un plazo de tres meses.

En efecto, en los procedimientos de revisión de oficio, iniciados por la Administración, se sanciona del modo indicado la dilación administrativa, ordenando la Ley el archivo del expediente como una manifestación del principio *pro cive* que, a su vez, ha de provocar el celo en el cumplimiento de los plazos, de conformidad con los principios de eficacia y celeridad que deben presidir la actuación administrativa, según los artículos 103.1 de la Constitución, 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 71 de la Ley 39/2015.

En cuanto a la operatividad del instituto de la caducidad, transcurrido el plazo previsto sin resolución y notificación, se produce la consecuencia jurídica prevista por el legislador como reacción frente a la dilación administrativa, es decir, el archivo de las actuaciones con los efectos previstos en el artículo 95 de la citada Ley 39/2015.



Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina de este Consejo Consultivo subraya que, dado que en determinadas ocasiones el plazo establecido por el legislador puede resultar excesivamente breve en atención a circunstancias o incidencias de difícil previsión, la propia Ley 39/2015 ha permitido en su artículo 22.1 la posibilidad de suspensión del plazo máximo para resolver un procedimiento y notificar la resolución en determinados supuestos. Entre ellos figura el que se refiere a la necesidad de solicitar informes que sean preceptivos a órganos de la misma o distinta Administración, en cuyo caso opera la suspensión por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe que, igualmente, deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. Tal supuesto es de cabal aplicación a la solicitud de dictamen del Consejo Consultivo en esta clase de procedimientos.

En relación al cómputo de dicho plazo de suspensión, y de acuerdo a lo expuesto en el dictamen 558/2021 de este Consejo Consultivo, hemos de señalar que el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de febrero de 2016 declara que: “En cuanto a la comunicación de la solicitud de informe, hay que señalar que la misma es en efecto obligada según impone el mismo artículo 42.5.c (de la Ley 30/1992). Otra cosa es si la suspensión pospone su eficacia hasta que se produzca la comunicación al afectado. Ciertamente la notificación es condición de eficacia de los actos administrativos y opera asimismo como un requisito de eficacia en otros supuestos como por ejemplo la perención del procedimiento o el silencio administrativo. Ahora bien no es éste el planteamiento en el caso de la suspensión del plazo para resolver, pues el artículo 42.5.c prevé inequívocamente la suspensión entre la solicitud del informe y su recepción, no desde la comunicación de aquella - *in claris non fit interpretatio* -. En definitiva, la comunicación opera como una carga jurídica vinculada a la suspensión del procedimiento, pero no como una condición suspensiva de ésta”. Las razones que avalan esta posición jurisprudencial son dos, en primer lugar, que la petición de dictamen y la evacuación del mismo constituyen actuaciones de trámite dentro del procedimiento que no afectan en puridad a los derechos subjetivos e intereses legítimos de los interesados y, en segundo lugar, posiblemente por esta razón el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015 utiliza el término “comunicación” (no “notificación”) para referirse al requisito *sine qua non* para que se produzca la suspensión. Por tanto, el cómputo de dicho plazo no comienza a contarse desde la fecha de la comunicación a los interesados sino desde la fecha de petición del dictamen, de acuerdo con lo que literalmente se establece en el citado precepto de la Ley 39/2015.

Por otro lado, el Consejo Consultivo viene observando en algunos expedientes que en el acuerdo de iniciación del procedimiento se incluye ya la suspensión por el tiempo que medie entre la petición del dictamen y la recepción del mismo supuesto

de suspensión amparado en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015. En tales casos, y en los de solicitud de otros informes preceptivos, cabe señalar que acordar la suspensión al inicio del procedimiento, aunque dicha suspensión surta efectos en el momento de solicitar el dictamen, constituye una práctica anómala. El acuerdo debe adoptarse cuando se vaya a solicitar el dictamen preceptivo (o el informe de la misma índole que deba emitir un órgano de la misma o distinta Administración, que es el supuesto del que parte la norma), teniendo en cuenta que el acuerdo de suspensión no es forzoso, sino potestativo (no en vano, el legislador emplea la expresión “se podrá suspender”).

Como complemento de lo anterior, debe apuntarse la posibilidad excepcional de ampliación del plazo máximo de resolución, siempre que concurran los presupuestos previstos en el artículo 23 de la Ley 39/2015 y con el límite máximo que en él se fija (la ampliación no puede ser superior al plazo establecido para la tramitación del procedimiento). Y junto a dicha ampliación, se contempla la del artículo 32 de la Ley 39/2015, esto es, la ampliación de los plazos establecidos que no exceda de la mitad de los mismos si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican los derechos de terceros.

### **3.3. Silencio administrativo**

El legislador destaca que el silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado (exposición de motivos de la Ley 30/1992).

Tal y como este Consejo expuso en su dictamen 250/2020, el silencio positivo se asemeja o equipara, a un acto favorable o declarativo de derechos, como si de un verdadero acto administrativo se tratara, de modo que, producido el silencio positivo, la Administración ya no puede resolver de manera expresa en sentido contrario a lo solicitado, pues ello comportaría una indebida revocación del acto presunto producido por el silencio.

Como consecuencia de lo anterior, el silencio positivo despliega sus efectos incluso *contra legem*, si bien en tales casos el acto presunto puede ser nulo de pleno derecho y, la Administración se sitúa ante la necesidad de poner en marcha los procedimientos revisorios establecidos al efecto.

### **3.4. Prueba**

Las Administraciones públicas vienen obligadas a practicar cuantas pruebas





hubiesen sido declaradas pertinentes, pudiendo rechazar, mediante resolución motivada, solo las que consideren manifiestamente improcedentes o innecesarias. Resulta, por tanto, desajustado a la legalidad el proceder de la Administración consistente en hacer caso omiso de las pruebas propuestas sin pronunciarse expresamente acerca de su improcedencia o innecesariedad, tal como exige la Ley. Tampoco resulta ajustado a la legalidad, entiende este Consejo, el que tal pronunciamiento se haga en la resolución definitiva que pone fin al procedimiento, ya que no es ese el sentido que el reglamento regulador de estos procedimientos confiere al referido trámite.

En este punto, se impone una reflexión, recordando que a menudo se omiten actos de instrucción que pueden resultar relevantes en términos de defensa y que, en el concreto caso de las pruebas propuestas por los interesados, solo pueden rechazarse cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, en el momento procedimental oportuno y mediante resolución motivada.

A posteriori, el resultado que arroje una prueba puede confirmar percepciones sobre su inutilidad para acreditar determinados extremos. Sin embargo, no son las intuiciones las que deben justificar las decisiones en materia probatoria, sino la convicción de que tales pruebas son de todo punto estériles; parecer que se tiene que expresar motivadamente, como exige el artículo 77.3 de la Ley 39/2015, permitiendo que los interesados puedan rebatir tal postura.

Por otra parte ha de advertirse que tal y como expusimos en nuestro dictamen 663/2019, no en todos los procedimientos se requiere el recibimiento a prueba como condición *sine qua non* que garantice el acierto de la resolución, ni la Administración está obligada a proceder a la admisión de todos los medios probatorios propuestos por los interesados, por más que todos ellos sean admisibles en Derecho, ni a la prueba de todos los hechos, pues sólo lo serán aquellos que sean controvertibles por la Administración y relevantes en relación a la decisión del procedimiento.

Como afirma el Tribunal Constitucional en sentencia 89/1986, de 1 de julio no existe “un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada” y existiendo un derecho genérico a la prueba, éste no se traduce en un derecho absoluto y automático a ella sea cual fuere el medio propuesto y lo que se pretenda probar. De ahí que el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 marzo 1997 reconozca que “corresponde al instructor del expediente discernir si las pruebas propuestas son de utilidad para el esclarecimiento de los hechos, así como la amplia libertad que posee la Administración para decidir sobre los hechos que se pretenden probar y si son pertinentes o no los medios de prueba propuestos por los interesados”, contando para ello con la necesaria discrecionalidad.

Ahora bien, dicha discrecionalidad no alcanza a exonerarle de dar respuesta motivada de su denegación, teniendo derecho el interesado a recibir explicación de las razones que inducen a inadmitirla y sin la cual tal omisión podría hacerle incurrir en arbitrariedad y, por tanto, ser causante de indefensión por habersele privado del principio básico de contradicción de las diligencias probatorias que integra el derecho de defensa.

### **3.5. Audiencia al interesado**

Aunque es cierto que el artículo 82.4 de la Ley 39/2015 permite prescindir del trámite de audiencia en los supuestos que en él se mencionan, no lo es menos que la Administración debe interpretar con absoluta prudencia si concurre el presupuesto de hecho exigido por el legislador para prescindir de dicho trámite. La normativa reguladora del procedimiento administrativo común no ha confiado la práctica del trámite de audiencia al libre arbitrio de la Administración, pues la omisión del mismo se establece en el supuesto tasado por la norma, configurado como una excepción para supuestos en los que la práctica mecánica o rutinaria de dicho trámite podría incluso perjudicar a los interesados. Así sucede cuando no existe controversia alguna sobre los presupuestos fácticos y el fundamento de las pretensiones ejercitadas, en los que la apertura del trámite de audiencia conduciría a retrasar la pronta resolución de los asuntos, en perjuicio de los interesados.

### **3.6. Notificación**

#### **3.6.1. Notificación edictal**

El Consejo Consultivo ha insistido, entre otros en su dictamen 406/2016, en la necesidad de aplicar de manera rigurosa los presupuestos que legitiman a la Administración para la notificación edictal, como medio supletorio y excepcional, y advirtiendo de la rica casuística que presenta la valoración de los defectos de notificación. Ha destacado que la apreciación de un vicio de nulidad por la indefensión sufrida por no practicarse la notificación personalmente, sólo puede descansar sobre la convicción de la existencia de una indefensión material, y no sobre la mera denuncia de vicios formales en la práctica de las notificaciones. En este plano se resalta también el deber de diligencia que los propios interesados han de observar al concretar el domicilio en el que la Administración puede notificarles, pues, en caso contrario, su propia conducta puede ser la causa que frustre la notificación personal y, a la postre, obstaculice la contradicción en el procedimiento, sus posibilidades de



impugnación en vía administrativa y, en su caso, la tutela judicial (dictamen 436/2012).

La doctrina anterior es acorde con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, pues «cuando se discute acerca del cumplimiento de las formalidades legales, sobre el cómo han de hacerse las notificaciones, lo decisivo no es que se cumplan esas previsiones legales, sino que efectivamente el sujeto pasivo tenga o haya podido tener conocimiento efectivo del acto notificado» (STS de 7 de mayo de 2009).

Desde la óptica indicada, el Consejo Consultivo viene ponderando en cada caso, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el grado de diligencia demostrada tanto por el interesado, como por la Administración (SSTS de 22 de septiembre 2011, y 19 de enero de 2012). El primero tiene el deber de colaboración con la Administración en la recepción de los actos de comunicación que aquella les dirija, como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2004; deber que se relaciona particularmente con la declaración del domicilio a efecto de notificaciones y sus modificaciones. Por su parte, la Administración debe procurar que los actos notificados lleguen al efectivo conocimiento de sus destinatarios y en este sentido debe recalarse que el recurso a la inserción de anuncios para notificación mediante comparecencia sólo debe utilizarse subsidiariamente, cuando se hayan agotado razonablemente las posibilidades de notificación personal, teniendo en cuenta la documentación del expediente u otros datos al alcance de la Administración.

En efecto, hay que reiterar que la citación del interesado por medio de anuncios en los boletines oficiales para ser notificado mediante comparecencia es un remedio reservado para los supuestos en que resulte imposible efectuar la notificación al interesado por causas no imputables a la Administración. La referida citación, a menudo se convierte, como ha señalado este Consejo Consultivo, en un expediente formal, no precedido de la necesaria y diligente indagación para intentar agotar las posibilidades de notificación en el domicilio de los interesados; un proceder que no facilita que el acto que se trata de notificar llegue a sus destinatarios en la práctica, convirtiendo la notificación así realizada en una auténtica ficción que daña sobremanera los principios que deben inspirar la actuación administrativa; máxime cuando la práctica irregular de la notificación produce una indefensión constitucionalmente relevante.

### **3.6.2. Notificación electrónica**

En el dictamen 452/2021 de este Consejo Consultivo señalábamos que las leyes 39 y 40 de 2015 dan un paso adelante reforzando el derecho del ciudadano a

relacionarse con la Administración de forma electrónica, con la correspondiente obligación que pesa sobre la Administración y lo hacen transfigurando dicho derecho en un “derecho-obligación” de hacerlo.

La “obligación y el derecho” a relacionarse electrónicamente con la Administración determina no sólo el medio en que debe practicarse la notificación (modalidad electrónica en lugar de la modalidad en papel) sino que el “lugar” adecuado que impone la Ley 39/2015 no es el lugar físico sino que lo es la Sede Electrónica, es decir un espacio virtual, de la Administración actuante (artículos 42.1 y 43.1), que hace posible acceder al contenido de la notificación en cualquier lugar en que se encuentre su destinatario, no pudiendo otorgarse virtualidad subsanadora a la publicación efectuada como medio sustitutorio de la notificación electrónica pues, para que tal efecto se produzca, la jurisprudencia viene exigiendo que con carácter previo se haya procedido al intento de notificación “en legal formal” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 14 de abril de 2000 y Sentencia del Tribunal Constitucional 138/2003, entre otras). El desconocimiento de lo que se notifica, hace imposible no ya que pueda despelgarse una defensa eficaz, sino cualquier defensa, incluso hacerlo en trámite de audiencia.

### **3.7. Recurso de reposición**

Interpuesto recurso de reposición en el plazo del mes que establece el artículo 124.1 de la Ley 39/2015 y hasta que se dicte resolución expresa, los efectos propios e inherentes a esta interposición son los siguientes: Suspende el proceso de firmeza del acto así como también, por consecuencia del efecto de litispendencia, suspende el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo. Por tanto, la interposición de este recurso fuera del plazo establecido provoca que deba tenerse “por no interpuesto”, con sus correspondientes consecuencias: no cierra la puerta ni suspende el plazo de la vía contenciosa, que sigue corriendo. En consecuencia, si el plazo para acudir a la vía judicial no queda suspendido por virtud de un recurso de reposición que se ha interpuesto extemporáneamente (porque este efecto solo lo producen los recursos administrativos cuando se interponen en plazo), cabría admitir el recurso contencioso-administrativo pero con la siguiente salvedad que advierte la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2019: queda “abierta la puerta del contencioso” contra la resolución recurrida en reposición de forma extemporánea, sometido “eso sí y sin remedio, a que se interponga dentro del plazo de los dos meses establecido en el artículo 46 LJCA desde la notificación del acto recurrido, sin interrupción ni suspensión a causa del recurso de reposición extemporáneo”.

El problema surge cuando la Administración no aprecia la extemporaneidad (al contrario, admite el recurso de reposición pese a haberse interpuesto fuera de plazo,



examina el fondo y lo estima expresamente) ni el particular interpone en plazo el recurso contencioso-administrativo. Tal situación fue la que se resuelve en el dictamen 960/2021, en un procedimiento de revisión de oficio instado por la propia Administración, que invoca causa de nulidad de pleno derecho (más concretamente, el haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido) de la resolución estimatoria del recurso extemporáneo. El dictamen rechaza la pretensión de la Administración instante de la revisión de oficio en aplicación de los principios de confianza legítima, la naturaleza instrumental del recurso de reposición, el principio antiformalista y la prohibición de venire contra factum proprium. Así pues, en aplicación de todos ellos no cabe sino concluir que la Administración al resolver expresamente en cuanto al fondo un recurso de reposición extemporáneo superó al hacerlo -en términos del Tribunal Supremo- “el obstáculo procedimental por un acto propio, que no puede después desconocer ni contradecir por lo que no es dable ahora discutir si el recurso de reposición se interpuso en plazo o no (sentencia de 18 de octubre de 1983). En síntesis, como aseveraba la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1990 y la reciente de 14 de mayo de 2020, cuando la propia Administración ha examinado el fondo del debate, ha purgado con su actuación el defecto formal en la interposición del recurso: “la extemporaneidad del recurso de reposición queda purgada por su resolución expresa en cuanto al fondo por el órgano llamado a pronunciarse sobre el mismo”.

### **3.8. Contratación**

#### **3.8.1. Sobre el ámbito de la contratación y sus principios**

En cuanto a los trámites que han de llevarse a cabo en la contratación, el Consejo ha insistido en que todo contrato celebrado por una Administración Pública, aunque no tenga naturaleza o carácter de contrato administrativo, tiene una parcela de actuación reglada por normas de naturaleza administrativa. Dicha parcela la configuran aquellos actos que tienen por objeto la preparación y adjudicación del contrato. Así lo recogen, entre otras disposiciones, el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/VE y 2014/24/VE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Este Consejo ha seguido poniendo especial énfasis en el necesario respeto a principios tan trascendentes en la contratación administrativa como los de publicidad, igualdad, concurrencia, legalidad, libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, estabilidad presupuestaria y control del gasto, integridad y eficiente

utilización de los fondos, cuya relevancia ha determinado que la legislación sea especialmente exigente a la hora de requerir el cumplimiento de los trámites que integran las fases de preparación y adjudicación de los contratos.

Aun admitiendo, de entrada, la dificultad que en ocasiones encierra la fase preparatoria de algunos contratos, se llama la atención a las distintas Administraciones Públicas a fin de que extremen el rigor en la tramitación de este tipo de expedientes y en la posterior ejecución de los contratos que celebren.

### **3.8.2. Modificaciones contractuales**

**3.8.2.1. *Ius variandi*.** El Consejo ha mantenido una actitud crítica respecto de los expedientes de modificación contractual, dictaminando de forma desfavorable aquellas propuestas de la Administración que no aparecían suficientemente justificadas.

Como ha señalado reiteradamente este Órgano Consultivo, uno de los principios básicos que preside las relaciones contractuales es el de invariabilidad de lo pactado - principio *ne varietur*- recogido en diversos preceptos de la legislación contractual administrativa, expresivo del principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual la Administración podrá concertar los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por convenientes, con los límites legalmente impuestos (artículo 34 de la LCSP).

No obstante, la referida legislación contempla la potestad de la Administración de modificar unilateralmente el objeto de los contratos administrativos, potestad denominada *ius variandi* (artículo 203 de la LCSP). Esta potestad está sometida a una serie de exigencias, de modo que el *ius variandi* no puede ser entendido como una facultad absoluta de la Administración que le permita, en cualquier supuesto y sin más justificación que su propia voluntad, la alteración de lo inicialmente acordado, vinculando al contratista.

Según puede colegirse de la regulación contenida en los artículos 204 a 207 de la LCSP y 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), en todo caso, haya o no acuerdo entre las partes, todas las modificaciones de los contratos administrativos se han de someter a dos tipos de requisitos: formales y materiales.

Los requisitos formales son la aprobación por el órgano de contratación, la audiencia al contratista, la publicidad y, la formalización en documento



administrativo, así como los consistentes en la incorporación al procedimiento del informe de los servicios jurídicos correspondientes, del dictamen del Consejo Consultivo, en su caso, del informe de fiscalización previa y, por supuesto, de los documentos que acreditan el cumplimiento de las circunstancias justificativas de la modificación, cuales son: la memoria explicativa de la modificación, justificando la concurrencia de los requisitos para ello, y, en su caso, el informe de la oficina de supervisión de proyectos. Dentro de esas exigencias, puede también incluirse la consistente en que el procedimiento se sustancie antes de que finalice el contrato objeto de la modificación y no en un momento posterior.

Por lo que se refiere a los requisitos sustantivos, la modificación ha de venir impuesta por razones de interés público (en los supuestos previstos en el artículo 204 de la LCSP) y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente (artículo 205 de la LCSP), además de la existencia de consignación presupuestaria previa (artículo 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

En efecto, hay que recordar que las sucesivas modificaciones introducidas en este ámbito se relacionan con la jurisprudencia comunitaria que, desde la sentencia *Succhi di Frutta* de 29 de abril de 2004, viene indicando que los expedientes de modificación contractual no pueden utilizarse abusivamente con merma de los principios de transparencia e igualdad de trato de los licitadores.

Antes de la entrada en vigor de la regulación de las modificaciones en las Directivas de la cuarta generación (artículo 72 de la Directiva sobre contratación pública y artículo 43 de la Directiva sobre concesiones), el Consejo Consultivo de Andalucía ha venido destacando que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia no es expresión de una regulación comunitaria del régimen de las modificaciones contractuales, sino que deriva de los principios de igualdad de trato, transparencia y prohibición de discriminación. Se trata, en fin, de prescripciones fundamentales en la práctica de la contratación pública, cuya aplicación no puede ceñirse a la adjudicación del contrato, sino que debe observarse durante su ejecución, siendo como son expresión de principios basales del Derecho de la Unión, en la medida en que se desprenden de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios (antiguos artículos 43 y 49 TCE y hoy artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

En particular, dicha jurisprudencia ha subrayado que las modificaciones sustanciales en un contrato pueden exigir en determinados supuestos la adjudicación de uno nuevo, precisamente para garantizar la transparencia y el principio de igualdad de trato de los licitadores. Se pueden considerar sustanciales cuando se introducen

condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada (sentencia *pressetext Nachrichtenagentur* GmbH, asunto C-454/06, apartado 35). Para dar una respuesta a ese interrogante, el Tribunal de Justicia se plantea si la modificación supone la negociación de aspectos esenciales del contrato (sentencias de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46, y de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, antes citada, apartado 34).

La reforma apuntada en el régimen de modificación contractual en la disposición transitoria primera de la LCSP lleva a pronunciarse sobre una **cuestión de Derecho transitorio**: si resulta o no de aplicación a los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor. A este respecto, es necesario tener en cuenta que la disposición transitoria primera, apartado 2 de la LCSP establece lo siguiente: “2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

No obstante lo anterior, este Consejo Consultivo considera que esta conclusión no puede predicarse en aquellos extremos de la nueva regulación que vengan directamente dados por exigencias del Derecho de la Unión Europea preexistentes a la nueva configuración del régimen jurídico de las modificaciones contractuales, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, pues de otro modo se estaría ignorando que la reforma trae causa de las advertencias realizadas por la Comisión Europea al Reino de España, en fase precontenciosa, sobre incumplimiento del Derecho Comunitario en este ámbito.

**3.8.2.2. Modificaciones no previstas. Preceptividad del dictamen.** Sin perjuicio del régimen singular de las modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en este apartado hay que recordar que la LCSP exige el correspondiente dictamen en las modificaciones no previstas en el contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20% del precio primitivo del contrato, siendo éste igual o superior a 6.000.000 de euros. La interpretación armónica de los artículos 17.10.d) de la Ley del Consejo y del artículo 191.3b) de la LCSP pasa por considerar la finalidad de ambos y la necesidad de preservar los respectivos ámbitos competenciales estatal y autonómico en la materia. Desde este prisma, sigue siendo válido, *mutatis mutandis*, el razonamiento que en este punto fue adoptado en el dictamen 50/1995 de este Consejo Consultivo, solventando la aparente contradicción entre el artículo 16.8.c) de la Ley 8/1993, de 19 de octubre, de creación del Consejo Consultivo, y el 60.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Al igual que entonces, procede afirmar





ahora que han de superponerse las garantías de uno y otro texto legal, de manera que este Consejo Consultivo debe dictaminar por exigencia de la legislación básica los supuestos de modificación de contrato superiores a un 20% del precio primitivo del contrato en los procedimientos de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades vinculadas, aunque éste sea de cuantía inferior a 6.000.000 de euros.

Esta interpretación, como se dijo en el dictamen 50/1995, lleva ínsita el respeto a las determinaciones estatales que juegan como garantías mínimas, adicionadas con las más intensas garantías resultantes del tenor literal de la Ley del Consejo Consultivo.

No es necesario examinar detalladamente la reiterada jurisprudencia que considera que la omisión del dictamen preceptivo constituye un supuesto de nulidad radical, no susceptible de convalidación ni subsanable mediante la solicitud y emisión tardía de dictamen. En efecto, tal y como expone la STC 204/1992, de 26 de noviembre (FJ IV), la intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo. En razón de los asuntos sobre los que recae y de la naturaleza del propio órgano, se trata de una función muy cualificada que permite al legislador elevar su intervención preceptiva, en determinados procedimientos sean de la competencia estatal o de la autonómica, a la categoría de norma básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas o parte del procedimiento administrativo común (artículo 149.1.18.ª CE).

Por eso, la jurisprudencia considera que la omisión del dictamen supone un vicio de nulidad, por la “omisión total y absoluta del procedimiento” [artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015], causa de nulidad en la que tiene cabida la omisión de trámites esenciales (SSTS de 2 de enero y de 8 de marzo de 1982 y 11 de marzo de 1991, entre otras), como el del dictamen preceptivo en este tipo de procedimientos, independientemente de que no tenga carácter vinculante, pues tal grado de invalidez se explica en función de las garantías cubiertas por el dictamen y la posición que ocupan los órganos consultivos en la respectiva arquitectura institucional, estatal o autonómica. Ni el acuerdo entre las partes contratantes, ni la celeridad y eficacia que puedan perseguirse en un determinado procedimiento justifican la omisión del dictamen (en parecido sentido puede verse el dictamen del Consejo de Estado de 11 de diciembre de 1980; expte. núm. 42.764), como tampoco lo justifica el mayor o menor apremio en el dictado de los actos administrativos; circunstancia que ya ha sido objeto de valoración por el legislador al fijar los supuestos en que el dictamen resulta preceptivo y arbitrar plazos y procedimientos para que el interés público quede salvaguardado.

Ahora bien, sentado que el dictamen no es un mero formalismo, sino un trámite esencial y que su omisión tiene virtualidad invalidante, sin que resulte posible la convalidación del acto viciado de nulidad (artículo 52.1 de la Ley 39/2015), también hay que hacer notar que la Ley 39/2015 permite atemperar las consecuencias de nulidad, evitando la reiteración de trámites inútiles. Por tal motivo contempla la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción tal y como se establece en el artículo 51 de la citada Ley 39/2015.

**3.8.2.3. Modificaciones previstas.** La actual disciplina de las modificaciones de contratos del sector público (artículo 204 de la LCSP) no es concebible sin la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha venido exigiendo que las llamadas modificaciones “previstas” lo sean de forma clara, precisa e inequívoca; evolución que ha llevado al legislador comunitario a regular las modificaciones de contratos, en las directivas de la cuarta generación, una materia soslayada en anteriores directivas.

En este orden de ideas, conviene retener que la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, condiciona las llamadas modificaciones previstas (las contempladas en los pliegos iniciales de la contratación), que dispensan de iniciar un nuevo procedimiento de contratación, a que se plasmen en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas; cláusulas que han de determinar el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse, sin que tales modificaciones puedan alterar la naturaleza global del contrato [artículo 72.1.a)].

### **3.8.3. Exigencia de revisión de oficio para el abono de prestaciones contractuales realizadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento de licitación**

La doctrina expuesta por este Consejo Consultivo en el dictamen 270/2002 deja claro que no es correcta la práctica habitual que se limita al abono de los servicios prestados por la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos, apelando a la prohibición de enriquecimiento injusto, ya que resulta exigible la previa declaración de nulidad de la contratación del servicio efectuada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

A dicha doctrina sintetizada en el citado dictamen 270/2002 de este Consejo se remite nuevamente la Cámara de Cuentas en el Informe de 30 de mayo de 2018,



sobre el análisis de los acuerdos y resoluciones contrarios a reparos formulados por los interventores locales y las anomalías detectadas en materia de ingresos, así como sobre los acuerdos adoptados con omisión del trámite de fiscalización previa, correspondiente a los ejercicios 2014 y 2015.

En efecto, la Cámara de Cuentas indica en el apartado 7.3 de dicho informe que “se constata que las entidades emplean con reiteración el expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito (EREC) para aplicar al presupuesto de gastos de ejercicios anteriores realizados al margen del procedimiento, bien porque no existía crédito presupuestario en el momento de ejecutar el gasto, bien porque se tramitaron gastos prescindiendo del procedimiento legalmente aplicable a cada caso”.

Según dicho informe, “las entidades, con la intención de evitar que se produzca un enriquecimiento injusto de la Administración, proceden al reconocimiento de las obligaciones de pago a las empresas que han prestado los servicios y las imputa al ejercicio corriente mediante la tramitación de los expedientes de reconocimiento extrajudicial”.

Tal y como indica dicho informe, el Consejo Consultivo de Andalucía viene exponiendo una consolidada doctrina sobre la improcedencia tanto de la citada práctica como de la que se basa en el instituto de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración para abonar obras, bienes y servicios adquiridos por la misma prescindiendo del procedimiento previsto por el legislador para preservar los principios que informan la contratación del sector público.

Ante la persistencia de la práctica antes referida, que según el citado informe de la Cámara de Cuentas se evidencia en numerosos expedientes de ayuntamientos y diputaciones, hay que hacer notar que el criterio del Consejo Consultivo se ha asentado, sin fisuras, en las dos últimas décadas. Conviene, pues, recordar que en el dictamen 270/2002 de este Consejo (FJ III), reproducido parcialmente en el informe de la Cámara de Cuentas de 30 de mayo de 2018, se dice lo siguiente:

“El reclamante articula su petición en un procedimiento de convalidación de gastos basada en la figura de la prohibición de enriquecimiento injusto, motivo por el que alega que no procede incoar, como ha hecho la Administración, procedimiento de revisión de oficio al no haber instado la declaración de nulidad. Esta argumentación no puede prosperar, pues ni los particulares ni la Administración tienen facultades dispositivas sobre el procedimiento que en cada caso ha de seguirse, a menos que así venga expresamente ordenado”.

En esta dirección, el dictamen subraya que tanto la vía de que parte de la

invocación de la prohibición de enriquecimiento injusto (en ese caso instrumentada a través de la “convalidación de gastos”), como la de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración han sido objetadas por el Consejo Consultivo, dado que el ordenamiento jurídico-administrativo ha arbitrado una vía específica a la que está sometida la Administración. El dictamen se refiere a lo entonces previsto en el artículo 47 del Reglamento General de Contratación y después en el artículo 66.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el artículo 65 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000. La misma vía (declaración de nulidad y ulterior liquidación) se ha mantenido en la normativa más reciente, como se observa en el artículo 35.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y en el artículo 42.1 de la vigente LCSP.

Tal y como precisa el dictamen 270/2002, este Órgano ha venido señalando que se trata, en suma, de una especie de acción restitutoria, no muy distinta de la contemplada en los artículos 1303 y siguientes del Código Civil, bien diferente de la acción de responsabilidad patrimonial en su concepción y en sus efectos prácticos. En este sentido se indica que ya en el dictamen 2/1995 (siguiendo la doctrina señalada en los dictámenes 3 y 5/1994), el Consejo Consultivo señaló que la elección por la Administración del procedimiento de responsabilidad patrimonial implicaría extraer la solución al problema de su ámbito natural, que no es otro que el de la legislación de contratos.

Efectivamente, el dictamen 270/2002 destaca que el Consejo Consultivo no ignora que un importante sector doctrinal admite la prohibición del enriquecimiento injusto como fundamento del reconocimiento de la obligación de la Administración de abonar el importe de la prestación realizada sin previo procedimiento o mediante una tramitación inválida. Son muchos los argumentos que se manejan en apoyo de dicha solución: antiformalismo, equidad, seguridad jurídica, etc... De igual forma, el dictamen reconoce que la jurisprudencia del Tribunal Supremo suaviza las consecuencias que se derivan de la declaración de nulidad introduciendo los efectos derivados del principio del enriquecimiento sin causa o injusto, principio por el que se pretende proteger el interés público y mantener el imprescindible equilibrio financiero de las relaciones contractuales.

Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo Consultivo señala lo siguiente:

«Es cierto que la Administración está obligada a abonar las obras o servicios ejecutados aunque su contratación no haya sido válidamente gestada, evitando ciertamente un enriquecimiento injusto, sin embargo, no lo es menos que el reconocimiento de tal obligación pasa ineludiblemente por la previa tramitación de un



procedimiento para la declaración de nulidad y por la aplicación de las consecuencias jurídicas que el legislador ha establecido para los contratos nulos de pleno derecho.

»Sin entrar en la polémica sobre la subsidiariedad del enriquecimiento injusto en el ámbito del Derecho Administrativo, lo importante es subrayar que el objetivo de la justicia material no puede obviar caprichosa y arbitrariamente los cauces en cada caso establecidos para su consecución, en los términos fijados por el legislador, máxime cuando las alternativas posibles no conducen a idénticas soluciones.

»... no es posible proclamar la equivalencia de las distintas vías que se están empleando para resolver las peticiones de pago de obras al margen del procedimiento de contratación que la Ley ha impuesto a las Administraciones Públicas, establecido tanto para la defensa del interés general como para el de los interesados en contratar con la Administración. Prueba de lo que se afirma es la controversia existente en el expediente examinado sobre los trámites a seguir, el plazo de prescripción de la acción ejercitada y el alcance de la obligación de restitución de la Administración (...) Respecto del *quantum restitutorio*, la solución que propugna este Consejo Consultivo a partir de la declaración de nulidad, supone la exclusión del beneficio industrial en la liquidación que debe practicar la Administración en favor del contratista; efecto que, por principio, debe anudarse al carácter insubsanable del vicio detectado».

#### 3.8.4. Fraccionamiento de los contratos

El Consejo ha vuelto a reiterar de forma insistente que las diferentes normas sobre contratación administrativa prohíben el fraccionamiento de los contratos con objeto de disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda. Esto sucede, aunque el órgano de contratación no tuviera la intención de eludir los requisitos aludidos, cuando su modo de actuar origina, precisamente, esa consecuencia.

#### 3.8.5. Tramitación de emergencia

Han sido varios los dictámenes en los que el Consejo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre expedientes de contratación en los que se invocaba la **emergencia** para su celebración. A este respecto, el Consejo ha insistido en que los supuestos de hecho determinantes de su aplicación han de interpretarse, según la jurisprudencia, con un criterio de estricto rigor por el riesgo que implican de no preservar adecuadamente los principios rectores de la contratación administrativa; así lo ha recordado este órgano, recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo, que en los casos de emergencia de obras han de exigirse los requisitos de imprevisibilidad de las

consecuencias originadas por la catástrofe, grave peligro para la seguridad pública e inminencia. De igual modo, los contratos celebrados concurriendo circunstancias que amparaban inicialmente la emergencia no pueden prolongarse en el tiempo más de lo estrictamente necesario. Este tipo de contrato se define por su carácter no solo excepcional sino efímero, en la medida en que solo puede amparar la actividad perentoria y absolutamente necesaria para remediar una situación de emergencia calificable como tal. Desaparecida ésta, el resto de la actividad para completar el objetivo propuesto por la Administración ha de contratarse conforme a lo establecido en la Ley para los supuestos de normalidad. Al acudir a la tramitación de emergencia, sin que concurran los presupuestos para ello, la Administración incurre en la causa de nulidad del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, pues utiliza aquel procedimiento fuera de su contexto propio y natural, infringiendo la ordenación ínsita en el cuadro de las diferentes modalidades de tramitación y de los procedimientos y formas de adjudicación que se regulan en la Ley de contratos, cuya utilización, al tratarse de normas de *ius cogens* no puede quedar a merced de apreciaciones subjetivas del órgano de contratación, sino condicionada a la efectiva concurrencia de los respectivos presupuestos habilitantes.

En este punto es oportuno recordar la constante doctrina de este órgano consultivo sobre la sujeción de la Administración a los cauces procedimentales previstos por la legislación para cada caso, siendo estos indisponibles e inintercambiables. Ciertamente, la consecución de un fin, por legítimo que éste sea, ha de realizarse con sometimiento al principio de legalidad, no cubriéndose tal exigencia con el seguimiento de cualesquiera trámites procedimentales, sino, precisamente, con los del procedimiento legalmente establecido.

### **3.8.6. Efectos de la resolución contractual**

Conforme con la doctrina de este Consejo, sentada en el dictamen 613/2007, se ha de razonar sobre el significado jurídico de la fianza en relación con la posible pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios de la Administración, y su diferenciación con las pretensiones restitutorias que pueden derivar de la resolución del contrato.

En efecto, y por lo que hace a la naturaleza de la fianza, hay que resaltar que nuestro derecho administrativo se aparta de la visión de la misma como una estimación anticipada y definitiva de los daños y perjuicios, sin que quepa exigir otros. La fianza está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar, además, la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación. El hecho del retraso en la obra o servicio y la necesidad de un nuevo procedimiento son perjuicios de difícil evaluación y,



precisamente por ello, son evaluados *a priori* con la fianza definitiva. Pero si la Administración acredita que, aparte del retraso en la obra o en la prestación del servicio, y los gastos que le provoque un nuevo proceso de contratación, hay otros daños materiales “puede ejercitar cuantas acciones de resarcimiento le competan, de modo independiente a aquella fianza, sin que quepa, en definitiva, imputar a la misma, el daño sufrido” (dictámenes del Consejo de Estado de 22 de diciembre 1966, 16 de enero 1969, 12 de julio 1974 y 2 de mayo 1975, entre otros). La fianza no es una pena convencional por el incumplimiento, que se agota en sí misma, esto es cláusula penal en el sentido del artículo 1152, párrafo primero del Código Civil, sino que responde a cubrir solo los daños del retraso de la obra o la prestación del servicio; ésta es la solución que se adoptó por el artículo 208.4 de la Ley 30/2007; y éste es el sentido en el que ha de interpretarse la frase “... sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía”. Ni que decir tiene que la prueba de la existencia de estos otros daños está rigurosamente a cargo de la Administración, habida cuenta de que los daños posiblemente más importantes ya vienen cubiertos *a priori* por la fianza definitiva; y sin más carga procesal que declarar que el incumplimiento del contratista es culpable, y procediendo a la incautación de la fianza como una manifestación más de su privilegio de la decisión ejecutoria, facilitado porque la caución está en su poder.

En lo que se refiere a la eficacia restitutoria derivada de la resolución del contrato, bien distinta de la eficacia resarcitoria de los daños, la LCSP guarda silencio. No queda más remedio que acudir a las normas de derecho privado, y concretamente al artículo 1124 del Código Civil. Su simple lectura indica que pedir la resolución es compatible con pedir el resarcimiento de daños. Dicho de otro modo, la pretensión de resolución y la pretensión de indemnización son distintas. Aquélla va encaminada a la eficacia liberatoria, es decir, a la desvinculación de la relación obligatoria en la que las partes se encontraban, liberación que opera *ex tunc*, y trae aparejada que las prestaciones ejecutadas deben ser restituidas, y como sucede en el caso de la nulidad, si no pueden ser restituidas *in natura*, deberán serlo a través de su valor pecuniario. Esta eficacia restitutoria no debe ser confundida nunca con la eficacia indemnizatoria, aún en el caso de que las circunstancias determinen que la pretensión restitutoria surja exclusivamente a favor de uno de los contratantes; de hecho sus regímenes jurídicos son distintos, especialmente en el campo de la prueba, pues aquí no hay que demostrar la existencia de un daño, sino que se ha realizado una prestación; y si se demuestra que se ha realizado sin correspondiente, el hecho de que no se restituya nada a la otra parte no convierte su exigencia en una partida de la indemnización de daños y perjuicios. Aplicar esta doctrina a la resolución del contrato administrativo significa que la Administración, si ha efectuado prestaciones a cambio de las cuales nada ha recibido, puede reclamarlas, y ello con independencia de la incautación de la fianza y la eventual exigencia de daños y perjuicios por encima de la cuantía de ésta. Para

efectuar esta reclamación, debe liquidar el contrato, liquidación en la que puede valerse sin duda de sus privilegios de interpretación del contrato y de la decisión ejecutoria, saldando el valor de lo que ha prestado con el valor de lo que eventualmente haya podido recibir y ser de su provecho. Y ello, se repite, aunque el contrato esté resuelto, dado que si no procede así, podría enriquecerse injustamente a costa del contratista.

### 3.9. Responsabilidad patrimonial de la Administración

#### 3.9.1. Aspectos procedimentales

En cuanto a los expedientes de esta naturaleza procedentes de la Administración de la Comunidad Autónoma, ha de significarse que ha mejorado la tramitación que de estos procedimientos realizan, por lo general, las administraciones remitentes. No obstante, en no pocos expedientes se ha observado una excesiva tardanza en su tramitación, dilación que, si bien no lo invalida, sí lesiona el derecho de los interesados a obtener resolución en plazo.

En relación con este extremo, el Consejo considera necesario enfatizar que, si en todo tipo de procedimiento que tramite la Administración es exigible siempre que su actuar sea diligente, evitando trámites y dilaciones innecesarias, esta obligación es exigible con mayor rigor, si cabe, en este tipo de procedimientos en los que normalmente concurre alguna circunstancia que los reviste de una especial sensibilidad para las personas que en ellos ostentan la condición de interesados. Se reclama, en consecuencia, una mayor **celeridad** por parte de las Administraciones públicas con un cumplimiento más riguroso y estricto de las normas que los regulan.

Por otra parte, ha de recordarse **la obligación** que incumbe a las Administraciones públicas **de dictar resolución** expresa en todos los procedimientos que tramite, cualquiera que sea su forma de iniciación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley 39/2015. Como este mismo artículo dispone, en los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Este deber de dictar resolución expresa persiste aun cuando por el transcurso del plazo legalmente establecido haya entrado en juego la institución del silencio administrativo; así lo establece el artículo 24 de la Ley 39/2015.





En distinto plano, se hace preciso insistir en el cumplimiento de los siguientes aspectos procedimentales:

### a) Legitimación

En primer lugar, en relación a la **legitimación activa de los sujetos públicos**, como este Consejo ya señaló en los dictámenes 436/2014 y 662/2016, si bien es cierto que existe una tradición normativa consolidada que utiliza la expresión “los particulares” como sujeto pasivo y receptor de los daños (art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y art. 133 de su Reglamento, art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, art. 106.2 de la Constitución, art. 139 de la Ley 30/1992 y ahora el art. 32.1 de la Ley 40/2015), en criterios de hermenéutica jurídica no es admisible hacer una interpretación restrictiva de dicho término, debiendo incluirse en el mismo no sólo a los sujetos privados sino también a los públicos, cuando éstos se consideren lesionados por la actividad de otra Administración Pública, debiendo comprenderse dentro de aquel término a las corporaciones locales como tradicionalmente ha venido entendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (desde las sentencias de 8 de febrero de 1964 y de 24 de febrero de 1994).

Por otra parte, en determinadas ocasiones se produce la comparecencia en el procedimiento sin acreditar debidamente la representación de un cónyuge en nombre de otro o del padre en nombre del hijo mayor de edad. En tales casos ha significado el Consejo que la representación no se produce por ministerio legal por lo que acreditar tal condición es exigible en los términos generalmente establecidos.

También se ha pronunciado reiteradamente el Consejo sobre la **posición de los herederos en el ejercicio de la acción indemnizatoria**, en el sentido de que la invocación de la condición de heredero universal no es el fundamento del ejercicio de la acción, sino el vínculo afectivo con la persona fallecida. A este respecto, conviene recordar que este Consejo Consultivo, frente a algunas posiciones doctrinales y resoluciones vacilantes, ha distinguido desde su dictamen 26/1996 diversos supuestos claramente deslindables.

Así, cabe que los reclamantes ejerciten un derecho propio, dissociado de su condición de herederos, cuando la reclamación está basada en daños sufridos por el fallecimiento de una persona a la que les une un vínculo parental y afectivo incuestionable, al margen de los que puedan ser objeto de transmisión *mortis causa*.

Distinto es, como se precisa en la doctrina de este Consejo (dictámenes 71 y 131/1996 y 234/2003, entre otros), el supuesto en el que, ejercitada la reclamación

por daños anteriores al fallecimiento del perjudicado, la pretensión patrimonial ingresa en el *as* hereditario, al comprender la herencia todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (artículo 659 del Código Civil). En este sentido, el dictamen 138/2006 de este Consejo Consultivo se refiere a un supuesto en el que de una acción entablada frente a la Administración se produce el nacimiento de una relación jurídica transmisible que legitima a los herederos para intervenir en el procedimiento.

Por otro lado, también se ha subrayado la existencia de otros daños que, sin ser causados a la persona fallecida, se configuran como cargas de la herencia, cuales son los gastos de funeral y enterramiento en los que la legitimación pertenece en exclusiva a los herederos.

La posición doctrinal antes expuesta encuentra refrendo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en sentencia de 2 de febrero de 2006, recuerda que el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros como consecuencia de la muerte no surge como *iure hereditatis*, sino como un derecho originario y propio del perjudicado, cualidad que puede o no coincidir con la de heredero.

Lo que importa en estos casos es el padecimiento propio, “el dolor o el sufrimiento que produce la pérdida de una persona muy próxima en la relación parental o relación de análoga afectividad”, que no necesita ser probado por notorio (STS de 17 de enero de 1992), siempre partiendo de la concurrencia de las circunstancias que legítimamente permiten colegirlo.

En otro orden de cuestiones, con motivo de una consulta planteada, el Consejo Consultivo en su dictamen 332/2008, de 11 de junio, analizó la **legitimación** de quien ostenta la presidencia de una **comunidad de propietarios** para reclamar en nombre de estos una indemnización por daños causados por ruidos.

Del artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal se desprende que el presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que le afecten. Y en este sentido, hay que partir de la premisa que supone el reconocimiento de la legitimación de una comunidad de propietarios para ejercitar acciones, más allá de aquéllas que por disposición legal son públicas, en defensa de los intereses de los comuneros en tanto que propietarios integrados en dicha comunidad, en orden a la observancia de las disposiciones legales, mediante quejas y reclamaciones, recursos frente a actos administrativos lesivos de los intereses comunitarios y acciones de resarcimiento por daños materiales o de otro tipo que afecten a los interesados en tanto que propietarios.



La exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal significa que el cargo de presidente “lleva implícita la representación de todos los titulares en juicio y fuera de él, con lo que se resuelve el delicado problema de legitimación que se ha venido produciendo”, pero lógicamente en la órbita a la que se refiere la propia Ley, teniendo en cuenta el marco de derechos y obligaciones propio del rico entramado de relaciones externas e internas generado por el desenvolvimiento de las comunidades sujetas al régimen de la propiedad horizontal.

En esta línea, los presidentes de las comunidades referidas, en uso de la representación orgánica que ostentan, están facultados para recurrir, reclamar y ejercitar acciones judiciales, en el entendimiento de que les asiste apoderamiento suficiente “para defender en juicio y fuera de él los intereses comunitarios” (SSTS de 22 de febrero de 1993, 3 de marzo y 5 de julio de 1995). En este orden de ideas, la jurisprudencia ha declarado que el presidente de la comunidad no necesita la autorización de la junta para intervenir ante los tribunales cuando ejercite una pretensión en beneficio para la comunidad (SSTS de 20 y 31 de diciembre de 1996).

Ahora bien, el hecho de que el presidente elegido pueda actuar como un órgano de gestión-representación en el sentido indicado, no supone, según reiterada jurisprudencia, una procura general sino específica y concreta a favor del ente comunitario al que de esta manera se personifica en sus relaciones externas, aportando y sustituyendo la auténtica voluntad social por una concreta individual subordinada (SSTS de 5 de marzo 1983, 27 de noviembre de 1986, 15 de enero de 1988 y 25 de abril de 1992).

Cuando se interpone la reclamación de resarcimiento de los daños y perjuicios producidos a diferentes vecinos que residen en el inmueble contiguo al del foco productor del ruido (lo que incluye, obviamente, posibles daños a quienes allí habitan sin ser propietarios), no puede la comunidad a través de su presidente arrogarse la representación de todos los residentes en el inmueble y reclamar una indemnización colectiva para su posterior distribución mediante los acuerdos que se establezcan.

En efecto, en un caso como el examinado, el punto de partida no es la condición de propietario o poseedor de elementos privativos y comunitarios en el inmueble, pues lo relevante es la condición de perjudicado por el ruido, que evidentemente puede predicarse de quienes lo sufren por tener allí su morada o una actividad laboral o de otra naturaleza que obliga a permanecer en las proximidades del foco emisor soportando sus nocivas consecuencias.

No es extraño, pues, que los tribunales hayan insistido en que la legitimación activa de la comunidad queda limitada a la reclamación de gastos que exclusivamente

afectan a la comunidad y a los elementos comunes (STSJ de las Islas Baleares, de 14 de febrero de 2007, referida a ruidos y vibraciones producidos por una carretera cercana). Y aunque, como ya hemos visto, este criterio ha sido flexibilizado en ocasiones, lo importante al resolver la cuestión ahora examinada es advertir que la reclamación por daños y perjuicios por el ruido generado en el local colindante no puede formularse por el presidente de la comunidad como si de una representación *ex lege* se tratara, a partir de la simple acreditación de la vigencia del cargo.

La cuestión se tiene que reconducir, aceptando que son los moradores del inmueble perjudicados por el ruido quienes ostentan un derecho subjetivo a reclamar, perteneciente a su esfera de libre disposición, y que, por tanto, son ellos quienes pueden ejercerlo frente a la Administración en el correspondiente procedimiento. Es obvio que tal decisión de los perjudicados en orden a su particular resarcimiento es autónoma y no puede quedar condicionada por la previa adopción de acuerdo mayoritario de la junta de propietarios, cuando puede que ni siquiera se ostente titularidad alguna que permita concurrir a la formación de la voluntad colegiada, basada además en un sistema de cuotas de participación y en la presencia de otros presupuestos ajenos a la relación de responsabilidad patrimonial que se constituye entre los particulares lesionados y la Administración.

Distinto es que las actuaciones realizadas en vía administrativa y las que puedan realizarse en vía judicial puedan venir precedidas de un mandato expreso para que la presidencia de la comunidad pueda representar no ya a los comuneros, sino a quienes moran en el edificio y se sientan perjudicados por la insuficiencia de la actuación municipal para impedir inmisiones por ruido que no estaban obligados a soportar. Ahora bien, ello derivaría de un concreto apoderamiento, y no del ámbito de representación de la comunidad, ceñido a los aspectos específicos de la Ley de Propiedad Horizontal.

## **b) Prueba**

Como reiteradamente viene destacando el Consejo, corresponde al interesado acreditar, de acuerdo con el principio general sobre carga de la prueba contenido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la existencia de nexo causal entre la actividad de la Administración y el daño alegado. En efecto, los interesados tienen la carga de probar la existencia de relación de causalidad por cualquier medio de prueba admisible en derecho, sin que el instructor del procedimiento pueda rechazar las pruebas propuestas salvo cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias.

No obstante, este Consejo Consultivo viene insistiendo en que la Administración debe adoptar una postura colaboradora en estos expedientes, reñida con la pasividad



o simple negación de los hechos que podrían fundamentar la petición de resarcimiento. Es verdad que los reclamantes tienen la carga de probar, entre otros extremos, la presunta relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, como se desprende del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, no es menos cierto que la Administración ha de atenerse también a los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, plasmados en el apartado 7 del propio artículo 217 antes referido. Se ha de observar que, en casos como el presente y por las razones indicadas, una recta interpretación del artículo 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 67.2 de la Ley 39/2015 lleva a la conclusión de que la Administración tiene la carga de probar las circunstancias que extingan o enerven la responsabilidad, frente a la afirmación de la misma por el ciudadano. Las normas relativas a la prueba no pueden desconectarse del derecho sustantivo al que sirven, y siendo cierto que el legislador ha caminado en el ámbito de la responsabilidad de los entes privados por la vía de la inversión de la carga de la prueba, es lógico deducir que en el supuesto de deficiencias probatorias, y la proscripción de la indefensión (en sentido material), abonan la responsabilidad de la Administración. En efecto, sin que su carácter de responsabilidad objetiva la convierta en una responsabilidad por resultado, reducida al único requisito de la imputabilidad subjetiva, no es de dudar que en las circunstancias concretas se debe predicar la inversión de la carga de la prueba. Dictaminar lo contrario significa que el dañado está menos protegido por un sistema de responsabilidad culpabilística que por un sistema de responsabilidad objetiva. La conclusión de que la solución en el orden probatorio, siempre tenidas en cuenta las circunstancias del caso, es la misma, viene fuertemente acentuada por la doctrina científica que considera que un sistema culpabilista con inversión de la carga de la prueba está muy cercano a un régimen de responsabilidad objetiva, tan cercano que parte de esa doctrina predica su identidad en la práctica, aunque la formulación normativa parezca diferente.

Abundando en estas razones, se ha de decir que el fundamento y los fines predicables del instituto de la responsabilidad patrimonial llevan a subrayar que la Administración tiene que cooperar activamente y de buena fe en el esclarecimiento de los hechos. Se trata, en fin, de desplegar la actividad instructora necesaria para averiguar si el sustrato fáctico alegado por los interesados tiene un fundamento real y permite establecer el enlace causal entre el funcionamiento de dichos servicios y los daños cuya reparación pretenden.

Por ello se comprende que el principio *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* resulte modulado en determinados casos, siendo incuestionable que la Administración, obligada a servir a los intereses generales, tiene un deber de contribuir a la averiguación de la verdad material y no puede conformarse con alegar que no existen pruebas evidentes, o que concurre un estado de duda o indefinición

sobre una cuestión tan crucial como es el nexo causal en estos expedientes.

Desde otra óptica, y en especial en materia de responsabilidad patrimonial por actos médicos, es fundamental para el Consejo disponer de elementos de juicio que han de incidir en el sentido de sus dictámenes. Concretamente, son de gran relevancia los informes de profesionales que fundamenten las reclamaciones y, en este sentido, los derivados de las autopsias pueden ser esclarecedores para la formación de voluntad del órgano consultivo. No obstante, en algunos expedientes, iniciados a instancia del interesado, se alega *mala praxis* o incorrecta actuación sanitaria sin incorporar informes de profesionales que adveren las afirmaciones sobre estos extremos. Especialmente, merece señalarse que cuando los familiares niegan la práctica de la autopsia, en el caso de fallecimiento de un paciente, están privando al Consejo Consultivo de un informe que puede ser determinante para alcanzar la conclusión de apreciar o no la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En determinados procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cuando la parte reclamante no aporta informe pericial que respalde su tesis sobre la relación causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el fallecimiento, por mala praxis en la intervención y en el postoperatorio, la reclamación solo puede prosperar si la historia clínica y los informes obrantes en el expediente corroboran la versión de los interesados.

En efecto, aun siendo cierto que la Administración no puede ser un simple espectador y está obligada a procurar que la instrucción del procedimiento permita esclarecer lo sucedido, actuando de buena fe y de manera acorde con los principios de facilidad y disponibilidad probatoria (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ello no releva a los reclamantes de la carga probatoria que les corresponde, sobre todo cuando la historia clínica y los informes médicos no permiten establecer las conclusiones que se sientan en la reclamación de un modo apodíctico. En este caso, tales informes no solo no proporcionan elementos de juicio que fundamenten la responsabilidad patrimonial, sino que dan respuesta a las alegaciones esenciales de los interesados, negando que el fallecimiento acaeciera por mala praxis médica.

Por dicha razón, no puede acogerse la teoría del daño desproporcionado que invocan los reclamantes, como si su simple mención implicara una inversión de la carga de la prueba y la automática imputación de una conducta negligente a los profesionales médicos que participaron en la intervención quirúrgica y en el postoperatorio del paciente. No debe olvidarse en este punto que dicha teoría no exime de acreditar el carácter desproporcionado del daño y su relación causal con la intervención cuestionada, quedando neutralizada su virtualidad cuando la Administración sanitaria ofrece otra explicación sobre el mecanismo causal del daño,



subrayando que la actuación se adecuó a la sintomatología que en cada momento presentó el paciente y fue conforme con la *lex artis*, sin que el daño pudiera ser evitado pese a que se pusieron los medios personales y materiales requeridos por la gravedad de la patología.

En consecuencia con lo anterior, cuando la parte reclamante no aporta ningún informe de especialista que avale su tesis y, en este escenario, la cuestión de fondo solo puede dilucidarse a la luz de la historia clínica y de los informes del servicio, este Consejo Consultivo considera que no puede entenderse acreditada la relación causal entre la asistencia sanitaria y el fallecimiento del paciente.

### **c) Informe del servicio**

En no pocas ocasiones tal trámite ha sido realizado mediante informes emitidos de forma centralizada por un órgano encargado de tal misión. Este Consejo no se ha opuesto a tal proceder mientras estos informes han venido efectuando un pormenorizado análisis de la cuestión planteada, partiendo siempre de los datos suministrados por el propio servicio actuante y argumentando sus conclusiones con estudios y estadísticas. Ahora bien, tal trámite no puede entenderse correctamente cumplido cuando el informe de ese órgano se pronuncia en términos muy genéricos, descendiendo escasamente a los datos particulares del supuesto concreto. Entiende el Consejo que el informe que se emita debe recoger tales datos, pues solo así se cumple la finalidad perseguida por el artículo 81.1 de la Ley 39/2015, de ilustrar al órgano que ha de resolver la reclamación -y al órgano consultivo que tiene que emitir un dictamen preceptivo-, ofreciéndole la versión administrativa de los hechos consignados en la reclamación.

### **d) Tramitación simplificada**

Una de las modalidades de tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial es la simplificación administrativa regulada en el artículo 96 de la Ley 39/2015, cuyo presupuesto de partida es que sea “inequívoca” la relación de causalidad entre el daño y la actividad administrativa a la que se imputa aquél por lo que el diseño de esta modalidad simplificada del procedimiento ordinario de responsabilidad patrimonial no admite cualquier pronunciamiento respecto de la relación de causalidad sino que al exigir “inequívocidad” en cuanto a la relación de causalidad entre “el funcionamiento del servicio público y la lesión” parece referirse a la existencia de la misma, de tal modo que si lo que resulta claro es la inexistencia de esta relación causal entre el servicio y el daño alegado, no puede sino colegirse que falta el primero de los presupuestos para poder acordar continuar con el procedimiento en su modalidad de tramitación simplificada y, por tanto, éste debe seguir tramitándose en su modalidad ordinaria. No obstante, una vez realizado esto,

dado que el legislador no sanciona con grado alguno de invalidez la improcedente sustanciación del procedimiento por esta vía ni tampoco exige que para decidir la desestimación expresa de la pretensión resarcitoria haya que volver, nuevamente a la tramitación ordinaria -aunque también admite tal posibilidad (art. 96.1.2º de la Ley 39/2015)- no cabría por nuestra parte hacer advertencia en ese sentido. No debe olvidarse que la intención del legislador al prever el procedimiento simplificado es precisamente que la Administración dicte una rápida resolución del procedimiento, cuyo plazo fija la Ley en 30 días (art. 96.6 de la Ley 39/15). Si ha rebasado de forma excesiva e inadmisiblemente dicho plazo, ello viene a confirmar la ausencia de justificación de la Administración para tramitar la reclamación mediante la modalidad simplificada del procedimiento.

### **e) Responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones urbanísticas**

Si se aceptara que una nueva ordenación urbanística supone un daño antijurídico para el reclamante, se pondría en cuestión un principio fundamental asentado por el legislador en la materia, dando entrada a un entendimiento de la lesión indemnizable y de la individualización de los perjudicados, que pondría en duda las bases del sistema de responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico hasta el extremo de que el conjunto de ciudadanos y operadores económicos podrían reclamar por el ejercicio del *ius variandi* materializado en el nuevo PGOU de un municipio.

En este orden de ideas, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2011 recuerda que la naturaleza normativa del planeamiento y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público justifican plenamente el *ius variandi* que en este ámbito se reconoce a la Administración, y por ello, la revisión o modificación de un instrumento de planeamiento no puede, en principio, encontrar límite en la ordenación establecida en otro anterior de igual o inferior rango jerárquico. Este *ius variandi* reconocido a la Administración por la legislación urbanística -señala dicha sentencia- se justifica en las exigencias del interés público, actuando para ello discrecionalmente -no arbitrariamente- y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución. En esta dirección, la sentencia expresa que el éxito en la impugnación de disposiciones generales dictadas por la Administración pública en ejercicio de la potestad planificadora, no vinculada por ordenaciones anteriores que, aunque de vigencia indefinida, no son inalterables, exige una clara actividad probatoria que deje acreditado que al planificar se ha incurrido en error, o actuando al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad o la estabilidad o seguridad jurídica, o con desviación de poder o falta de motivación, al ser precisamente los planes los que configuran el derecho de propiedad sobre el suelo.





El propio legislador ha establecido una regulación específica al respecto, ya que el artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo dispone que “la ordenación territorial y la normativa urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción, que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general... Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos por las leyes. En su artículo 35.a) se establece que la modificación o revisión del planeamiento solo podrá dar lugar a indemnización por reducción de aprovechamiento si se produce antes de transcurrir los plazos previstos para su ejecución en el ámbito en el que a dichos efectos se encuentre incluido el terreno, o transcurridos aquéllos, si la ejecución no se hubiese llevado a efecto por causas imputables a la Administración”.

#### **f) Criterios para la determinación de indemnización por daño moral en infecciones intrahospitalarias de hepatitis C**

En relación con las bases que han de servir para la determinación de la indemnización, este Consejo Consultivo considera preciso establecer dos importantes puntualizaciones que deberían ser observadas por la resolución que ponga fin al procedimiento.

A) La primera de dichas puntualizaciones tiene que ver con los daños que en este momento pueden ser objeto de indemnización.

Sobre esta cuestión, tal y como se expone en el dictamen 110/2004, el Consejo Consultivo no puede compartir que las operaciones de cuantificación de la indemnización deban comprender también los daños hipotéticos que podrían devenir con la evolución desfavorable de la hepatitis C hasta alcanzar, en el peor de los estadios posibles, la cirrosis hepática o el cáncer de hígado, culminando con el fallecimiento del paciente.

Ciertamente, el análisis de la práctica observada en algunos supuestos de indemnización para casos similares permite deducir que las cuantías fijadas en ellos a favor de los afectados lo han sido en consideración a los perjuicios presentes y futuros que la enfermedad puede acarrear, dando por descontado no ya la necesidad de medicación y atención sanitaria frecuente o constante, el sometimiento a controles o revisiones periódicas, el deterioro progresivo de la salud y la incapacidad funcional aneja, sino incluso un final trágico, en atención al índice de cronicidad y a los porcentajes de mortalidad al cabo de un determinado período de tiempo (estadísticamente, como ya se anticipó, se afirma que del 1% al 20% de los pacientes con hepatitis C desarrolla cirrosis en un plazo aproximado de 20 años y anualmente en torno al 2% de los pacientes con cirrosis desarrolla hepatocarcinoma).

Del mismo modo que se concluyó en el dictamen 110/2004, el Consejo Consultivo considera que lo que procede indemnizar al interesado en este momento es el hecho mismo de haber sido infectado por el virus de la hepatitis C, comprendiendo el daño moral aparejado a la contracción de una enfermedad tan grave y limitativa, desde un principio, de las condiciones de la existencia -por la angustia vital y aflicción que genera el saberse sometido a un riesgo vital de esas características-, con involuntaria restricción y menoscabo forzado, por ende, de las relaciones personales, familiares y laborales, fundamentalmente motivado por el temor al contagio de otras personas. Asimismo, deben indemnizarse las consecuencias físicas y psíquicas que de ella derivan y resultan objetivadas en este momento, las cuales sí pueden y deben ser acreditadas por las evaluaciones médicas pertinentes.

Ahora bien, esta solución de indemnizabilidad del daño actual, real y conocido tiene como contrapartida lógica la admisión de la posibilidad de futuras reclamaciones en función de la evolución de la hepatitis C, lo cual viene demandado por la naturaleza misma del daño y enfermedad contraída. Así ha sido admitido por este Consejo Consultivo en diferentes supuestos que no permiten estimar agotadas las consecuencias dañosas generadas por la infección, porque éstas pueden manifestarse eventual y diferidamente a lo largo de un período de tiempo que igualmente se desconoce para el individuo que sufre la enfermedad, configurando unas secuelas no valoradas como daño en su momento. El propio baremo de indemnización es consciente de esta problemática, llegando a contemplar la posibilidad de modificación de la indemnización o renta vitalicia fijada “por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de las mismas o por la aparición de daños sobrevenidos”.

Tal y como se indica en el dictamen 110/2004, lo que carece de lógica es postular que solo es indemnizable el daño actualmente padecido y acordar una indemnización de cierre, incompatible con ulteriores reclamaciones ante daños no conocidos ni evaluados con anterioridad. Por el contrario, el Consejo Consultivo considera que, llegado el caso, el daño habría de ser evaluado, ajustando la indemnización al verdadero alcance de los perjuicios o lesiones resarcibles que se manifiesten, siendo ésta una solución positivamente acogida por la doctrina en el Derecho comparado, por ser la más acorde con los principios que sustentan la responsabilidad patrimonial de la Administración. De esta manera, se excluye también el pago anticipado de perjuicios hipotéticos, sobre la base de la figuración de padecimientos probables, en un delicado juego de representaciones y cursos causales hipotéticos que pueden llevar a dar por supuesta, indebidamente, una muerte cuando existe un porcentaje elevado de posibilidades de que no se produzca, bien por la falta de desarrollo de la



enfermedad cuyo virus ha sido accidentalmente inoculado, bien porque en el curso más desfavorable de ésta puedan intervenir nuevos factores, en un mundo en el que los avances científicos y los nuevos tratamientos médicos se suceden vertiginosamente.

B) La segunda puntualización se refiere a la indemnización por daño moral, y se realiza para descartar que en este punto pueda ser empleado el baremo aplicado por la Administración en otros casos, en la medida en que tal opción es inadmisibile en términos conceptuales y axiológicos, además de producir un resultado irrazonable, estando como está asociada a la solución que debe considerarse en relación con la valoración de los perjuicios físicos y psíquicos.

Sentado lo anterior, la dificultad estriba, como ya se anticipó, en la cuantificación de este daño moral, lo que requiere una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes y su comparación con supuestos similares, teniendo en cuenta además que la indemnización resultante para el conjunto de los perjuicios objeto de consideración podría sufrir variaciones en el futuro, si sobrevienen daños que hoy por hoy son hipotéticos y que solo acaecerán si la enfermedad avanza hacia fases más virulentas y de mayor afectación física y psíquica.

Las cuantías establecidas por los Tribunales Superiores de Justicia o por el Tribunal Supremo para casos similares son dispares y consisten en una cantidad a tanto alzado sin desglose mínimo y en contemplación de la totalidad de los daños alegados, los cuales se valoran atendiendo a las características de cada caso, apelando “al uso de la libertad estimativa que todo tribunal de justicia tiene para casos en los que no hay una norma legal que expresamente regule el supuesto o la que hubiere no puede ser directamente aplicada” (STS, de 30 de octubre de 2000) y reconociendo la dificultad de plasmar en expresión matemática la indemnización correspondiente a los daños causados.

El Consejo Consultivo considera que el daño moral debe ser resarcido de acuerdo con el buen juicio y con las percepciones sociales y antecedentes legales y jurisprudenciales, ponderando las circunstancias concurrentes y la limitación que en las condiciones normales de existencia y el ámbito de las relaciones personales produce la grave enfermedad contraída; cantidad en la que puede entenderse comprendida la partida por “perjuicio moral de familiares” y a la que deben sumarse las indemnizaciones por secuelas físicas y psíquicas actualmente padecidas.

### **g) Carácter preceptivo del dictamen del Consejo**

En los expedientes de responsabilidad patrimonial será preceptivo solicitar el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la

Comunidad Autónoma, cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81.2 de la Ley 39/2015.

En los expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración tramitados por la Comunidad Autónoma de Andalucía, el dictamen del Consejo resulta preceptivo en el supuesto de que la cuantía de la reclamación sea superior a 60.000 euros.

Respecto de las reclamaciones tramitadas por Administraciones públicas distintas a las de la Comunidad Autónoma el dictamen resulta preceptivo cuando la cuantía de la reclamación sea superior a 15.000 euros.

### **3.9.2. Responsabilidad patrimonial de las agencias públicas empresariales de la Junta de Andalucía**

El principio de responsabilidad de los poderes públicos, plasmado en el artículo 9.3 de la Constitución como una de las piezas básicas del Estado de Derecho, se concreta después en su artículo 106.2 con independencia de la tipología de los entes que tengan encomendada la gestión de los servicios públicos en cuyo seno se produce el daño. Este principio tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a exigir la responsabilidad [artículo 13.f) de la Ley 39/2015], y ha sido acogido en el artículo 3.1.f) de la Ley 40/2015.

Por consiguiente, cabe afirmar que la noción objetiva de servicio público ha sido erigida por la Constitución en la clave de bóveda del sistema de responsabilidad patrimonial. Otro tanto sucede con lo dispuesto en los artículos 47.4 y 123.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

A la conclusión anterior se llega, asimismo, con ayuda de la interpretación sistemática y finalista. Una y otra exigen combinar los preceptos ya señalados con los artículos 14 y 149.1.18.<sup>a</sup> del propio texto constitucional, de los que resulta que la atribución al Estado de la competencia para regular la responsabilidad de todas las Administraciones públicas está encaminada a preservar un tratamiento igual de los españoles, diseñando un sistema único de responsabilidad objetiva. Este mismo planteamiento aparece recogido, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1996 y 25 de febrero de 1998.

En suma, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen contra las agencias públicas empresariales de la Junta de Andalucía, deben examinarse a la luz del régimen sustantivo de responsabilidad patrimonial derivado del artículo 106.2 de



la Constitución, siendo aplicable el procedimiento establecido en la Ley 39/2015 y 40/2015.

### **3.9.3. Responsabilidad cuando en una prestación de servicio público intervienen varios entes instrumentales de la Administración o más de una consejería**

Más allá de la función de este Consejo Consultivo de dictaminar asuntos concretos en los que la consulta viene preceptivamente exigida, corresponde al mismo una función propedéutica que le permite cumplir un relevante papel en las propuestas de mejora de la actividad administrativa y de la normativa local y autonómica. Desde esta perspectiva fue formulado el artículo 2 del Reglamento del Consejo, referido a los casos en que la tarea dictaminadora permite apreciar deficiencias, lagunas, contradicción de normas con otras superiores o con principios de obligado acatamiento, oscuridad u obstáculos aplicativos, así como resultados desproporcionados en relación con la finalidad perseguida o reñidos con los principios constitucionales y estatutarios y con los derechos reconocidos a la persona. En tal caso, el Consejo elevará al órgano solicitante un memorándum dando cuenta de ello.

Sin perjuicio del instrumento antes referido, que permite suministrar conclusiones elevando el plano de análisis desde lo particular a lo general, el Consejo considera conveniente destacar la necesidad de que se adopten las medidas precisas para evitar que la multiplicación de entes instrumentales de la Administración obligue a los interesados a un peregrinaje tal que exigiría formular tantas reclamaciones como entes con personalidad jurídica hubieran intervenido para la prestación de un mismo servicio, circunstancia que con frecuencia se produce en el ámbito público sanitario, con el riesgo además de pronunciamientos contradictorios en supuestos donde no siempre es fácil delimitar responsabilidades.

En la lógica de los particulares reclamantes está la imputación de actuaciones que estiman lesivas al funcionamiento de la Administración sanitaria, con independencia de que las actuaciones hayan sido protagonizadas por varias entidades con personalidad jurídica. Pero no es de recibo exigir a los usuarios del servicio público sanitario el discernimiento sobre qué hechos podrían resultar más o menos relevantes desde el punto de vista de la causalidad, para atribuirlos separadamente a cada uno de los entes instrumentales intervinientes, en este caso, distinguiendo la atención prestada por la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias, por un lado, y de un centro de salud y un hospital, por otro. Insistimos en que el dato de la diferente personificación y la consiguiente presencia de diversos entes instrumentales no puede alzarse como obstáculo para dar respuesta a la pretensión indemnizatoria, teniendo en

cuenta que estamos ante un mismo servicio público encomendado a la Administración de la Junta de Andalucía, que actúa para el cumplimiento de sus fines como centro común de imputación, y en este sentido hay que entender que la personalidad jurídica única de dicha Administración, aunque se proclame ciertamente sin perjuicio de la que tengan atribuida las entidades instrumentales de ella dependientes (artículo 2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía) no puede operar como un obstáculo formal para que este tipo de reclamaciones sigan un mismo cauce y den lugar a una misma resolución, como así lo exige el sentido común, las exigencias de racionalidad y calidad en el funcionamiento de los servicios públicos y el derecho a la “buena administración” reconocido en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía y en la Ley 9/2007 [artículos 3.t) y 5], todo ello en congruencia con los principios comunes, constitucionales y legales, que rigen el funcionamiento de las Administraciones públicas (artículos 103 CE y 3.1. de la Ley 40/2015 ).

Desde esta perspectiva, los interesados tienen derecho a formular una única reclamación y a obtener una respuesta única, que en buena lógica debería ser proporcionada por la Administración matriz, superado el velo de la personalidad jurídica de cada una de las entidades intervinientes. Así lo hace notar este Consejo Consultivo desde la posición que ocupa en la nueva arquitectura institucional de la Comunidad Autónoma (artículo 129 del Estatuto de Autonomía) y el relevante papel que está llamado a jugar para el afianzamiento y efectividad de los derechos que otorga la Constitución, el propio Estatuto y las leyes que los desarrollan.

En consecuencia, se trata de dar respuesta a todas y cada una de las cuestiones planteadas, siendo inadmisibles el fraccionamiento de la reclamación y la multiplicación de procedimientos y resoluciones, con la trascendencia que ello tendría para la tutela de los derechos de los interesados.

Idéntica respuesta ha de darse ante reclamaciones por una misma causa presentadas en más de una consejería. Y es que la presentación de escritos de reclamación ante consejerías diferentes obedece a las dudas de los reclamantes sobre dónde y cómo formular su solicitud indemnizatoria, considerando la intervención de diversos servicios públicos, pero su pretensión no es otra que obtener una respuesta de la Administración de la Junta de Andalucía, que actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única, como dispone el artículo 2 de la Ley 9/2007.

De no ser así, la resolución no solo no decidiría todas las cuestiones planteadas por los interesados, como exige el artículo 88.1 de la Ley 39/2015, sino que se estaría asumiendo un planteamiento que, en supuestos complejos como el que nos ocupa, concebiría a la Administración de la Junta de Andalucía como una serie de compartimentos estancos y no como una única Administración organizada en



consejerías; planteamiento que obligaría a los ciudadanos a formular tantas reclamaciones como departamentos hubieren intervenido, efectuando un peregrinaje administrativo con el riesgo de pronunciamientos contradictorios. Esta observación es más pertinente aún en supuestos donde confluyen en un resultado diversos órganos competentes y la actividad dañosa se concibe por los reclamantes como un *continuum* protagonizado por diferentes servicios públicos que se interrelacionan y actúan coordinadamente.

*Mutatis mutandis*, pueden darse por reproducidas las consideraciones que se efectúan en el dictamen 248/2010, que aun partiendo de la intervención de diversas entidades con personalidad jurídica (si bien todas responsables de prestaciones reconducibles al servicio sanitario), destaca la necesidad de adoptar las medidas precisas para evitar dicho peregrinaje, de modo que este tipo de reclamaciones sigan un mismo cauce y den lugar a una misma resolución, como así lo exige el sentido común, las exigencias de racionalidad y calidad en el funcionamiento de los servicios públicos y el derecho a la “buena administración” reconocido en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía y en la Ley 9/2007 [artículos 3.t) y 5], todo ello en congruencia con los principios comunes, constitucionales y legales, que rigen el funcionamiento de las Administraciones públicas (artículos 103 CE y 3.1. de la Ley 40/2015).

En definitiva, se propugna una única respuesta a todas y cada una de las cuestiones planteadas, siendo inadmisibles el fraccionamiento de la reclamación y la multiplicación de procedimientos y resoluciones, con la trascendencia que ello tendría para la tutela de los derechos de los interesados.

#### **3.9.4. Responsabilidad del contratista**

Son numerosos los supuestos, sobre todo en la Administración Local, en que los daños por los que se reclama a la Administración han sido producidos por un contratista en el transcurso de la ejecución de un contrato, en los cuales no aparece adecuadamente resuelto este asunto. Por ello, se estima preciso recoger en la presente memoria la doctrina sentada al respecto por el Consejo.

En opinión de este Consejo Consultivo, existen pautas interpretativas y elementos normativos que permiten despejar algunas interrogantes planteadas sobre la responsabilidad patrimonial originada por el funcionamiento de los servicios públicos gestionados por contratistas o concesionarios.

Ante todo, en cuanto al régimen sustantivo de la responsabilidad patrimonial, éste no puede ser diferente al establecido en los artículos 32 y siguientes de la Ley

40/2015. Otra solución ignoraría el artículo 106.2 de la Constitución, verdadera clave de bóveda del sistema, que consagra el derecho de los particulares “a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

La utilización de fórmulas indirectas de gestión de los servicios públicos, no puede suponer en modo alguno, una disminución de las garantías del tercero lesionado por su funcionamiento. Este parecer, mantenido por este Órgano Consultivo en caso de daños causados por entes instrumentales creados por la propia Administración, ha de reiterarse tratándose de servicios concedidos o contratados. Y es que resultaría fuera de toda lógica pensar que el legislador haya querido remitir estos últimos al sistema de responsabilidad por culpa cuando el daño resulte imputable al contratista o concesionario, pues ello supondría ignorar la titularidad pública del servicio, la paridad de trato y la prohibición de discriminación, principios todos ellos defendidos por la jurisprudencia.

En efecto, la idea garantista que se acaba de exponer ha impregnado la doctrina jurisprudencial de las últimas décadas hasta el punto de forzar en ocasiones la responsabilidad directa de la Administración, bien ignorando el mecanismo de imputación del contratista, bien proclamando la regla de solidaridad entre una y otro no reconocida de forma expresa en el derecho positivo.

No obstante, sin violentar el régimen jurídico de la institución que se examina, el Consejo Consultivo comparte con el Tribunal Supremo que “cualquiera que sea la modalidad de la prestación, la posición del sujeto dañado no tiene por qué ser recortada en su esfera garantizadora frente a aquellas actuaciones de titularidad administrativa en función de cuál sea la forma en que son llevadas a cabo y sin perjuicio, naturalmente, de que el contratista y el concesionario puedan resultar también sujetos imputables” (sentencia de 25 de febrero de 1998).

En distinto plano, y en relación con las posibles lecturas del artículo 97, subrayando la unificación jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, el Consejo Consultivo ha venido sosteniendo que algunas de las posibles lecturas del artículo 97 del TRLCAP (recogido después en el artículo 198 de la LCSP, después en el artículo 214 del TRLCSP, y actualmente en el artículo 196 de la Ley 9/2017), postulan que en él se establece un nuevo régimen procesal de la responsabilidad patrimonial extracontractual de los contratistas, en cuya virtud, dependiendo de las circunstancias y del sujeto al que resulta imputable el daño, es posible que sean los tribunales del orden civil los que conozcan de la acción ejercitada por la víctima. Una conclusión de tal naturaleza, debe descartarse hoy a la luz de la unificación jurisdiccional llevada a cabo en este punto.





En efecto, el régimen jurídico procesal en la materia, aparentemente confuso desde la entrada en vigor de la Ley 13/1995, se vio necesariamente afectado por la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por la simultánea aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así, el artículo 9.4, párrafo segundo de la primera disposición, en la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, dice que la reforma establece que los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo “conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”. Por su parte, la Ley 29/1998, en su artículo 2.e), en la redacción dada por la disposición adicional decimocuarta de la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, dispone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con “la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.

La claridad y contundencia de dichos preceptos relevan de una mayor argumentación y permiten sostener que con ellos culmina la pretendida unificación jurisdiccional en este ámbito, cuya proyección no admite fisuras y alcanza sin duda a la responsabilidad por daños a terceros imputables a los contratistas y concesionarios de servicios públicos.

Sin perjuicio de lo anterior, dejamos señalado lo dispuesto en el artículo 32.9 de la Ley 40/2015.

Distinto de lo anterior es la determinación del sujeto imputable. En este punto, el operador jurídico debe estar al régimen jurídico *ad hoc* establecido para cada caso, es decir, bien el que conforman con carácter general los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 196 de la LCSP, bien el que para supuestos concretos lo modula, como sucede cuando la responsabilidad del contratista deriva de un contrato de elaboración de proyectos.

Ahora bien, es preciso advertir que no estamos ante una regulación exhaustiva de los títulos de imputación, que resultan más amplios que los contenidos en el tenor literal del artículo 196 de la LCSP. Así, tras sentar la regla-base de la responsabilidad del contratista por los daños que deriven directamente de su gestión, es decir, al margen del cumplimiento de órdenes inmediatas y directas de la Administración, hay

que admitir también que pueden existir casos en los que la Administración deba responder por causas ajenas a las órdenes dadas al contratista o a los vicios del proyecto. Por lo demás, no son infrecuentes los supuestos de **doble imputabilidad** por concurrencia de la Administración y el contratista en la producción del daño.

Por último, en cuanto concierne al alcance del pronunciamiento de la Administración y al procedimiento aplicable, el Consejo ha venido señalando que, la Administración no está legalmente compelida a pronunciarse solo y exclusivamente sobre el sujeto responsable, es ajustado a derecho resolver sobre todas las cuestiones que plantea la reclamación -que no requerimiento- del interesado, cuya decisión será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

### **3.9.5. Responsabilidad por anulación de actos administrativos en vía judicial**

En relación con el artículo 32.1. de la Ley 40/2015, el Consejo ha venido sosteniendo (dictámenes 358 y 235/2003, 43/2008 y 429/2009, y 31/2011, entre otros) que en la exégesis de esta norma ha prevalecido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la tesis que lleva a concluir que lo único que pretende el legislador es negar la existencia de una automática correspondencia entre anulación y responsabilidad, dejando a salvo la procedencia de ésta cuando el acto anulado hubiera ocasionado un daño efectivo. Desde esta óptica, este órgano consultivo ha entendido que se está ante un precepto didáctico, que no restringe ni amplía el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Mas no por ello debe perderse de vista su finalidad, la de advertir a quien tiene que dilucidar la procedencia de las reclamaciones de daños y perjuicios, que la causa para la estimación de éstas no está en el reproche que puedan merecer las irregularidades que dan lugar a la anulación del acto, sino en la efectiva producción de un daño antijurídico para el reclamante.

Esta línea interpretativa coincide con la mantenida por el Consejo de Estado, al señalar que el precepto “no pretende exonerar a la Administración de responsabilidad por las consecuencias lesivas derivadas de los actos anulados, sino que persigue tan solo el estricto rigor en la determinación y calificación de la lesión como indemnizable, en el bien entendido de que se halla vedada la pretensión de reducir los requisitos a la mera asociación entre un posible daño y la anulación del acto administrativo de la que se sigue o por la que se exterioriza” (dictamen 305/1992, entre otros). Se sostiene, en suma, que la anulación no se erige en título por sí suficiente, y sin más requisito de acreditación necesaria, para que surja el derecho a indemnización, ya que para declarar la responsabilidad patrimonial y el derecho del particular a percibir una indemnización, deben concurrir los presupuestos generales de aquélla (dictámenes 6494/1997, 331 y 2452/1998).



En efecto, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, conviene insistir en que “si bien la mera anulación de los actos y disposiciones de la Administración no da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios, sí existe este derecho a la indemnización cuando un acto de la Administración produjo unos perjuicios a los ciudadanos que no están obligados a soportar”. En definitiva, el fundamento de la responsabilidad patrimonial no radica en la ilegalidad de la actuación administrativa, sino en la antijuridicidad de los perjuicios que pudieran derivar de la misma, junto a la obligada relación de causalidad entre el daño producido y el acto que lo causa. Dicho en términos similares, no es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el aspecto objetivo que viene dado por la existencia de perjuicios que los ciudadanos no deban soportar (STS de 20 de febrero de 1989, entre otras).

De partida, este Consejo Consultivo debe advertir, como hace en su dictamen 31/2011, que es necesario huir de una confusión que a menudo se produce al considerar que ningún daño puede manifestarse cuando se trata del cumplimiento de una sentencia, siendo así que según el artículo 118 de la Constitución “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”. En este punto, el Tribunal Supremo hace notar que incurre en error craso y patente la Sala de instancia que confunde el deber jurídico de soportar las consecuencias de la anulación (derivado de la ejecución de la sentencia que la pronunció y del deber general de acatamiento de las sentencias y resoluciones firmes de los jueces y tribunales de conformidad con los artículos 118 de la CE y 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) con un supuesto deber de soportar los daños que pudieran proceder de una actuación administrativa jurisdiccionalmente declarada contraria a derecho y anulada (STS de 13 de octubre de 2001).

Naturalmente, como hace notar el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada, el título de imputación no será en estos casos la anulación jurisdiccional del acto administrativo, que los recurrentes tienen obligación jurídica de soportar como derivada de un pronunciamiento firme, sino la actuación administrativa irregular que nunca puede serles imputada y en la que no tuvieron parte eficiente.

### **3.10. Revisión de oficio**

#### **3.10.1. Sobre el órgano municipal competente**

La entrada en vigor de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, planteó la duda sobre qué órgano tenía la competencia para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio.

La cuestión fue abordada por este Consejo de la siguiente forma:

“La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, solo precisaba el órgano competente respecto de la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria (artículo 110.1), estableciendo al efecto que corresponde al Pleno de la corporación la declaración de nulidad de pleno derecho y la revisión de tales actos en los supuestos entonces previstos en los artículos 153 y 154 de la anterior Ley General Tributaria.

Bajo dicha situación caracterizada por la ausencia de una previsión concreta y específica sobre esta cuestión en el contexto del procedimiento administrativo común, el Consejo Consultivo ha venido manteniendo (dictamen 16/1998, entre otros) la competencia del Pleno cuando se trata de revisar acuerdos de las corporaciones locales, cualquiera que sea el órgano del que proceda el acto que se pretende revisar. Tal conclusión ha estado basada en la aplicación analógica de lo establecido en los artículos 22.2.j) de la Ley 7/1985, en la redacción anterior, y 50.17 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, puesto que de tales preceptos se desprendería la competencia ordinaria del Pleno para el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales.

Tal situación se ha visto modificada con la reforma introducida por la Ley 57/2003 particularmente en lo que concierne al régimen aplicable a los municipios de gran población. En efecto, tratándose de municipios a los que resulte de aplicación el nuevo título X de la Ley 7/1985 (los que cumplan los presupuestos del artículo 121) resulta que el Pleno ostenta facultades de revisión de oficio de sus propios actos y disposiciones de carácter general [artículo 123.1.l)], como también las tiene para el ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa jurídica del pleno en las materias de su competencia [artículo 123.1.m)].

Paralelamente, se atribuye al alcalde de estos municipios el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas en materia de su competencia y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del pleno, en este supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que celebre para su ratificación [artículo 124.4.l)]. Al mismo tiempo la Ley le otorga las facultades de revisión de oficio de sus propios actos [artículo 124.4.l)].

En cuanto a las atribuciones de la junta de gobierno local, el artículo 127 de la Ley le atribuye el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas en materia de su competencia, así como las facultades de revisión de oficio de sus propios actos [apartado 1, párrafos j) y k)].



Junto a los referidos cambios, que como queda dicho han sido introducidos para los municipios de gran población, la nueva redacción del artículo 21.1 de la Ley 7/1985 establece que corresponde al alcalde el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa del ayuntamiento en las materias de su competencia, incluso cuando las hubiere delegado en otro órgano, y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del pleno, en este supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que celebre para su ratificación [pfo. k)], al mismo tiempo que se le atribuye la iniciativa para proponer al pleno la declaración de lesividad en materias de la competencia de la Alcaldía [párrafo l)].

Por su parte el artículo 22.2 atribuye al pleno el ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa de la corporación en materias de competencia plenaria, así como la declaración de lesividad de los actos del ayuntamiento [párrafos j) y k)].

El mismo esquema se repite para las dos competencias referidas cuando se trata de delimitar las que ostenta el pleno de la Diputación Provincial [artículo 33.2, párrafos i) y j)] y el presidente de la misma [artículo 34.1, párrafos i) y j)].

A la luz de las reglas descritas cabe plantearse qué órgano resulta competente para iniciar y resolver los procedimientos de revisión de oficio en los municipios donde no resulte de aplicación el título X de la Ley 7/1985, partiendo de la base de que el argumento análogo basado en los artículos 21.1.K) y 22.2.j) de la citada Ley no es el que hoy puede propiciar la conclusión de que en todo caso corresponde al pleno dicha competencia.

No obstante lo anterior, existen tres sólidos argumentos que llevan a este Consejo Consultivo a afianzar la tesis que sostiene la competencia del pleno.

El primero y principal es que, por primera vez, el legislador de la Ley 57/2003 ha intervenido expresamente en el ámbito del procedimiento administrativo común para imponer una solución que se aparta del esquema hasta ahora seguido de residenciar en el pleno la competencia en cuestión, y lo ha hecho verdaderamente sobre un modelo nuevo basado en la competencia del pleno, alcalde y junta de gobierno local para la revisión de oficio de sus propios actos. Ahora bien, ese nuevo modelo ciñe expresamente el criterio adoptado a los municipios a los que resulte aplicable el título X de la Ley.

En cambio, ese mismo legislador, a pesar de dar nueva redacción a los artículos 21, 22, 33 y 34 de la Ley 7/1985, no ha querido alterar el esquema vigente para los restantes municipios ni el previsto para las diputaciones. Las circunstancias en que se desenvuelve la reforma y la finalidad pretendida por ella son elementos clave para interpretar el silencio que guarda el legislador con respecto a estas entidades locales,

teniendo en cuenta que lo lógico es pensar que si hubiera querido implantar el mismo criterio para todas ellas lo habría hecho expresamente.

No puede ignorarse que la reforma llevada a cabo por la ley de medidas para la modernización del gobierno local responde a la finalidad de eliminar el excesivo uniformismo en la regulación de la Administración local, de manera que el desdoblamiento que se aprecia en la cuestión analizada parece obedecer a las singularidades que presentan unos y otros municipios, que podría justificar, en función de la complejidad de sus estructuras político-administrativas, la asignación de la competencia examinada al mismo órgano que dictó el acto administrativo que se estima viciado de nulidad o, por el contrario, el mantenimiento de la susodicha competencia en el pleno de la corporación, con la distinta proyección que una y otra solución tienen desde la óptica de las finalidades que se tratan de cubrir con la institución de la revisión de oficio.

Ese significado que cabe extraer, como hipótesis más lógica, de la asignación expresa de la competencia en unos casos y del silencio que se guarda en los demás, cobra vigor cuando se percibe la subsistencia del criterio de revisión a cargo del pleno en relación con los actos tributarios (artículo 110.1 de la Ley 7/1985) y acaba imponiéndose con las mayores garantías cuando advertimos el régimen diseñado para la declaración de lesividad de los actos anulables, donde la competencia es del pleno [artículo 22.2.k)], correspondiendo la iniciativa al alcalde [artículo 21.1.l)]. En efecto, siendo ello así, la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho debe someterse al mismo régimen; de este modo se evita que se produzca una asimetría que resultaría inaceptable, pues llevaría a rodear de mayores garantías formales a la declaración de lesividad, cuando tal necesidad es mayor, a nivel de principio, en la revisión de oficio”.

### **3.10.2. Aplicación de los límites a la revisión de oficio**

Este Consejo Consultivo ha venido advirtiendo, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 17 de enero de 2006, entre otras) que el examen de la aplicación de los límites de la revisión de oficio exige una ponderación de los principios en juego, que ha de ser realizada caso por caso y a la vista del conjunto de las circunstancias concurrentes, sin que sea posible ofrecer soluciones apriorísticas.

Profundizando en esta cuestión, conviene señalar que dicha ponderación debería llevar a tomar en consideración conjuntamente -sin ánimo de exhaustividad- el tiempo transcurrido desde que se dictaron los actos controvertidos; la reacción de la Administración dentro de lo que en derecho comparado se conoce como “plazo



razonable”; la entidad de los vicios procedimentales detectados y su imputación, exclusiva o no, a la Administración; la actuación de los beneficiarios anterior y posterior a la concesión de la subvención y, en particular, el cumplimiento de los compromisos y obligaciones que han de estar en la base causal de toda subvención; así como el de las previsiones de justificación del empleo de los fondos recibidos en la finalidad prevista; el agotamiento o la pervivencia *pro futuro* de los efectos del acto; la debilidad o fortaleza de los elementos que en cada caso se aduzcan para justificar una determinada apariencia de legalidad de los actos incurso en nulidad; los efectos que puede acarrear la remoción de una actuación administrativa al cabo del tiempo, teniendo como punto de partida la excepcionalidad de la potestad de revisión de oficio, y dando entrada a la posible afectación de terceros de buena fe, al principio de proporcionalidad, y a todos cuantos otros factores puedan ayudar a encontrar el punto de equilibrio que el legislador ha pretendido plasmar en el artículo 110 de la Ley 39/2015 entre los principios de seguridad jurídica y el de legalidad.

### 3.10.3. Actos administrativos de naturaleza tributaria

**3.10.3.1. Revocación de actos tributarios.** Resulta conveniente realizar diversas consideraciones sobre la novedosa regulación de la revocación de actos tributarios en un contexto caracterizado por la paralela desaparición de la revisión de oficio por causa de anulabilidad cualificada, anteriormente prevista en el artículo 154 de la Ley General Tributaria de 1963.

Ante todo, hay que recordar que la falta de regulación de la revocación de los actos tributarios en la anterior Ley General Tributaria ha propiciado diversas posturas sobre su posible utilización en este ámbito por traslación de lo previsto con carácter general en el artículo 109 de la Ley 39/2015, que permite que los actos de gravamen o desfavorables puedan ser revocados en cualquier momento por la Administración, siempre que dicha revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las Leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

En teoría, el margen interpretativo que parecía ofrecer la referencia del artículo 159 de la Ley General Tributaria de 1963 a los “actos declarativos de derechos” y la existencia de algunas sentencias admitiendo la revocación para los actos de naturaleza tributaria podrían haber propiciado su uso frecuente en un campo material de actuación abonado para ello por la producción en masa de supuestos arquetípicos de actos desfavorables o de gravamen.

Sin embargo, en la práctica de esta vía de revisión ha prevalecido la prudencia, y el especial valor concedido al silencio del legislador en una materia especialmente

sensible por los valores constitucionales que se estiman comprometidos y sobre la que ha planeado un determinado entendimiento de la especialidad regulativa que pretendió marcar la disposición adicional 5.<sup>a</sup> de la Ley 30/1992, apartado segundo, precisamente referida a la revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria, actualmente disposición adicional 1.<sup>a</sup>, apartados a) y c) de la Ley 39/2015.

Lo anterior explica que la revocación de actos tributarios haya resultado prácticamente inédita, frente a la operatividad de la revisión por causa de nulidad (artículo 153 de la LGT de 1963) y anulabilidad cualificada (artículo 154 de la citada Ley), no solo con respecto a los actos declarativos de derechos, sino también como cauce para expulsar del ordenamiento jurídico actos de gravamen en los que concurran los vicios de invalidez en ellos previstos.

La lectura de la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía indica que en los expedientes sometidos a dictamen han sido minoritarios los supuestos de revisión de oficio cuyo objeto es la declaración de nulidad o anulación de actos “declarativos de derechos” (por ejemplo: concesión de una exención, bonificación, reducción, aplazamiento o fraccionamiento, etc., caracterizados por su contenido favorable al interesado).

La Ley 58/2003 ha insertado, entre los procedimientos especiales de revisión, la regulación de la revocación. Esta novedad destaca en su exposición de motivos como parte de la aproximación a la Ley 30/1992, que se llevó a cabo con la inclusión de causas de nulidad de pleno derecho hasta ahora no previstas en el artículo 153 de la anterior ley, como con la desaparición del procedimiento previsto en ésta para la revisión de actos de gestión anulables por infracción manifiesta de ley o por descubrimiento de elementos del hecho imponible ignorados por la Administración (art. 154 de la citada Ley), lo que se hace con una terminología no del todo apropiada, al referirse al procedimiento de revocación para revisar actos en beneficio de los interesados.

En efecto, al precisar las clases de procedimientos especiales de revisión, el artículo 216 de la Ley General Tributaria incluye en su párrafo c) el de revocación, el cual es objeto de desarrollo, en los términos que después se dirán, en el artículo 219. En este nuevo contexto y a la luz de los principios que inspiran las disposiciones transitorias de la Ley (particularmente la tercera y quinta), cabe deducir que no se impide la posibilidad misma de extender la aplicación de esta regulación a los actos tributarios anteriores a la vigencia de la Ley, debiendo significarse que el procedimiento ha sido iniciado después de la entrada en vigor de la Ley 58/2003, en la que se vienen a concretar los presupuestos y límites de la revocación de sanciones y actos aplicativos de tributos.





Hay que precisar que la regulación de la revocación de actos tributarios no responde a la distinción clásica objeto de estudio en la teoría general del derecho administrativo, en la que se suele diferenciar entre la revisión de oficio por motivos de legalidad y la revocación de actos administrativos por motivos de oportunidad. En nuestro caso se trata, como se expondrá a continuación, de una revocación relacionada con una infracción normativa cualificada, lo que la acerca, en este extremo, a la anterior revisión de oficio por causa de “anulabilidad cualificada” del artículo 154 de la Ley General Tributaria de 1963.

La preocupación exteriorizada durante la tramitación de la Ley por algunos grupos parlamentarios en cuanto a los perniciosos efectos que podrían derivar de la indefinición de la regulación propuesta en el Proyecto de Ley General Tributaria, ya puesta de manifiesto con anterioridad por el Consejo de Estado al dictaminar el anteproyecto, llevó a la aceptación de algunas enmiendas propuestas en pos de la formulación de presupuestos y límites tendentes a evitar un posible uso indiscriminado y arbitrario de la revocación, con quiebra del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de conformidad con los principios del sistema tributario establecidos en el artículo 31.1 de la Constitución.

Concretamente, el artículo 219 de la vigente Ley General Tributaria, bajo la rúbrica revocación de los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones, atribuye a la Administración tributaria la potestad “para revocar sus actos en beneficio de los interesados” cuando concurra alguno de los siguientes presupuestos:

- El acto objeto de revisión infringe manifiestamente la ley.
- Han acaecido circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular y ponen de manifiesto la improcedencia del acto dictado.
- Se ha producido indefensión a los interesados en la tramitación del procedimiento.

Junto a la exigencia de dichos presupuestos, el mismo apartado 1 del artículo 219 añade una cautela fundamental, presente en el artículo 109 de la Ley 39/2015 cuando precisa que “la revocación no podrá constituir, en ningún caso, dispensa o exención no permitida por las normas tributarias, ni ser contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”.

En relación con lo que se acaba de exponer, debe recordarse que el artículo 7 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, al regular los límites a que están sujetos los derechos de la Hacienda Pública estatal, dispone en su apartado 2

que no se concederán exenciones, condonaciones, rebajas ni moratorias en el pago de los derechos a la Hacienda Pública estatal, sino en los casos y formas que determinen las leyes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16 de la propia Ley (anulación y baja de derechos de escasa cuantía), como tampoco se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en Pleno (apartado 3).

En el mismo sentido, el artículo 21 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, dispone:

2. “Tampoco se concederán exenciones, perdones, rebajas ni moratorias en el pago de los derechos a la Hacienda de la Comunidad Autónoma salvo en los casos que determinen expresamente las Leyes”.

3. “No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Gobierno”.

Asimismo, desde el punto de vista temporal, la revocación solo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción (apartado 2).

En cuanto se refiere a los requisitos adjetivos de la revocación, la norma establece que el procedimiento de revocación se iniciará siempre de oficio, y será competente para declararla el órgano que se determine reglamentariamente, que deberá ser distinto del órgano que dictó el acto (apartado 3). Tal prevención permite afirmar que no existe una acción de revocación propiamente dicha, lo cual no excluye naturalmente que los interesados puedan solicitar del órgano competente que actúe de oficio, poniéndole de manifiesto la concurrencia de los requisitos previstos por la norma.

El mismo apartado anterior establece la obligatoriedad de audiencia a los interesados y el carácter preceptivo de un informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico sobre la procedencia de la revocación del acto. El legislador andaluz ha considerado procedente, además, la intervención preceptiva de este Consejo Consultivo cuando se trate de un acto de cuantía superior a 30.000 euros.

En cuanto al plazo máximo para notificar resolución expresa, el artículo 219, apartado 4, dispone que será de seis meses desde la notificación del acuerdo de



iniciación del procedimiento. Transcurrido el plazo establecido sin que se hubiera notificado resolución expresa se producirá la caducidad del procedimiento.

Para el cómputo del plazo de resolución y notificación habrá de tenerse en cuenta la remisión al apartado 2 del artículo 104 de la propia Ley, contenida en el artículo 214.3, de la que resulta que “a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente acreditar que se ha realizado un intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución”, sin que se computen en dicho plazo los períodos de interrupción justificada que se especifiquen reglamentariamente y las dilaciones que no hayan sido causadas por la Administración.

Termina el artículo 219 precisando que las resoluciones que se dicten en este procedimiento de revocación ponen fin a la vía administrativa (apartado 5).

A todo lo expuesto deben sumarse varias consideraciones más, de las cuales la primera se refiere a la necesidad de observar las disposiciones comunes previstas para los procedimientos de revisión en vía administrativa, en las que se contienen límites generales a las facultades de revisión cuando se trata de resoluciones firmes de los órganos económico-administrativos o de actos sobre los que ha recaído resolución económico-administrativa, salvo en determinados casos (artículo 213, apartado 2) o bien de actos confirmados por sentencia judicial firme (artículo 213, apartado 3); la remisión a las normas sobre capacidad y representación establecidas en la sección 4ª del capítulo II del título II y a las normas sobre prueba y notificaciones establecidas en las secciones 2ª y 3ª del capítulo II del título III de la propia Ley General Tributaria (artículo 214.1) y la indicación de un deber general de motivación de determinadas resoluciones con sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho, que se concreta específicamente para determinados actos (artículo 215).

La segunda tiene como finalidad destacar que la regulación analizada no puede considerarse completamente acabada y debe ser integrada, en su caso, con la normativa prevista para la revisión de oficio en la Ley 39/2015. En este sentido, no cabe duda de que hemos de considerar los límites a la revisión contenidos en el artículo 110 de la Ley 39/2015, a cuyo tenor: “Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

Del mismo modo, hay que hacer notar que la inserción de la revocación en el sistema general de revisión de los actos tributarios y su adecuada articulación con el régimen de reclamaciones y recursos obliga a considerarla como una vía especial de

operatividad limitada, que debe ser aplicada con pautas hermenéuticas prudentes y suficientemente aquilatadas, como denotan las prevenciones adoptadas por el legislador, partiendo de la presunción de validez de los actos administrativos [artículo 39 de la Ley 39/2015 (artículo 57.1 de la Ley 30/1992)] y del principio *venire contra factum proprium non valet*, que no admite otras excepciones que las expresamente consignadas en la Ley.

En cuanto a sus resultados -una vez que ha restringido la legitimación para promoverla únicamente a la Administración-, debe evitarse la quiebra del principio de igualdad, de modo que sean proyectados sobre supuestos idénticos, a cuyo fin es importante que sean objeto de publicidad, utilizando para ello los medios que se estimen más adecuados, particularmente los que hoy permiten las nuevas tecnologías y el uso de internet.

**3.10.3.2. Notificación de actos tributarios.** Es doctrina reiterada por este Consejo Consultivo que la notificación persigue la comunicación del acto administrativo al interesado y debe respetar las exigencias formales establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, porque supone una garantía para los obligados tributarios, al permitirles conocer el contenido del acto notificado y los deberes y derechos que de él se desprenden, y reaccionar en consecuencia, utilizando, en su caso, los medios de impugnación pertinentes. La eficacia del acto queda condicionada a su notificación, que no es un requisito de validez, de manera que solo desde su práctica queda fijado el *dies a quo* para el cómputo de los plazos de ingreso y de impugnación.

Bajo las premisas indicadas, este Consejo Consultivo ha venido destacando que la consideración de la correcta práctica de la notificación, desde el punto de vista de las garantías de los interesados y de la propia Administración, ha de conducir al cumplimiento riguroso de las exigencias previstas para su práctica, verificando el cumplimiento de los requisitos formales, pues, en caso contrario, nos encontramos con una notificación defectuosa, que, en principio, no ha de surtir efectos, mientras no se convalide (artículo 40 de la Ley 39/2015).

En congruencia con este planteamiento, las notificaciones defectuosas no vician de invalidez el acto objeto de notificación. Cuestión diferente es -como viene señalando este Consejo Consultivo- que la invalidez pueda ser predicable del propio acto de notificación, de modo que el interesado conserva abiertas las vías de impugnación cuando aquélla no se hubiere producido en modo alguno o se hubiese realizado de modo tan irregular que sea prácticamente inexistente. Si llegaran a concurrir tales circunstancias, la solución que se impone es la retroacción de actuaciones al momento en que hubo de producirse dicha notificación.



Este órgano consultivo ha considerado que la nulidad solo puede apreciarse en el supuesto excepcional de que los vicios que afectaran a la notificación o la inexistencia de ésta dieran lugar a la continuación del procedimiento con desviaciones sustanciales y omisión de trámites esenciales, como consecuencia de la lesión del principio de contradicción, es decir, por la incidencia sobre ulteriores actos administrativos. Se acentúa así la relevancia de la comunicación a los interesados, como instrumento que permite la defensa de sus derechos y la contradicción en el procedimiento.

El Consejo Consultivo es consciente de que la propia sentencia 113/2006 del Tribunal Constitucional subraya que la notificación de actos tributarios de valoración y liquidación “tiene una clara dimensión constitucional, dado que determina el inicio de los plazos para su impugnación”. También es importante destacar que el Tribunal Constitucional ha considerado que la doctrina que sintetiza en su sentencia 113/2006 sobre las exigencias de los emplazamientos en los procesos judiciales, puede ser de aplicación también a las notificaciones administrativas, conforme se señala en la STC 291/2000, de 30 de noviembre. De esta manera, precisa el Tribunal Constitucional que la indefensión originada en vía administrativa tiene relevancia constitucional “cuando la causa que la provoque impida u obstaculice que el obligado tributario pueda impetrar la tutela judicial contra el acto administrativo en cuestión, eliminándole la posibilidad de utilizar los medios de impugnación que el ordenamiento tributario dispone específicamente contra los diferentes actos dictados en cada procedimiento” (en sentido parecido, STC 291/2000, de 30 de noviembre, FJ 4).

**3.10.3.3. Aplicación de bonificación a explotación agrícola prioritaria en el impuesto de transmisiones patrimoniales.** En estos casos, este Consejo Consultivo advierte que la normativa tributaria está necesitada de precisión, pues la aplicación del beneficio fiscal está condicionada a la presentación de una certificación que puede demorarse con respecto al momento de devengo del impuesto y que exige la coordinación entre los distintos órganos intervinientes, todos de la misma Administración, ya sean pertenecientes a la consejería competente en materia de agricultura, ya a la competente en materia de tributos cedidos. El propio legislador debería haber previsto expresamente mecanismos bien conocidos en este ámbito tributario, como la aplicación provisional del beneficio fiscal a reserva de su definitiva efectividad, dependiendo del ulterior cumplimiento de la calificación ya referida, la suspensión de la acción de liquidación o la exigibilidad de la liquidación mientras recae resolución en el procedimiento de calificación. Por eso, al igual que se afirmó en el dictamen 593/2011, es comprensible que los contribuyentes entiendan que no existe la debida coordinación entre órganos que al fin y al cabo forman parte de una Administración única.

### 3.10.4. Naturaleza normativa de los estudios de detalle

El estudio de detalle tiene naturaleza de norma reglamentaria, tal y como ha subrayado este Consejo Consultivo en numerosos dictámenes (779/2012, 766/2014, 309/2015, 517/2018 y 419/2018, entre otros). Efectivamente, en ellos hemos destacado que el estudio de detalle goza de naturaleza normativa. Nuestra doctrina concuerda con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que subraya, asimismo, que los estudios de detalle participan de la naturaleza de las disposiciones de carácter general (STS de 26 de junio de 2004, entre otras), aunque sean un instrumento menor de planeamiento. Se trata de una figura complementaria del planeamiento, del que constituyen su último eslabón (STS de 13 de noviembre de 2009).

Por definición, los estudios de detalle tienen un objeto limitado y están supeditados al planeamiento general. En su condición de norma jurídica están sometidos al principio de jerarquía normativa. En este sentido, damos por reproducido lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LISTA) que acota el contenido de los estudios de detalle, disponiendo que tienen por objeto completar o adaptar algunas determinaciones del planeamiento en áreas de suelos urbanos de ámbito reducido. Partiendo de este planteamiento, el referido artículo precisa las determinaciones que pueden contener los estudios de detalle y las que les están vedadas. Lo explica sintéticamente la STS de 13 de noviembre de 2009 antes referida, al señalar que: «Atendida su naturaleza, la posición que ocupan en el planeamiento, y la finalidad que están llamados a cumplir, los estudios de detalle no pueden corregir ni modificar el planeamiento al que completan, ni innovar respecto de aumentos de volúmenes, alturas o índices de ocupación del suelo, incrementar densidades o alterar los usos preestablecidos, como se encarga de señalar el artículo 65 del Reglamento de Planeamiento... Quedando, pues, extramuros de esta figura de planeamiento las determinaciones propiamente sustantivas, porque ni pueden suplantar a los Planes Generales, ni ocasionar perjuicio alguno por alterar las condiciones de ordenación.»

La naturaleza normativa de los estudios de detalle explica que su régimen de invalidez se someta a lo dispuesto en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015. Esa misma naturaleza determina que les resulte de aplicación el régimen de recursos frente a las disposiciones de carácter general, de manera que no cabe recurso en vía administrativa contra los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.3 de la Ley 39/2015. Del mismo modo, la referida naturaleza de los estudios de detalle justifica la aplicación del régimen de revisión de oficio previsto en el artículo 106.2 de la Ley 39/2015, en el que únicamente se contempla la revisión de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2 y siempre



de oficio y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere.

La STS de 27 de mayo de 2020 subraya que la jurisprudencia de la Sala Tercera de dicho Tribunal ha declarado de manera reiterada que el grado de ineficacia de los reglamentos es el de la nulidad absoluta o de pleno derecho (no es el de la anulabilidad). En esta línea se citan las SSTs de 7 de febrero de 1987, 17 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989, 6 de noviembre de 1990, y 22 de mayo de 1991), y ello, aunque se trate de defectos de forma, de modo que no se puede subsanar, enmendar o convalidar el Plan nulo (STS de 28 de septiembre de 2012).

La misma STS de 27 de mayo de 2020 formula los razonamientos que reproducimos a continuación por su interés para la fundamentación jurídica que debe servir de base a la resolución que se dicte en el procedimiento de revisión de oficio:

«[...] No se puede eludir esa circunstancia con el argumento de que se trate de un problema meramente formal, porque no es baladí, también apegándonos a las circunstancias del caso, ya que lo que subyace en el trámite omitido es nada menos que la eventual afectación del planeamiento sobre el dominio público marítimo terrestre [...]

»Y en lo que ahora interesa, es necesario recordar que en nuestro Derecho Administrativo hay dos tipos de actividades que habilitan el ejercicio de las potestades que el legislador confiere a las Administraciones Públicas... a saber, las disposiciones generales y la actuación administrativa, superada ya la idea integradora del acto administrativo. Esas categorías se contemplan de manera alternativa y excluyente, no caben categorías intermedias [...]

»Pero una vez determinada la verdadera naturaleza jurídica, no cabe hacer una integración de una a otra o aplicar criterios de una a otra, a salvo de las autorizaciones que la norma concreta autorice. Conforme a lo expuesto, debemos señalar que, si hemos concluido que los planes de urbanismo son reglamentos, y es ese axioma incuestionable [...], a su régimen jurídico hemos de estar y no someterlo, por sus peculiaridades, a un régimen que tome normas del régimen de la actividad administrativa más allá de lo que el propio legislador autorice... Y en este orden de cosas hemos de hacer referencia al argumento que a veces se utiliza de que para evitar la situación que genera la anulación de los planes..., normalmente por vicios en la elaboración del mismo, se pretenda distinguir entre el Plan, como instrumento de ordenación, y la resolución administrativa de las Administraciones competentes que lo aprueban... Es esa una distinción ficticia que no puede someterse al rigor de la institución reglamentaria. Es cierto que el Plan es algo ajeno, en principio, a la resolución administrativa que la aprueba, pero el Plan por sí solo no tiene eficacia

alguna; si tiene la eficacia de norma lo es porque la Administración titular de la potestad reglamentaria, no es que se limite meramente a su publicación, sino que lo hace suyo, le da ese rango de norma jurídica. Es decir, no es algo que le sea ajeno a la Administración que lo aprueba y al acto en que lo aprueba, sino que lo asume como propio y promulga como norma, le da la naturaleza de norma jurídica integradora del ordenamiento jurídico que debe ser observada tanto por las Administraciones, que les vincula, pero sobre todo por los ciudadanos que en su existencia ven garantizados sus derechos y obligaciones.

»Menos aún puede establecerse esa distinción sobre la base de hacer una no menor ficticia distinción entre normas, aplicables a los reglamentos, de procedimiento y competencia, y normas de carácter sustantivo; para justificar que en el primer supuesto procedería la mera anulabilidad y en el segundo la nulidad de pleno derecho. Se pretende fundar ese criterio en que la nulidad se vincula a la ley, en sentido formal, en tanto que el procedimiento pudiera no tener ese rango normativo ni esa relevancia a los efectos de la eficacia del reglamento. Para rechazar ese alegato basta con acudir a la letra del actual artículo 47.2º de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que, siguiendo la tradición de los preceptos que le precedieron, al referirse a la nulidad de los reglamentos, no solo hace referencia a la ley, cuya vulneración vicia de nulidad el reglamento, sino también a “otras disposiciones administrativas de rango superior”... los vicios de procedimiento no dejan de influir en la eficacia de los reglamentos, pero ello será en cuanto esos vicios, no es que anulen el procedimiento como una declaración adelantada a la aprobación del mismo, sino que los vicios del procedimiento en la aprobación hacen perder eficacia al propio reglamento y precisamente, en este supuesto, con el grado de ineficacia que comporta la nulidad de pleno derecho. Lo que se quiere decir es que cuando el artículo 47.2º de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como sus predecesores, declara que son nulas las disposiciones generales cuando vulneren las leyes o cualquier otra norma de rango superior, también lo es cuando se vulneren las normas del procedimiento que se imponen en esa ellas; que tienen la misma eficacia, a esos efectos, que cualquiera otra norma sobre las especificaciones que contiene el precepto. No puede considerarse por ejemplo, que una norma, legal o reglamentaria de rango superior, que determine la competencia para la aprobación del reglamento tenga una incidencia especial, de menor intensidad a los efectos de su ineficacia. Tan nulo es el reglamento que vulnera la Constitución como el que vulnera una exigencia del procedimiento, por más que en su justificación no pueda dejarse de constatar la fuerza que entraña la vulneración de la Ley Fundamental de nuestro Derecho.»

Por otro lado, la naturaleza a la que nos venimos refiriendo marca su procedimiento de elaboración. Así, de conformidad con lo previsto en el artículo 73 de la LISTA (en el que se regula la tramitación de los instrumentos de planeamiento),





el iter del estudio de detalle es el siguiente: aprobación inicial por el alcalde [art. 21.1.) de la Ley 7/1985]; sometimiento a información pública, como mínimo, por un periodo de 20 días; requerimiento de informes por parte de órganos y entidades administrativas gestores de intereses públicos afectados, previstos legalmente como preceptivos; finalmente, aprobación definitiva por el Pleno de la entidad local [art. 22.2.c) de la Ley 7/1985].

### C. CONSULTAS FACULTATIVAS

El artículo 17 de la Ley del Consejo regula exhaustivamente las materias que preceptivamente han de ser sometidas al dictamen del superior órgano consultivo de la Comunidad Autónoma. No obstante, la enumeración contenida en el citado precepto no agota las posibilidades de que el Consultivo se pronuncie sobre otras cuestiones cuando se den los requisitos necesarios para ello.

En efecto, los artículos 4 y 18 de la Ley del Consejo, prevén la posibilidad de consultas facultativas en supuestos no contemplados en el artículo 17, “que por su especial trascendencia o repercusión lo requieran”. Tal posibilidad se desarrolla en el artículo 8.2 del Reglamento Orgánico del Consejo, que exige que la trascendencia o repercusión del asunto objeto de consulta sean debidamente fundamentados en la petición, al mismo tiempo que establece una limitación subjetiva al concretar que no podrán ser formuladas al Consejo consultas facultativas por aquellas entidades y organismos a los que la Ley de creación del mismo solo reconoce la facultad de consultar en los casos previstos por las leyes.

Del examen de la normativa reguladora se infiere, pues, que han de concurrir, para que la consulta supere el trámite de admisibilidad, requisitos objetivos y subjetivos.

Los **requisitos objetivos** vienen determinados por la trascendencia de la consulta, considerando no solo los intereses públicos que se ven concernidos y la afectación de elementos competenciales de la administración consultante, sino también la proyección que el dictamen pueda tener sobre situaciones similares y la repercusión para los ciudadanos que podrían verse afectados por las soluciones que finalmente se adopten.

Así pues, no puede prosperar una consulta amparada en el artículo 18, cuando las administraciones plantean cuestiones referidas a temas concretos sobre los que su legislación específica les atribuye competencia, suficiente capacidad de gestión y estructura jurídica propia para responder y garantizar, a través del ordenamiento jurídico general, una adecuada respuesta.

En este sentido, es reiterada la doctrina del Consejo, iniciada en el dictamen 15/1995 y recogida en su Reglamento Orgánico (artículo 8), que requiere que la generalidad, trascendencia o repercusión del asunto ha de quedar debidamente fundamentada y motivada en la petición, sin que sea suficiente, para que la misma sea admitida, la mera invocación al artículo 18 de la Ley. Con ello, queda excluida una ilimitada facultad de consultar en cualquier asunto y por todo órgano o entidad.

En cuanto a los **requisitos subjetivos** necesarios para que la consulta pueda prosperar, ésta ha de ser formulada por los órganos a los que el artículo 22 de la Ley atribuye la legitimación, si bien hay que precisar que las entidades y organismos a los que la Ley del Consejo Consultivo solo reconoce la facultad de consultar en los casos previstos en las leyes, les está vedada la posibilidad de formular consultas facultativas (artículo 8 del Reglamento del Consejo).

Con respecto a la posibilidad de que quienes ostentan la representación de instituciones o corporaciones de derecho privado no integradas en la Junta de Andalucía, puedan solicitar dictamen facultativo, la ponencia de régimen interior del Consejo, en sesión de 25 de enero de 2006, acordó que salvo que la ley sectorial por la que se rigen expresamente así lo determine, quienes ostenten su representación no tienen habilitación para ello. Únicamente cuando el titular de la consejería, a través de la cual se relacionan con la Administración de la Junta, asuma como propia la consulta y, en tal sentido, la haga llegar al Consejo, éste debe dictaminar.

Finalmente, como **requisito procedimental**, el artículo 63.2 del Reglamento del Consejo exige, junto a la especial trascendencia o repercusión del asunto, que deberán concretarse con precisión los términos de la consulta.



**ANEXO**



# ANEXO

## DICTÁMENES QUE CONFORMAN DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO

1. Consulta facultativa
2. Revisión de oficio
3. Revocación
4. Recurso de revisión
5. Responsabilidad patrimonial





## ANEXO

### DICTÁMENES QUE CONFORMAN DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO

#### 1. CONSULTA FACULTATIVA

**1.1. Dictamen 345/22, de 12 de mayo, sobre la consulta facultativa formulada por el Ayuntamiento de Palma del Río (Córdoba) en relación con la posibilidad de que un concejal no adscrito a un grupo político pueda formar parte de los organismos autónomos del Gobierno.**

*Este Consejo Consultivo, tras analizar la consulta planteada, concluye que los concejales no adscritos no tienen derecho a formar parte, con voz y voto, de los órganos rectores de los organismos autónomos locales al no integrarse este derecho en el núcleo de la función representativa amparada por el artículo 23.2 de la Constitución Española.*

*Ponencia: Consejero, Ángel Rodríguez-Vergara Díaz  
Letrado, José Luis Martín Moreno*

La Sra. alcaldesa-presidenta del Ayuntamiento de Palma del Río (Córdoba) solicita dictamen facultativo sobre si es posible que un concejal no adscrito a un grupo político pueda formar parte (con voz y con voto) de los órganos de gobierno de los organismos autónomos del Ayuntamiento, y, en caso positivo, si se pueden modificar los estatutos de los organismos autónomos del Ayuntamiento así como del reglamento orgánico del mismo para regular la figura del concejal no adscrito.

#### II

El dictamen solicitado debe partir de las consideraciones que hemos formulado en los dictámenes 593/2009 y 510/2020, destacando que nuestro pronunciamiento cobra sentido en el ejercicio de la función de este Consejo Consultivo de velar por la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía para Andalucía y el resto del ordenamiento jurídico, sin entrar a conocer los aspectos de oportunidad y

conveniencia, salvo en los supuestos en los que le sea solicitado expresamente este tipo de pronunciamiento. Dicha función es inherente también al objeto de las consultas facultativas y la respuesta que el Consejo Consultivo ofrece que, aunque no resulte vinculante, es apreciada por la autonomía con la que el órgano ejerce su función para garantizar su objetividad e independencia, en este caso actuando como supremo órgano de asesoramiento de las entidades locales, tal y como proclama el artículo 129.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aunque lo sea bajo el estricto presupuesto legal que condiciona la admisión de este tipo de consultas.

Antes de dar respuesta a las cuestiones planteadas, volvemos a remitirnos a lo expuesto en los dictámenes 40/2002, 331/2002, 593/2009 y 81/2018, y sobre todo a las consideraciones particulares que formulamos en los dictámenes 593/2009 (considerado en la doctrina como dictamen de referencia) y 510/2020, en los que se aborda el régimen jurídico de los concejales no adscritos y se alude a las distintas posibilidades de regulación con que cuentan las entidades locales, siempre que se ajusten a la normativa básica y a la legislación autonómica.

Sin perjuicio de lo anterior, y de la mención a las novedades jurisprudenciales en la materia, reiteramos la síntesis de la jurisprudencia constitucional que comienza con la STC 5/1983, de 21 de febrero, destacando la doctrina clásica de la relación binomial de la representación política (representante-representado) plasmada en nuestra Constitución. En este sentido, en el dictamen 593/2009 señalamos que la jurisprudencia constitucional subraya la consideración del mandato de los cargos representativos como libre e irrevocable y la interpretación del artículo 23.2 de la Constitución como creador de una vinculación inmediata entre electores y elegidos que no puede ser condicionada en sus elementos esenciales por la mediación de los partidos políticos. Este planteamiento, lleva al Tribunal Constitucional a afirmar que «es evidente que la Constitución Española protege a los representantes que optan por abandonar un determinado grupo político y que de dicho abandono no puede en forma alguna derivarse la pérdida del mandato representativo» (sentencia 185/1993, de 31 mayo, FJ 5, que a su vez se remite a las SSTC 5, 10, 16 y 20/1983 y 185/1993). En el mismo sentido puede verse la STC 246/2012, de 20 de diciembre.

Asimismo, conviene destacar nuevamente que la regulación de los miembros de las corporaciones locales “no adscritos”, prevista en el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, tiene origen en el “Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales”, suscrito el 7 de julio de 1998 por el Gobierno y las fuerzas políticas con representación parlamentaria. Los partidos políticos firmantes del acuerdo manifiestan en él su voluntad de eliminar los





efectos perversos de esta práctica, adoptando diversos compromisos, entre ellos el de “desincentivar el transfuguismo político a través de la adopción de medidas disuasorias de carácter económico, reglamentario y protocolario”. El 26 de septiembre de 2000 se procedió a renovar dicho acuerdo, reiterando el compromiso asumido en julio de 1998 y proclamando la voluntad de todos los firmantes de continuar combatiendo el transfuguismo en las corporaciones locales. Aun constatando “las dificultades jurídico-constitucionales existentes para constreñir tales comportamientos mediante reformas legislativas”.

Como expusimos en los dictámenes 593/2009 y 510/2020, la vigente redacción del artículo 73.3 de la LBRL tiene origen en las enmiendas 201 y 202 del Grupo Parlamentario Socialista al “Proyecto de Ley de Medidas para la modernización del Gobierno Local” (BOCG, Serie A, núm. 157-9, de 18 de septiembre de 2003), cuya motivación se liga al llamado Pacto Antitransfuguismo.

El dictamen 593/2009 señala que el transfuguismo de cargos electos ha sido doctrinalmente calificado como una quiebra en el sistema democrático, por la distorsión que comporta sobre la representación política articulada a través del sistema de partidos. Las desviaciones que su práctica puede acarrear respecto de la voluntad de los electores expresada en la urnas, la súbita alteración de las opciones de gobernabilidad u oposición, la ruptura del equilibrio entre mayorías y minorías resultante del proceso electoral y la consiguiente producción de fenómenos de sobrerrepresentación o infrarrepresentación política, con el debilitamiento de los partidos políticos concernidos y la lógica erosión de la confianza de los ciudadanos, han dado lugar a diferentes reacciones, siendo muy común la de propugnar la pérdida del mandato cuando el tránsfuga deja de pertenecer al partido político con el que concurrió a las elecciones; solución que ha llegado a cristalizar en la Constitución de Portugal [pfo. c) del art. 163.1].

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional se ha decantado por una difícil posición de equilibrio, y ello porque en ella se evidencia que el Tribunal Constitucional no ignora la mutación del mandato representativo clásico operada en la propia Constitución y la normativa de ella derivada, en tanto que atribuyen a los partidos políticos la condición de pieza nuclear y estructurante, sin la cual no es concebible el sistema de representación política constitucionalmente diseñado (dictamen 593/2009). En este contexto, se subraya que la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental (art. 1.1 de la Constitución Española) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6 de la Constitución Española) lleva a destacar la relevancia jurídica (y no sólo política) de

la adscripción política de los representantes (en una larga lista de pronunciamientos) desde la STC 32/1985, de 6 de marzo (FJ 2), pasando por la STC 159/2019, de 12 de diciembre (FJ 7), hasta la STC 35/2022, de 9 de marzo.

Partiendo de la anterior premisa, la STC 9/2012, de 18 de enero precisa que la referida relevancia jurídica de la adscripción política de los representantes «no puede ser ignorada, ni por las normas infraconstitucionales que regulen la estructura interna del órgano en el que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo, en las decisiones que adopte en ejercicio de la facultad de organización que es consecuencia de su autonomía» (FJ 4).

Como indicamos en los dictámenes antes mencionados, es importante detenernos en la STC 9/2012 porque da respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad 1490-2010, planteada justamente en relación con el párrafo tercero del artículo 73.3 de la LBRL. En concreto frente al auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en el que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Núm. 2 de Alicante considera que el artículo 73.3, párrafo tercero, de la LBRL vulnera el artículo 23 de la Constitución, en la medida en que impide al representante no adscrito ser elegido, por el alcalde de la corporación, miembro de la Junta o comisión de gobierno y teniente de alcalde, cuando el resto de concejales de la corporación pueden optar a dichos cargos, la STC 9/2012 (FJ 4) considera que esos aspectos (pertenencia a la Junta o comisión de gobierno y designación como teniente de alcalde) «no están incluidos en el núcleo básico del mandato representativo y constituyen aspectos de la organización y estructura consistorial dentro de las potestades, no ilimitadas, del alcalde. En efecto, tales nombramientos dependen de la voluntad de un tercero, el alcalde de la corporación, voluntad que ha de ser ejercida en los términos y condiciones determinados al respecto por la Ley de bases de régimen local (arts. 23.1 y 125.1)».

En este plano, la STC 9/2012, traslada a las funciones de representación propias de un concejal un criterio que en la STC 169/2009, de 9 de julio (FJ 3) se predicó de los miembros de las corporaciones provinciales. Efectivamente, aunque no se trata de una enumeración cerrada, la STC 169/2009 señaló que «entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación provincial se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del pleno de la corporación, la de votar en los asuntos propuestos en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores».



En suma, partiendo de dicha doctrina la STC 9/2012 concluye que «el nombramiento para cargos relacionados con el gobierno y la administración del municipio no se integra en el núcleo esencial de las funciones representativas del concejal. Se trata de ámbitos ajenos al ejercicio de la función representativa atribuida al mismo», de modo que entiende que el artículo 73.3, párrafo tercero, de la LBRL no vulnera el artículo 23.2 de la Constitución Española.

En efecto, la STC 9/2012 (FJ 4) simplemente constata que el precepto cuestionado limita los derechos del concejal partiendo de su calificación legal como no adscrito, en tanto que deja de ser miembro de un grupo político de los que integran la corporación. Sin embargo, reitera que responde a un fin legítimo, según lo dicho en la STC 169/2009, de 9 de julio (FJ 7), al señalar que «el distinto trato que el artículo 73.3 de la LBRL otorga a los miembros de las corporaciones locales en función de su adscripción o no a un grupo político está justificado en la diferente situación en la que se encuentran, al no haberse incorporado al grupo político constituido por la formación electoral por la que fueron elegidos: puede someterse a un régimen jurídico parcialmente diferente a los representantes que no se integran en el grupo político constituido por la formación en la que concurrieron a las elecciones respecto de aquéllos que sí lo hacen, todo ello sin perjuicio de respetar las facultades de representación que son propias del cargo electo, pues, como se ha indicado, el diferente trato que se otorga en este caso a los diputados no adscritos no conlleva una limitación de las facultades que constituyen el núcleo de sus funciones representativas».

Pese a que la STC 9/2012 no va más allá y no entra a dilucidar si el precepto en cuestión debe interpretarse en el sentido prohibitivo que del mismo extrajo el órgano judicial, lo cierto es que ejerce una notoria influencia en los pronunciamientos posteriores de los juzgados y Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque se han seguido manifestando discrepancias notables y dudas sobre el significado del artículo 73.3, párrafo tercero, de la LBRL, que en parte pueden considerarse resueltas por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020, cuya interpretación confirma el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de diciembre de 2020. A dicha interpretación nos referimos en el siguiente fundamento jurídico.

### III

Sentado lo anterior, conviene conocer la interpretación del artículo 73.3 de la LBRL, en el que se establece lo siguiente:

“3. A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos.

[...] Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación.”

Estamos ante una norma que ha propiciado diferentes interpretaciones doctrinales. A este respecto, en nuestro dictamen 593/2009 precisamos lo siguiente:

«El legislador básico ha querido que los derechos económicos y políticos de los “concejales no adscritos” no aparezcan conectados con su pertenencia a un determinado grupo, llámese mixto o grupo de no adscritos, posibilidad ésta que en algún momento se barajó, y que finalmente se descarta, precisamente para acentuar el significado de lo que la propia Ley concibe como “no adscripción”, distinta a la de concejales miembros de un determinado grupo político. Al mismo tiempo, el propio artículo 73.3, aun dejando margen para el desarrollo a la legislación autonómica y al reglamento orgánico municipal (al que expresamente se remite el precepto), deja claramente establecido que los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia; prescripción que opera como límite a la libertad de configuración de dichas normas. En este sentido, la modulación y la diferencia de trato, siempre que no se rebase esa prohibición, podrá ser mayor o menor dependiendo de las opciones por las que se decanten las normas de desarrollo, en el bien entendido de que no se pueden menoscabar las funciones o facultades pertenecientes al denominado núcleo del denominado *ius in officium*, introduciendo pretericiones o diferencias de trato no amparadas por la Constitución.»

Con posterioridad, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el ejercicio del *ius in officium*, la salvaguarda del núcleo de la función representativa y los límites que derivan de la consideración de determinados concejales como no adscritos (SSTC 20/2011, de 14 de marzo, y la serie de sentencias que le siguen en relación con diversos recursos de amparo interpuestos por concejales del Ayuntamiento de Majadahonda, así como las SSTC 117/2012, de 4 de junio, 9/2012, de 18 de enero y 151/2017, de 21 de diciembre). Más recientemente, las SSTC 159/2019, de 12 de diciembre, y 38/2022, de 11 de marzo, se pronuncian en relación con determinadas limitaciones del *ius in officium* (a sus consideraciones nos



remitimos, *mutatis mutandis*, ya que se refieren a limitaciones que operan sobre parlamentarios).

En relación con las cuestiones objeto de consulta, procede volver a reiterar que el artículo 73.3 de la LBRL no establece un régimen completo e indisponible del régimen jurídico de los miembros no adscritos de las Corporaciones Locales (en este caso concejales), sino que permite un cierto margen de desarrollo por las leyes de régimen local de cada Comunidad Autónoma y los correspondientes reglamentos orgánicos de Ayuntamientos o Diputaciones, si bien este debe atenerse a los parámetros referidos sin que en ningún caso puedan proyectarse sobre el núcleo de la función representativa.

Del mismo modo, insistimos en que la interpretación de las normas reguladoras de los grupos políticos y del estatus de los concejales no adscritos no puede perder de vista, en ningún caso, que existe una reserva legal, ex artículo 23.2 de la Constitución; que está concernido un derecho fundamental y es la LBRL la que ha plasmado dicha figura, sin agotar toda la regulación posible, de manera que resulte viable el desarrollo de la misma por los legisladores autonómicos, respetando el principio de autonomía local. En todo caso, el hecho de que el derecho fundamental contemplado en el artículo 23.2 de la Constitución sea de configuración legal no autoriza al legislador a prescindir de su contenido esencial.

Como novedad con respecto a los dictámenes citados, hay que señalar que, a la luz de la jurisprudencia constitucional antes descrita, la sentencia del Tribunal Supremo de 1401/2020, de 26 de octubre (recurso de casación 1178/2019), realiza una interpretación del artículo 73.3.3º de la LBRL, de la que hemos de partir al dar respuesta a la consulta facultativa formulada. Efectivamente, el Tribunal Supremo interpreta el precepto transcrito centrándose en el alcance que tiene la limitación legal consistente en que los derechos económicos y políticos del concejal no adscrito no puedan ser superiores a los que le hubiesen correspondido de haber permanecido en su grupo de procedencia, ya que esa es la cuestión que determinó la admisión a trámite del recurso de casación resuelto en dicha sentencia, por tener interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Partiendo de esa premisa, la sentencia interpreta el precepto del siguiente modo (FD sexto):

«1. A los efectos del artículo 93.1 de la LJCA y respecto de la cuestión en la que se apreció interés casacional para la formación de jurisprudencia, se declara que el alcance del límite previsto en el artículo 73.3.3º de la LBRL se interpreta en el sentido de que las limitaciones que impone al concejal no adscrito no pueden afectar a los derechos políticos y económicos ligados al ejercicio del mandato representativo otorgado por los electores como concejal electo.

»2. Por el contrario, el pase a la condición de concejal no adscrito, como consecuencia o por razón de un supuesto de transfuguismo, sí impide que se asuman cargos o que perciban retribuciones que antes no ejercía o percibía e impliquen mejoras personales, políticas o económicas. Queda excluida de esta limitación la incorporación a las comisiones informativas.»

El juicio de la Sala que lleva a realizar dicha interpretación se expone en el sexto fundamento de Derecho de la sentencia, en el que se parte de los antecedentes de la norma, destacando la conexión entre las limitaciones que el legislador impone a los derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos y los acuerdos políticos para combatir el transfuguismo, entendido como un fenómeno que implica una alteración o falseamiento de la representación política.

En este sentido, en el apartado 4 del referido fundamento de Derecho se recuerda que en la II adenda de 26 de mayo de 2006 al acuerdo de 1998, se acordó lo siguiente: «Igualmente, los partidos políticos se comprometen a no aceptar en sus equipos de Gobierno municipal a miembros de la corporación que se hayan convertido en tráfugas con respecto a sus grupos de procedencia, y rechazan la posibilidad de que por parte del alcalde se efectúe cualquier nombramiento político que implique atribuciones de gobierno o delegación genérica o especial de las mismas, con los consiguientes derechos políticos y económicos, en favor de los tráfugas».

La referida sentencia del Tribunal Supremo (FD sexto, apartados 5, 6 y 7), apelando a las SSTC 9, 30 y 243/2012, distingue entre los derechos políticos o económicos ligados a la condición de concejal y derivados del mandato representativo otorgado por los electores (derechos que son indisponibles conforme al contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución y no pueden ser negados ni limitados al concejal no adscrito) y los derechos distintos de los indisponibles, es decir, los que no son consustanciales a la condición de concejal. En este punto, la sentencia recuerda que de la LBRL y del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF), se deduce que tal núcleo indisponible se concreta en la participación en Plenos con voz y voto, ejercer funciones de control político, presentar preguntas, mociones, enmiendas y votos particulares; efectuar ruegos, preguntas; ejercer el derecho a la información más ostentar los honores y tratamientos propios de todo concejal (en este punto se remite a la STS 72/2020, de 24 de enero, recurso de casación 5035/2018).

Es evidente que las limitaciones del artículo 73.3.3º de la LBRL no pueden referirse a derechos inherentes o consustanciales a la condición de concejal, como ha dejado claro la jurisprudencia constitucional. Por ello, la sentencia del Tribunal



Supremo a la que nos venimos refiriendo señala que dicho precepto «disuade de que el pase a la condición de concejal no adscrito, por incurrir en transfuguismo, suponga un incremento o mejora del estatus, y se toma como referencia aquellos beneficios políticos o económicos distintos de los indisponibles por ser consustanciales a la condición de concejal». Con ese propósito, el precepto «toma como término de contraste los que ostentaba el concejal cuando estaba integrado en un grupo político y que abandona, de forma que tras ese abandono y consiguiente pase a la condición de concejal no adscrito no puede aumentarlos como contraprestación» (apdo. 7 del FD sexto), y ello lleva al Tribunal Supremo a concluir lo siguiente:

«De esta manera la prohibición deducible del citado artículo afecta a los cargos concedidos por decisión discrecional del alcalde como ser designado teniente alcalde e integrarse en la Junta de Gobierno (artículos 46.1 y 52.1 del ROF); también los cargos por delegación del alcalde (artículos 43 y 120.1 del ROF) así como la asunción de cualquier otro cargo político de carácter discrecional, todo lo cual es corroborado por las sentencias del Tribunal Constitucional 9 y 246/2012.» (apdo. 8 del FD sexto)

#### IV

Expuesta la interpretación que ha venido realizando este Consejo Consultivo, así como la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, procede dar respuesta a las cuestiones planteadas.

1.- ¿Resulta posible que un concejal no adscrito a un grupo político pueda formar parte de los órganos de gobierno de los organismos autónomos del Ayuntamiento (con voz y con voto)?

La consulta se suscita tras el escrito presentado por un concejal del grupo municipal Cambiemos Palma, en el que manifiesta su abandono voluntario del referido grupo político y solicita el pase a la condición de concejal no adscrito, sin que el Reglamento Orgánico de Palma del Río haya regulado hasta el momento el régimen jurídico de los concejales no adscritos. En dicho escrito, el concejal interesado solicita que se reconozcan los efectos correspondientes a su decisión, “conservando cuantos derechos y deberes le sean inherentes, tanto los de grupo municipal como los de concejal, ya sean estos de orden político, representativos o económicos”. Igualmente, “solicita su inclusión, conforme a legalidad aplicable y en igualdad de derechos y deberes, en cuantos órganos, organismos, institutos, patronatos, etc., existan o se creen mientras persista su condición de concejal”.

El informe emitido por la Secretaría General del Ayuntamiento se refiere a la limitación que el pase a la condición de concejal no adscrito opera en relación con los derechos económicos vinculados a la financiación del grupo municipal e infraestructuras asociadas a los grupos políticos. Según dicho informe, anteriormente, el concejal no adscrito asistía en representación del referido grupo político a las sesiones de determinados órganos colegiados; asistencias que corresponden en adelante al concejal que permanece en el grupo político.

La consulta viene acompañada de un informe jurídico-propuesta favorable a la participación de los concejales no adscritos en los órganos de gobierno de los organismos autónomos. En este sentido, se considera que la situación actual, al no contemplarse dicho derecho, “podría suponer una vulneración del artículo 23 de la CE, de acuerdo con lo dispuesto en las STC nº 169/2009, de 9 de julio, y nº 141/2007, de 18 de junio, y con la STS de 18 de mayo de 2018”.

Según dicho informe, “para garantizar el respeto al núcleo de la función representativa de los concejales no adscritos”, debe reconocerse el “derecho a participar en todos aquellos órganos colegiados en los que se ejerzan potestades de control o de obtención de información necesaria para el desarrollo de las funciones que pertenecen a la esencia de la función representativa, que constitucionalmente les corresponde de acuerdo con el artículo 23 de la CE”. Precizando lo anterior, el informe considera que, “dentro de tales órganos deben incluirse los órganos colegiados de los organismos autónomos (juntas rectoras, consejos rectores...)”; conclusión que se sienta considerando que en la actualidad los estatutos de los organismos autónomos incluyen en los órganos de gobierno a representantes de cada grupo, de forma análoga a las comisiones informativas y bajo la premisa de que dicha participación tendría como objeto el cumplimiento de los deberes de fiscalización. Por esa razón se considera que a los concejales no adscritos se les debe autorizar su integración en los órganos de gobierno de los organismos autónomos.

Una vez precisados los antecedentes de la consulta, el Consejo Consultivo puede ya adelantar que no resulta posible la participación de los concejales no adscritos en los órganos de gobierno de los organismos autónomos del Ayuntamiento en términos de exigibilidad obligatoriedad e indisponibilidad, que es como se plantea en la solicitud del concejal que solicita su pase a la condición de “no adscrito” y el informe-propuesta que se acompaña a la solicitud de dictamen.

En efecto, aunque el informe antes referido considera que los concejales no adscritos deben integrarse en los órganos de gobierno de los organismos autónomos para “garantizar el respeto al núcleo de la función representativa” que concierne a dichos concejales y evitar así una vulneración del artículo 23.2 de la Constitución





Española, el Consejo Consultivo considera que dicha integración no es inherente o consustancial a la condición de concejal, de manera que no formaría parte los derechos indisponibles que la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo identifican como manifestación del *ius in officium*.

En este sentido, consideramos que la invocación de la STC 169/2009 no es pertinente, al no poder equipararse la integración en los órganos de gobierno de los organismos autónomos municipales con la participación, con voz y voto en las comisiones informativas, derecho del que no pueden ser privados los concejales no adscritos por pertenecer al núcleo de su función representativa. Efectivamente, volvemos a recordar que la mentada sentencia otorgó el amparo solicitado considerando la trascendencia que tiene la fase de estudio y elaboración de las propuestas realizadas en dichas comisiones informativas en el proceso de toma de decisiones del Pleno, de manera que al limitarse la participación de los diputados provinciales recurrentes a participar en las deliberaciones, suprimiendo el derecho a votar en las comisiones informativas, se «entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial» (FJ 4).

Tampoco la STC 141/2007 permite concluir que se vulneraría el derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución si los estatutos de los organismos autónomos no prevén la participación de los concejales no adscritos en sus órganos rectores. Dicha sentencia, igualmente citada en el informe que acompaña a la solicitud de dictamen, se refiere a la posibilidad de intervenir en los debates parlamentarios del Parlamento de La Rioja, la cual está directamente relacionada con el núcleo de la función representativa, como instrumento de deliberación, expresión de las propias posturas y control del Gobierno (FJ 5).

En este caso, además del derecho de los concejales no adscritos a participar con voz y voto en las comisiones informativas, no podemos olvidar que el Pleno municipal, en el que se integran todos los concejales, ostenta las funciones de control y fiscalización previstas en la LBRL [art. 22.2.a) y 123.1.a) de la LBRL, en el caso de los municipios de gran población, art. 50.2 del ROF]. El derecho reconocido a todos los miembros de las corporaciones locales a obtener cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función (art. 14 del ROF), sirve a la referida función de fiscalización y control, de manera que los concejales no adscritos pueden acceder al contenido del orden del día y de los debates y actas de las entidades instrumentales municipales; máxime si se tiene en cuenta que el principio de transparencia se proclama como principio general de actuación de las entidades que integran el sector

público institucional (art. 81 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) y todas las Administraciones Públicas deben establecer un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes (art. 81.2 de la Ley 40/2015) que ha de facilitar en gran medida la funciones de fiscalización y control.

Por otro lado, la determinación de la composición y atribuciones de los órganos rectores de los organismos autónomos del Ayuntamiento es expresión de su autonomía y de su potestad autoorganizativa, como se desprende de los artículos 4.2 y 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, en conexión con los artículos 34.3 y 37.2 de dicha Ley, que atribuye a los estatutos de las agencias locales (aprobados por el Pleno) la determinación de los máximos órganos de dirección del organismo y su composición. Del mismo modo el artículo 85 bis de la LBRL prevé que en los organismos autónomos locales deberá existir un consejo rector, cuya composición se determinará en sus estatutos. El mismo artículo establece determinados controles y atribuye a los estatutos de los organismos autónomos locales la determinación de los máximos órganos de dirección del organismo, ya sean unipersonales o colegiados.

La concreta configuración de los órganos rectores, por medio de los estatutos, es ante todo un problema que concierne al mejor gobierno de estas entidades instrumentales. En este sentido, debe atender a las fórmulas que mejor respondan a los principios informadores de la actuación administrativa y de los servicios públicos locales, garantizando, entre otros, la eficacia y eficiencia en el cumplimiento de los objetivos fijados, la agilidad de los procedimientos administrativos y actividades materiales de gestión, así como la participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa, como se desprende de la Ley 5/2010. Y desde este punto de vista, caben diferentes opciones, siempre que sean respetuosas de las determinaciones legislativas en la materia y de la jurisprudencia constitucional enunciada, considerando que la autonomía local comprende, como ya hemos anticipado, la organización y gestión de los propios órganos de gobierno y administración, así como la regulación y prestación de los servicios locales.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo que hemos expuesto en el anterior fundamento jurídico de este dictamen, los derechos indisponibles por afectar al núcleo de la función representativa se concretan en la participación en plenos con voz y voto, ejercer funciones de control político, presentar preguntas, mociones, enmiendas y votos particulares; efectuar ruegos, preguntas; ejercer el derecho información más ostentar los honores y tratamientos propios de todo concejal (STS 1401/2020, de 26 de octubre, que como vimos se remite a la STS 72/2020, de 24 de enero, y sigue la línea de las SSTC 169/2009, 20/2011 y 9/2012).



Por todo ello, no puede concluirse que el artículo 23.2 de la Constitución Española ampara un derecho de los concejales no adscritos a exigir del Ayuntamiento su integración con voz y voto en los órganos rectores de los organismos autónomos, al no tratarse de un derecho consustancial a la condición de concejal como el que sí ha reconocido la jurisprudencia constitucional en el caso de las comisiones informativas.

Una vez aclarado que no forma parte del contenido esencial del derecho fundamental del que son titulares los concejales no adscritos en virtud del art. 23.2 de la Constitución Española su integración, con voz y voto, en los órganos rectores de los organismos autónomos, debemos plantearnos si el Ayuntamiento podría a pesar de ello establecerla, regulándola en ejercicio de la autonomía que a las Corporaciones Locales atribuye igualmente la Constitución.

En este sentido, cabe señalar que el artículo 73.3 de la LBRL no prohíbe expresamente dicha posibilidad. Como hemos visto en el anterior fundamento jurídico, la sentencia 1742/2020, de 16 de diciembre, considera que la prohibición deducible del citado artículo afecta a los cargos concedidos por decisión discrecional del alcalde, a los cargos por delegación del alcalde y a la asunción de cualquier otro cargo político de carácter discrecional, supuesto que no es completamente equiparable al que es objeto de la presente consulta facultativa. Ahora bien, a esta conclusión se llega como aplicación al caso del canon general establecido en su anterior sentencia 1401/2020, de 26 de octubre, donde esta disposición de la LBRL es interpretada, en sede de interés casacional, estableciendo que la misma «impide que se asuman cargos o que perciban retribuciones que antes no ejercía o percibía e impliquen mejoras personales, políticas o económicas», excluyendo únicamente de esta prohibición, como también se ha visto, la incorporación a las comisiones informativas.

En consecuencia, a la primera limitación que se impone a los ayuntamientos a la hora de regular la situación de los concejales no adscritos, que no pueda verse afectado el núcleo esencial de su derecho fundamental como concejales electos, hay que añadir una segunda (que opera en cierto modo en dirección contraria a la primera), que esa regulación no suponga para estos concejales la asunción de cargos o la percepción de atribuciones que impliquen mejoras personales, políticas o económicas. Vale, pues, decir, que, con la excepción, ya explicada, de la incorporación a las comisiones informativas, el conjunto de las atribuciones y derechos de los que gozan los concejales no adscritos por su condición de electos se identifica, al mismo tiempo, con aquellas que el ayuntamiento puede concederles. Es por ello por lo que, al concluir, como se ha hecho, que los concejales no adscritos no tienen derecho a integrarse con voz y voto en los órganos rectores de los organismos autónomos, debe

igualmente descartarse la posibilidad de que el Ayuntamiento les atribuya esas facultades.

2.- En caso de que el concejal no adscrito pueda formar parte de los órganos de gobierno de los organismos autónomos, ¿se pueden modificar los estatutos y el Reglamento Orgánico del Ayuntamiento para regular la figura del concejal no adscrito?

Contestada, en los términos que se acaba de hacer, la primera de las cuestiones planteadas, no es necesario seguir más adelante, pues nuestra respuesta a la primera cuestión niega precisamente la premisa a la que se condiciona esta segunda, a saber, que un concejal no adscrito a un grupo político pueda formar parte con voz y voto de los órganos de gobierno de los organismos autónomos del Ayuntamiento.

## CONCLUSIONES

Primera. De conformidad con la doctrina de este Consejo Consultivo y a la luz de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, sintetizada en este dictamen, consideramos que los concejales no adscritos no tienen derecho a formar parte, con voz y voto, de los órganos rectores de los organismos autónomos locales, al no integrarse este derecho en el núcleo de la función representativa amparada por el artículo 23.2 de la Constitución Española, razón por la cual también se considera que una regulación municipal que estableciera su integración en esos organismos en esas condiciones no sería respetuosa con las limitaciones contenidas en el artículo 73.3, párrafo tercero, de la LBRL.



## **1.2. Dictamen 816/22, de 7 de diciembre, sobre la consulta facultativa formulada por el Ayuntamiento de Granada en relación con la normativa aplicable en los procedimientos de planeamiento tras la entrada en vigor de la LISTA.**

*En este dictamen se aclara, por una parte, cuál es la normativa aplicable en los procedimientos de modificación del planeamiento según la fecha de incoación de los mismos y, por otra, en qué casos es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.*

*Ponencia: Consejera, María del Mar Moreno Ruiz  
Letrado, José Mario Guisado Barrilao*

El Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Granada formula consulta facultativa sobre «Si, en los procedimientos de modificación de instrumentos de planeamiento iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LISTA) y que -al amparo de la disposición transitoria tercera de la vigente Ley urbanística andaluza- siguen tramitándose conforme a las reglas de ordenación establecidas por la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbana de Andalucía (LOUA), procede el informe preceptivo del Consejo Consultivo de Andalucía sólo cuando “afecte a dotaciones públicas de espacios libres y zonas verdes” (según la redacción del art. 17 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, LCCA, modificada por la disposición final segunda de la LISTA) o, sin embargo, es requerido para todos los supuestos recogidos, con mayor extensión, en el art. 36.2, regla c).2ª, de la LOUA, es decir, cuando “tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos, así como las que eximan de la obligatoriedad de reservar terrenos con el fin previsto en el artículo 10.1.A).b).»

## II

No cabe duda que el contenido del dictamen del Consejo Consultivo -cuyo carácter preceptivo y vinculante se mantiene en la LISTA- ha sido alterado por el legislador actual respecto al que aprobó la anterior Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).

Así, el artículo 36.2.c).2ª de este último texto legal disponía que “Las modificaciones que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos, así como las que eximan de la obligatoriedad de reservar terrenos con el fin previsto en el artículo 10.1.A).b), requerirán dictamen favorable del Consejo Consultivo de Andalucía”.

El presupuesto de intervención en el expediente de modificación de planeamiento se anudaba a la incidencia del mismo sobre tres determinaciones de la ordenación urbanística que el legislador consideró entonces que, por representar un interés general, debía requerir de dicho dictamen: espacios libres y zonas verdes (sin discriminar entre la titularidad pública o privada); equipamientos (igualmente, sin distinguir entre el carácter público o privado de los mismos) y la exención de hacer la reserva para vivienda protegida a que se refería el artículo 10.1.A).b) de la LOUA.

Sin embargo, la LISTA vuelve a retomar el sistema previo a la LOUA, es decir, el que con carácter general se establecía en el texto refundido de 1992 (R.D.Leg. 1/1992, de 26 de junio, de la Ley del régimen del suelo y ordenación urbana) que a su vez recoge la tradición de anteriores textos legales urbanísticos de mención innecesaria al no aportar ello fundamentación al objeto del presente dictamen. Se decía en el artículo 129 de la norma legal referida que “Si la modificación de los Planes, Normas Complementarias y Subsidiarias y Programas de Actuación tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan, deberá ser aprobada por el órgano ejecutivo superior de naturaleza colegiada de la Comunidad Autónoma correspondiente, previo informe favorable del Consejero competente por razón de la materia, y del Consejo de Estado u órgano autonómico que corresponda”.

Pues bien, el vigente artículo 86.3 de la LISTA establece lo siguiente: “Toda innovación de la ordenación establecida por los instrumentos de ordenación urbanística no contemplada en el apartado anterior se entenderá como modificación. Toda modificación que afecte a dotaciones públicas de espacios libres y zonas verdes requerirá el dictamen favorable del Consejo Consultivo de Andalucía”.

El presupuesto para que este Órgano se pronuncie en el expediente de modificación de planeamiento, por tanto, se limita a aquellos supuestos en que la innovación produzca algún tipo de afectación sobre espacios libres o zonas verdes, en ambos casos de carácter público. Se ha restringido la materia sobre la que dictaminar y, consecuentemente, los supuestos en los que ha de ser recabada la consulta preceptiva y vinculante.

La cuestión es, obviamente, si en aquellos expedientes ya iniciados y en



tramitación antes de la vigencia de la LISTA, se ha de recabar el dictamen en los supuestos del artículo 36.2.c).2<sup>a</sup> de este texto legal, o bien en el caso previsto en el artículo 86.3 de la LISTA.

### III

Nos encontramos -y ello resulta evidente- ante una cuestión de derecho transitorio. Pero la solución no es fácil si las disposiciones dedicadas a la transitoriedad de la norma no son taxativas, lo cual habitualmente es la regla general ya que no se agotan en las mismas todos los supuestos que se pueden plantear al operador jurídico.

A este respecto, la disposición transitoria tercera de la LISTA, relativa a los planes e instrumentos en tramitación, se pronuncia con el siguiente tenor:

“1. Los procedimientos relativos a los instrumentos de planeamiento urbanístico, así como los instrumentos de gestión y ejecución del planeamiento, que se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de esta Ley podrán continuar su tramitación conforme a las reglas de ordenación del procedimiento y el régimen de competencias establecidos por la legislación sectorial y urbanística vigente en el momento de iniciar la misma. A estos efectos, se considerarán iniciados los procedimientos con el primer acuerdo preceptivo del órgano competente para la tramitación, conforme a lo previsto en la legislación urbanística, y, en el caso de los instrumentos de planeamiento sometidos a evaluación ambiental estratégica, con la solicitud de inicio de este procedimiento.

2. No obstante, dichos procedimientos podrán tramitarse conforme a las determinaciones de esta Ley siempre que se puedan conservar los informes, pronunciamientos sectoriales y actuaciones del órgano ambiental, por no ver afectado su contenido”.

No cabe duda que la disposición transcrita es oscura al no establecer un criterio diáfano respecto a cuál es la regla general a seguir cuando la modificación ya está en curso. De hecho, cuando faculta en su apartado 1 -que no obliga, ya que la expresión utilizada es “podrán”, lo cual descarta un mandato imperativo- para que se pueda optar por continuar la tramitación según las reglas procedimentales y de competencia (se entiende que para la aprobación definitiva) de la normativa vigente en el momento del inicio, hemos de deducir a contrario sensu que, por defecto, la normativa que rige es la de la LISTA desde su entrada en vigor. De esta manera se confirmaría el criterio genérico de la disposición transitoria primera de la Ley: “La presente Ley será de aplicación íntegra, inmediata y directa desde su entrada en vigor”.

Asimismo, la redacción del Proyecto de Reglamento de la LISTA -con la salvedad evidente de su falta de vigencia actual pero de próxima publicación, atendiendo a su estadio procedimental en estos momentos- apunta en el sentido indicado, al establecer su disposición transitoria quinta.1: “Conforme a la disposición transitoria tercera de la Ley, los instrumentos de planeamiento urbanístico que hubieran iniciado el procedimiento para su aprobación antes de su entrada en vigor podrán continuar su tramitación conforme a las disposiciones establecidas por la legislación sectorial y urbanística vigentes en el momento de iniciar la misma”.

La primera conclusión, por tanto, es que el legislador faculta para seguir la tramitación de la LOUA cuando la innovación ya está iniciada.

Partiendo de lo anterior, el párrafo segundo de la disposición transitoria tercera de la LISTA está redactado en lo que aparenta ser una contradicción con el párrafo 1, ya que faculta “no obstante” a que la tramitación se haga con arreglo a la LISTA cuando concurren las circunstancias que allí se describen: que se puedan conservar los informes, pronunciamientos sectoriales y actuaciones del órgano ambiental “por no ver afectado su contenido”.

Por su parte, el Reglamento de la Ley, en su disposición transitoria quinta.2 (y con la salvedad antes apuntada en cuanto a su falta de vigencia en este momento), de manera más clara que la Ley establece que “Dichos procedimientos podrán tramitarse conforme a las disposiciones de la Ley y el Reglamento, siempre que puedan conservar los informes, pronunciamientos sectoriales y actuaciones del órgano ambiental por no ver afectado su contenido”.

De todo lo anterior, podemos colegir en una interpretación finalista de la norma que, como regla general, los procedimientos ya iniciados pueden tramitarse con arreglo a la normativa vigente a la iniciación. Si se quiere acoger la tramitación y el orden sustantivo de la nueva normativa, ello requiere que los informes sectoriales puedan conservarse por no ver afectado su contenido en virtud del acogimiento opcional a esta nueva normativa.

#### IV

Pero lo hasta ahora razonado no resuelve, aún, la cuestión principal objeto de consulta, que no es otra que responder a la pregunta de si se requiere el dictamen del Consejo Consultivo, en las modificaciones de planeamiento ya iniciadas, solo en los casos en que se vean afectadas las zonas verdes o espacios libres de carácter público





(según la LISTA, art. 86.3) o también en los casos en que la incidencia se proyecta sobre los equipamientos o la exención de hacer la reserva para vivienda protegida (según art. 36.2.c.2ª de la LOUA).

Evidentemente, y con arreglo a lo hasta ahora indicado, si la tramitación de la modificación continúa con arreglo a la normativa vigente a su inicio, es decir, la LOUA, el dictamen del Consejo Consultivo es exigible en el presupuesto y con el contenido del artículo 36.2.c).2ª de la misma.

Si la tramitación ya iniciada se acogiera a la nueva normativa, según lo previsto en los párrafos segundos de las disposiciones transitorias tercera y quinta, respectivamente, de la LISTA y de su Reglamento, hay que examinar las condiciones exigidas para ello.

Necesariamente, se requiere que los informes sectoriales y actuaciones ambientales puedan conservarse al no verse alterado su contenido a raíz de la nueva normativa. Hemos de deducir que se refiere a los informes y actuaciones referidas en el artículo 78, apartados 3 y 4 de la LISTA, que se emiten una vez realizada la aprobación inicial.

Pero esta previsión normativa no afecta al dictamen del Consejo Consultivo, que se solicitaría y emitiría una vez concluida la tramitación del artículo 78 de la Ley y antes -obviamente- de su aprobación con arreglo a su artículo 79. Y esto es así ya que según el artículo 3, párrafo 3 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, “Los asuntos en que haya dictaminado el Consejo Consultivo no podrán ser remitidos ulteriormente para informe a ningún órgano u organismo de la Comunidad Autónoma de Andalucía”.

Es decir, si durante la sustanciación del expediente de modificación se decide acogerse a las normas contenidas en la LISTA para continuarlo, llegado el momento en que se ha de solicitar el dictamen del Consejo Consultivo hemos de plantearnos si se ha de tener en cuenta para ello el presupuesto del artículo 36.2.a) de la LOUA o el del artículo 86.3 de la LISTA, a fin de recabar dicho dictamen.

Este Órgano considera que si bien el régimen transitorio previsto no ha resuelto de una manera clara la cuestión, trasluce del mismo el sometimiento al régimen del dictamen previsto en la LOUA.

En efecto, cuando se permite optar al régimen procedimental de la LISTA para una modificación de planeamiento en trámite, se requiere que sean aceptados en su contenido los informes sectoriales y actuaciones ambientales ya emitidas, de modo

que si éste pudiese verse alterado con ocasión de la nueva normativa, no es admisible el acogimiento al nuevo régimen. Este principio ya apunta claramente hacia el respeto a las situaciones jurídicas y derechos ya existentes sobre los que se ha pronunciado el informe sectorial o actuación ambiental, aún cuando con la nueva norma pudieran ser diferentes o innecesarios tales pronunciamientos.

En caso del dictamen del Consejo Consultivo, que no ha sido solicitado ni emitido en el momento en que pudiese plantearse la facultad de optar al nuevo régimen (ya que tras el mismo solo queda la resolución del expediente), el criterio que ha de imperar es el de respetar o mantener el derecho que la ciudadanía ostentaba en el momento de iniciarse la modificación de planeamiento, a que el órgano consultivo se pronunciara -como garante- acerca no solo de la incidencia de la misma sobre las zonas verdes y espacios libres, sino también sobre los equipamientos y la exención de reserva de vivienda protegida, dada la naturaleza de bienes demaniales que ostentan las dotaciones públicas y el interés general que igualmente representa la obligación de reserva de vivienda de esa naturaleza. Y ello es manifestación, por otra parte, del específico derecho que en materia de urbanismo se predica respecto a todos los ciudadanos, dotándolo con una naturaleza de interés general al reconocer la posibilidad de hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística ejerciendo la acción pública, según reconocen los artículos 5.f) y 62 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se prueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Por otra parte, ese régimen transitorio es el que se desprende de la disposición transitoria primera del Código Civil (de aplicación supletoria con arreglo a su artículo 4.3): “Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca”.

Teniendo en cuenta, en resumen, que en la LISTA se ha optado por un criterio de laxitud en el tratamiento de las modificaciones cualificadas de planeamiento, ciñéndolas solo a espacios libres y zonas verdes públicas, con arreglo a lo argumentado (que no es otra cosa que preservar la situación jurídica existente cuando se inició el procedimiento de modificación de planeamiento al ser de mayor garantía en materia de dotaciones públicas), la conclusión es que ha de solicitarse el dictamen del Consejo Consultivo, en los procedimientos iniciados antes de la vigencia de la nueva Ley, cuando concurre el supuesto del artículo 36.2.c).2ª de la LOUA.



## CONCLUSIÓN

De acuerdo con las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos jurídicos de este dictamen, este Consejo considera:

1.- Los expedientes de modificación de planeamiento iniciados antes de la entrada en vigor de la LISTA, continúan tramitándose como regla general según lo previsto en la LOUA.

2.- Opcionalmente y de forma expresa se puede acoger la modificación al régimen de la LISTA, siempre y cuando se respeten las condiciones de la disposición transitoria tercera, dos, de la misma: que no se vea afectado el contenido y, por tanto, se puedan conservar los informes, pronunciamientos sectoriales y actuaciones del órgano ambiental.

3.- En uno y otro caso, se ha de recabar el dictamen del Consejo Consultivo cuando “tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos, así como las que eximan de la obligatoriedad de reservar terrenos con el fin previsto en el artículo 10.1.A).b) requerirán dictamen favorable del Consejo Consultivo de Andalucía.”

## 2. REVISIÓN DE OFICIO

### 2.1. Dictamen 121/2022, de 22 de febrero, sobre el procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de Baena (Córdoba) para la declaración de nulidad del acto administrativo por el que se modifica la Relación de Puestos de Trabajo.

*En este dictamen se concluye que procede declarar la nulidad del acuerdo municipal mediante el que se modificó la Relación de Puestos de Trabajo, al haber prescindido de un trámite esencial como es la negociación colectiva.*

*Ponencia: Consejero, Juan Gorelli Hernández  
Letrado, José Luis Martín Moreno*

El Ayuntamiento de Baena (Córdoba) solicita dictamen sobre revisión de oficio, por causa de nulidad, del acto administrativo de modificación de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT), aprobado por acuerdo del Pleno de 24 de mayo de 2021.

### III

Sentado lo anterior, procede dilucidar si el acto objeto de revisión incurre en un vicio de nulidad, como sostiene la propuesta de resolución sometida a dictamen.

Recordamos que, en esencia, se aduce que el acuerdo plenario en cuestión está viciado de nulidad por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento. A este respecto, del informe de la Secretaría General del Ayuntamiento se desprende que el Equipo de Gobierno somete a la Mesa General de Negociación del Ayuntamiento, previamente a la convocatoria de sesión plenaria celebrada para la aprobación del presupuesto municipal 2021, la documentación relativa a la actualización de la RPT, plantilla presupuestaria y ficha de funciones; propuesta que fue aprobada en dicha Mesa “con el voto favorable de la parte empresarial y el voto en contra de la parte sindical”.

La propuesta sometida a la Mesa de Negociación suponía una actualización del puesto nº 45 (auxiliar servicios técnicos de Urbanism”). Según el referido informe se propuso el “cambio” de dicho puesto al puesto nº 25 (auxiliar administrativo en el



área de Rentas), de manera que el trabajador pasaría de desempeñar el puesto 45 a desempeñar el puesto 25 de la RPT.

Sin embargo, lo que se aprobó definitivamente fue una enmienda de IUCA destinada a modificar “el documento de la Relación de Puestos de Trabajo”, en los siguientes términos:

“1.- Supresión de la incorporación al área Económica de Rentas del actual puesto n° 25 de la RPT de auxiliar administrativo, dado que dicha incorporación no es necesaria en ese departamento, que solicita la incorporación de un técnico de rentas”. 2.- “Incorporación al área de Salud del actual puesto 25 de la RPT de auxiliar administrativo, dado que el área se ha quedado sin personal ninguno tras la jubilación del único trabajador de esta área” y 3.- “Se realice la correspondiente ficha de funciones a desarrollar por el trabajador, teniendo siempre en cuenta la categoría profesional del mismo”.

El informe de la Secretaría General subraya que al haberse presentado la enmienda el mismo día de celebración del Pleno, no fue sometida a la Mesa General de Negociación y añade que no consta acuerdo de adscripción o redistribución de efectivos o inventario de puestos de trabajo que vincule al citado trabajador al puesto 25 propuesto, ni al definitivamente aprobado, previa enmienda del grupo IUCA.

Por las razones indicadas, se postula la declaración de nulidad parcial del acuerdo objeto de revisión, por prescindir de la preceptiva negociación colectiva exigida en el artículo 37.1 del RD Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP).

Antes de analizar si concurre el vicio de nulidad al que se refiere la propuesta de resolución, conviene formular diversas consideraciones sobre la naturaleza de las relaciones de trabajo y el procedimiento para su aprobación y modificación, en relación con la negociación colectiva de los empleados públicos, cuestiones que se abordan en los apartados que siguen.

1. En lo que se refiere a la caracterización de las relaciones de puestos de trabajo (RPTs) y la potestad para su modificación, ante todo cabe recordar que el artículo 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, supuso un importante hito en esta materia, superando la ordenación de los efectivos de la Administración, tradicionalmente basada en cuerpos y categorías. Profundizando en el cambio de modelo iniciado con la Ley 109/1963, de 20 de julio, de Bases de los funcionarios civiles del Estado, y la Ley articulada de funcionarios civiles del Estado, aprobada mediante el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, dicho artículo contempla

las RPTs como “instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto”, todo ello en los términos que se indican en el citado artículo, esto es, comprendiendo la denominación y características esenciales de los mismos, requisitos exigidos para su desempeño y determinación de sus retribuciones complementarias.

La exposición de motivos de la Ley 30/1984 subraya la profunda reforma que entonces se opera en la Función Pública y la nueva articulación de la carrera administrativa, permitiendo su supresión, unificación o modificación de Cuerpos y Escalas y ordenando al Gobierno “la realización de los estudios precisos para la clasificación de los puestos de trabajo, base sobre la que ha de articularse la auténtica carrera administrativa”.

Desde la perspectiva de racionalización de la Administración Pública y de la mejora del funcionamiento eficaz de los servicios públicos, de acuerdo con los principios reconocidos en el artículo 103.1 de la Constitución, resulta indiscutible que las RPTs son una pieza fundamental para su consecución y constituyen una de las principales manifestaciones del principio de autoorganización, pero no lo es menos que su aprobación y modificación deben ajustarse al cauce legal y reglamentariamente establecido.

En este plano, recordamos que el Tribunal Constitucional, a partir de su sentencia 57/1990, de 29 de marzo (FJ 2), ha venido reconociendo que las Administraciones Públicas disfrutan «de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio». En efecto, dicha doctrina se reitera en las SSTC 293/1993, de 18 de octubre (FJ 3); 9/1995, de 16 de enero (FJ 3); 156/1998, de 13 de julio (FJ 4); 156/1998, de 13 de julio (FJ 4); 49/2003, de 17 de marzo (FJ 5); 10/2004, de 30 de junio (FJ 4); 330/2005, de 15 de diciembre (FJ 6); y 126/2008, de 27 de octubre (FJ 5).

El Tribunal Supremo ha venido subrayando esta concepción de las RPTs y su carácter mutable al resolver diferentes recursos de casación. Así, en su sentencia de 17 de febrero de 1997, resalta el carácter dinámico de las RPTs, que puede justificar modificaciones y actualizaciones como la examinada en este caso, y ello porque «la potestad autoorganizativa de las Administraciones Públicas, que atribuye a éstas la facultad de organizar los servicios en la forma que estime más conveniente para su mayor eficacia, a la que le compele el mandato contenido en el artículo 103.1 de la Constitución, sin trabas derivadas del mantenimiento de formas de organización que hayan podido mostrarse menos adecuadas para la satisfacción de ese mandato». En



definitiva, la potestad de modificación de las RPTs responde al principio de autoorganización y al de eficaz funcionamiento de los servicios públicos.

En el caso de los municipios, el ejercicio de dicha potestad (siempre con respeto a la normativa dictada por el Estado y la respectiva Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias), se concibe como expresión de la autonomía local en el proceso de adecuación de las RPTs a las necesidades cambiantes en la ordenación de los recursos humanos. Y es que, por definición, dicho instrumento no puede ser estático, sino dinámico y sujeto a revisión o actualización para su acomodo a las necesidades sobrevenidas, evitando una petrificación que resultaría incompatible con el correcto funcionamiento de la Administración. Ahora bien, volvemos a insistir en que dicha potestad de modificación sólo puede ejercerse de conformidad con las determinaciones legales y reglamentarias, tanto de orden sustantivo como procedimental. En este orden de ideas, hay que hacer notar que las exigencias y límites establecidos por el legislador en la aprobación y modificación de las RPTs no sólo contemplan la perspectiva autoorganizativa, sino también la incidencia de dichos instrumentos sobre la carrera funcionarial y los derechos de los empleados públicos.

En este orden de consideraciones, el artículo 90.2 de la Ley 7/1985, establece que las Corporaciones locales formarán la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública. En la actualidad, el artículo 74 del TREBEP dispone lo que sigue: “Las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos.”

2. En lo que atañe a la negociación que se dice omitida, no cabe ninguna duda de que así fue. A este respecto, recordamos que la adopción de acuerdos como el que ahora centra nuestra atención, exige un proceso de negociación, como ya se exigía en las previsiones sobre la negociación colectiva funcionarial contenidas en la Ley 9/1987, de 12 de junio, sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, sin que la Administración pudiera oponer que las modificaciones de las RPTs son materias excluidas de negociación por afectar a su autoorganización.

En este sentido, el artículo 32 de dicha Ley dispuso que debían ser objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública, las materias relativas a la clasificación de puestos de trabajo en general y cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de

relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración.

En la actualidad, El artículo 15.b) del TREBEP reconoce el derecho a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo como derecho individual ejercido colectivamente, y el artículo 31.1 dispone que los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo. La negociación colectiva se regula en los artículos 33 y siguientes del TREBEP. En particular cabe señalar que el artículo 37.2.a) precisa que cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales a que se refiere este Estatuto. De conformidad con dicho precepto, la modificación de la RPT del Ayuntamiento de Baena debió someterse a negociación antes de adoptar el acuerdo en cuestión. A estos efectos nos remitimos a la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en sentencias de 7 de mayo de 2010, de 2 de diciembre de 2010 y 6 de junio de 2012 y 8 de noviembre de 2013, referidas a la interpretación del precepto idéntico entonces contenido en el artículo 37.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

Tal y como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2012, la negociación es una obligación formalizada que no puede confundirse con la simple información o consulta, ya que «no consiste solamente en remitir documentos, sino que supone llevar a cabo, en la sede legalmente prevista, las actuaciones imprescindibles para que las partes expongan sus respectivas posiciones y comprueben si es posible o no acercarlas y llegar a un acuerdo sin que baste la mera consulta» (doctrina que se reitera en las SSTS de 7 de octubre de 2014 y 30 de marzo de 2015)

3. Por otra parte, la consideración de las concretas causas de nulidad que pueden afectar al acuerdo en cuestión depende de su naturaleza jurídica.

En este plano ha existido una notable controversia, considerando la vacilación jurisprudencial en la materia. Inicialmente el Tribunal Supremo optó por la calificación de las RPTs como disposiciones de carácter general, asumida como tal, entre otros, en los dictámenes 501/2009 y 2/2013 de este Consejo Consultivo, con la consecuencia de que cualquier infracción de los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley supondría un supuesto de nulidad de pleno derecho. Asimismo, como destacamos en el dictamen 2/2013, en ese caso el procedimiento de revisión de oficio





no se podría iniciar a instancia de los interesados, sin perjuicio de que, recibida una solicitud al efecto, la Administración pueda valorar su contenido y, considerando que concurren elementos de juicio suficientes para sostener la nulidad de pleno derecho, iniciar de oficio el procedimiento para la declaración de nulidad del reglamento.

Posteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo optó por la consideración de la naturaleza dual o híbrida de las RPTs, para después precisar -a partir de 2014-, que son actos administrativos de contenido plútime.

En efecto, la sentencia de 5 de febrero de 2014 se refiere a las dificultades que siempre han planteado a nuestra jurisprudencia las Relaciones de Puestos de Trabajo en cuanto a su precisa caracterización jurídica, presupuesto inexcusable para resolver cuál deba ser el tratamiento que reclamen los problemas surgidos en su aplicación, tanto en el orden sustantivo, como en el procesal. Por ello subraya que dichas dificultades «han dado lugar a una jurisprudencia insegura y no siempre coherente, como ha señalado la mejor doctrina científica, que precisamente por tales dificultades supone un lastre para el objetivo de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE) a que debe aspirar la jurisprudencia en la interpretación del ordenamiento jurídico y aplicación sobre bases de igualdad (arts. 1.1 y 14.1 de la CE)».

Dicha sentencia reconoce que la jurisprudencia se había decantado últimamente por la asignación de una doble naturaleza a las RPTs, según se refiriese la cuestión al plano sustantivo o material, o al plano procesal (sentencias de 4 de febrero de 2002, 19 de junio de 2006, 4 de julio de 2012 y 10 de julio de 2013, entre otras). Pero señala que tal caracterización es incorrecta, por lo que considera procedente un cambio de rumbo, de carácter general y con vistas a la aplicación de futuro. En este sentido, la referida sentencia de 5 de febrero de 2014 concluye que lo procedente es la caracterización como acto administrativo, y no como norma o disposición general. Abundando en lo anterior, la sentencia precisa que la función jurídica de la RPT no es la de ser norma de ordenación general y abstracta de situaciones futuras, sino la de ser un acto-condición, mediante el que, al establecer de modo presente y definitivo el perfil de cada puesto, este opera como condición y como supuesto de hecho de la aplicación al funcionario que en cada momento lo sirve de la norma rectora de los diversos aspectos del estatuto funcionarial.

En nuestros dictámenes 423/2017 y 220/2018 nos hicimos eco de dicho cambio jurisprudencial y, en consecuencia con él, las posibles causas de nulidad del acto objeto de revisión deben analizarse a la luz del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, sin que resulte de aplicación el apartado 2 del mismo artículo, en el que se regula la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas de carácter general.

Expuesto lo anterior, y dado que la Corporación consultante reconoce que no existió negociación, tenemos que concluir en línea con anteriores dictámenes que dicha omisión constituye un vicio de nulidad de pleno derecho, reconducible a la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, aunque la misma se refiera a los actos dictados “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”. Si bien es cierto que, en numerosas ocasiones, hemos manifestado que las causas de nulidad deben interpretarse restrictivamente, y de ese modo debe interpretarse la prevista en el citado artículo 47.1.e), en el supuesto analizado no estamos ante la omisión de un simple trámite, sino ante la omisión de un trámite esencial que en modo alguno puede venir justificada por el hecho de que el acuerdo respondiera a una enmienda en el procedimiento de elaboración del presupuesto municipal, de inminente aprobación. Además, debe señalarse que en supuestos como el que nos ocupa, en el que los interesados están perfectamente identificados, procede la audiencia de los mismos. En este caso, simplemente consta que el interesado recibió notificación del acuerdo ya adoptado.

Además, *mutatis mutandis*, concluimos, como hicimos en el dictamen 220/2018, que la omisión de dicha negociación resulta subsumible también en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, referida a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

A este respecto, aunque en ella se aplica la misma causa de nulidad del párrafo e) antes analizada, traemos a colación las importantes consideraciones contenidas en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2010, siguiendo la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 21 de marzo y 8 de noviembre de 2002, desde la perspectiva ahora analizada, esto es:

«a) El análisis de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, no puede desconocer el marco constitucional y el contexto en que ese marco se desarrolla. El artículo 28.1 de la Constitución Española reconoce el derecho de libertad sindical y acoge la pretensión de los sindicatos de participar en un proceso de negociación en cuanto que es parte esencial de su acción representativa, como reconocen las sentencias constitucionales núms. 53/82 de 22 de julio, 7/90 de 18 de enero, 13/90 de 26 de febrero, 184/91 de 30 de septiembre, 75/92 de 14 de mayo, 168/96 de 29 de octubre, 90/97 de 6 de mayo, 80/2000, de 27 de marzo, y 224/2000 de 2 de octubre.

»El artículo 37.1 de la Constitución reconoce el derecho de negociación colectiva y de él se deriva tanto la garantía de una libertad negocial como la existencia de un mandato al legislador para establecer un sistema eficaz de negociación, habiendo destacado el Tribunal Constitucional en STC núms. 4/83 de 28 de enero, 12/83 de 22 de febrero, 37/83 de 11 de mayo, 59/83 de 6 de julio, 74/83 de 30 de julio, 118/83, de 13 de diciembre, 45/84 de 27 de marzo, 73/84, de 27 de junio, 39/86, de 31 de



marzo, 104/87 de 17 de junio, 75/92 de 14 de mayo, 164/93, de 18 de mayo, 134/94, de 9 de mayo, 95/96, de 29 de mayo, y 80/2000, de 27 de marzo, que la negociación colectiva forma parte del derecho de libertad sindical, concebido como medio primordial de acción sindical para el cumplimiento de los fines constitucionalmente reconocidos a los sindicatos en el artículo 7 de la CE.

»b) En esta línea, la Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce en su artículo 2.2 el derecho de las organizaciones sindicales a la negociación colectiva, sin distinciones o matizaciones respecto de los funcionarios públicos y su participación institucional y acción sindical en el artículo 6.1, lo que resulta también de aplicación en virtud de los convenios internacionales ratificados por España, en especial los convenios nº 151 y 154 de la OIT, que imponen la obligación de adopción de procedimientos que permitan la participación de los representantes de los funcionarios en la determinación de las condiciones de empleo y que la negociación colectiva sea aplicable a la Administración pública. c) Como dice la sentencia de esta Sala de 31 de marzo de 2008 (rec. 9431/03), no hay duda de que cualquier organización sindical está legitimada para impugnar una Relación de Puestos de Trabajo y tiene, al menos, un interés legítimo en que la Administración someta a negociación o a consulta, aunque sea con otros sindicatos, cualquier resolución que afecte a las condiciones de trabajo de los funcionarios. La aplicación de la doctrina precedente al caso examinado conduce a estimar la vulneración del artículo 28 de la Constitución en relación con los artículos 37 y 103.3 de la Constitución y 37.2 .a) del EBEP por cuanto, si como consta en las actuaciones, se ofreció un trámite de consulta a los sindicatos en el procedimiento de elaboración de la RPT en el que éstos formularon alegaciones - procedimiento válido vigente la ley 9/87 en la que, como se ha expuesto, primaba la dimensión de potestad autoorganizativa en la aprobación de las RPTs-; sin embargo, no hubo una auténtica negociación colectiva a través del instrumento idóneo cual es la Mesa de negociación, que permite, entre otras cosas, que los razonamientos de los representantes de los funcionarios puedan ser tenidos en cuenta a la hora de elaborar la disposición recurrida. Por ello, tratándose de un requisito relacionado con el ejercicio de un derecho fundamental, su ausencia debe valorarse como equivalente a la omisión de un esencial trámite procedimental incardinable en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, como ha entendido la Sala de instancia (...).»

Así pues, comoquiera que la negociación sindical forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, su omisión en el caso analizado supone una lesión de esa libertad, que por su incardinación en el artículo 28 de la Constitución, es susceptible de amparo constitucional (art. 53.2 de la Constitución), como destacamos en el dictamen 220/2018.

Una vez concluido que procede declarar la nulidad por las causas antes expuestas, hay que señalar que resulta correcto que dicha declaración alcance sólo a lo

acordado como consecuencia de la aprobación de la citada enmienda, en relación con la cual se prescindió de la preceptiva negociación colectiva.

En efecto, en este plano recordamos que, al diseñar el sistema de invalidez de los actos administrativos, el legislador dispone que la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella no hubiera sido dictado el acto administrativo (art. 49.2 de la Ley 39/2015). Del mismo modo, el artículo 51 de la citada Ley prevé que el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.



## **2.2. Dictamen 315/2022, de 12 de mayo, sobre el procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de Umbrete (Sevilla) para la declaración de nulidad del calendario laboral de la Policía Local.**

*En este asunto se analiza si conforme a la doctrina legal y jurisprudencial, concurren las causas de nulidad previstas en los apartados b), e) y f) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015.*

*Ponencia: Consejero, Juan Gorelli Hernández  
Letrada, Ana Isabel Roldán Martín*

Se somete a dictamen de este Consejo Consultivo el procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Umbrete (Sevilla), sobre revisión de oficio del calendario laboral de la Policía Local de Umbrete 2019-2020, suscrito por el alcalde y el delegado de personal funcionario el 11 de julio de 2019.

### III

En cuanto al fondo del asunto, la propuesta de resolución considera que el referido acto incurre en las causas de nulidad previstas en los apartados b), e) y f) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015.

En cuanto al primero de los vicios alegados [art. 47.1.b) de la Ley 39/2015], se considera que dicho acto administrativo ha sido dictado por órgano manifiestamente incompetente, ya que se acordó por el alcalde y no por el Pleno. Se dice en el acuerdo de inicio del expediente de revisión de oficio “que el calendario laboral fue aprobado a través de un simple acuerdo sin que se aprobase por el órgano competente para ello, correspondiendo esta competencia al Pleno municipal en virtud del artículo 22 de la LBRL”.

Con carácter previo debe indicarse respecto de este vicio de nulidad, como este Consejo viene manifestando reiteradamente (ej. dictamen 177/2019, entre otros), recogiendo jurisprudencia reiterada (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1992, 11 de mayo de 1996), que la relación entre el Pleno y el alcalde no es una relación jerárquica, sino de superioridad política. Ciertamente, esa misma doctrina ha señalado que cuando ha sido el órgano colegiado el que ha adoptado un acuerdo de competencia del alcalde, con votación favorable de éste, no debe operar dicha

causa de nulidad (pero este no es el caso en cuestión), y también ha declarado la posibilidad de ratificar la actuación del alcalde por el Pleno, que no sería una convalidación, sino simplemente la asunción como propio del acto del alcalde, de modo que la autoría del Pleno quedaría así realizada. Pero esta última doctrina, perfectamente aplicable cuando el Pleno tiene la voluntad de asumir como propia la del alcalde, no es trasladable al caso en que justamente lo que sucede es lo contrario, esto es, que el Pleno ha decidido revisar de oficio el acto. Y eso es justamente lo que sucede en el presente caso.

Los funcionarios de la Policía Local, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2. c) de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCSSE), forman parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, siéndoles de aplicación, particularmente, lo establecido en el Título V, artículos 51 a 54 de la citada norma, y, sin embargo, también son funcionarios al servicio de la Administración Local, tal como establece el artículo 3.2 del R.D.Leg. 5/2015, de 30 de octubre, Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), y los artículos 172, 173 y la disposición transitoria 4ª del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRLR), aprobado por R.D.Leg. 781/1986, de 18 de abril.

El artículo 21 de la LBRL, en su apartado 1 dispone que el alcalde es el presidente de la Corporación y que ostenta, entre otras atribuciones, la de “dirigir el gobierno y la administración municipal” (letra a), así como la de “desempeñar la jefatura superior de todo el personal” (letra h) y la de ejercer la “jefatura de la Policía Municipal” (letra i).

Asimismo el artículo 11 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de coordinación de las Policías Locales de Andalucía, en cuanto a la naturaleza jurídica de los cuerpos de Policía Local, determina que: “De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, los Cuerpos de la Policía Local son institutos armados, de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizada bajo la superior autoridad del alcalde”. En concordancia con esto último, el artículo 12 de esta misma Ley viene a disponer que: “El Cuerpo de la Policía Local estará bajo la superior autoridad y dependencia directa del alcalde, sin perjuicio de las delegaciones de competencias previstas en la normativa de Régimen Local.”

En cuanto al Pleno, el artículo 22 de la LBRL determina que corresponde a este, entre otras, “la aprobación de la plantilla de personal y de la relación de puestos de trabajo, la fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias fijas y periódicas de los funcionarios y el número y régimen del personal eventual”.



En la medida en que el calendario laboral para la Policía Local es el instrumento técnico a través del cual debe realizarse la distribución de la jornada y la fijación de los horarios de todos los funcionarios públicos que componen este colectivo, la competencia para la aprobación del mismo parece estar entre las atribuciones del alcalde al ser él quien ostenta la jefatura superior del personal y también de la Policía Local y no del Pleno como se indica genéricamente en la propuesta de resolución, en la que solo se apela al artículo 22 de la LBRL para justificar la concurrencia de esta causa de nulidad.

Para que la incompetencia pueda operar como causa de nulidad del acto administrativo se requiere el carácter manifiesto de la misma, habiendo calificado el Tribunal Supremo como manifiesta la incompetencia cuando las determinaciones competenciales que se vulneran resultan expresas y específicas. No concurre, en su caso, dicho presupuesto en el supuesto analizado, lo que impide estimar la concurrencia del vicio de nulidad previsto en el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015.

Otro de los motivos de nulidad invocados por la Administración consultante es el dispuesto en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, consistente en que por el acto en cuestión se adquieran facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición. En concreto, se alega que el calendario laboral de la Policía Local de Umbrete 2019-2020, contempla en su cláusula 4.1, un coeficiente reductor de jornada al colectivo de la Policía Local de Umbrete de aplicación sobre la jornada ordinaria de 37,5 horas semanales, lo cual implica el reconocimiento de una jornada inferior a las 1.642 horas en cómputo anual que deben prestar todos los funcionarios de la Administración Local, incluida la Policía Local, por lo que vulnera la normativa aplicable.

La apreciación de la causa de nulidad postulada exige constatar, en primer lugar, si el acto es contrario al ordenamiento jurídico.

Los Cuerpos de Policía Local, como Institutos armados, de naturaleza civil con estructura y organización jerarquizada, se rigen por las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas y demás normas reglamentarias dictadas por los correspondientes ayuntamientos. En Andalucía se rigen, además de por la LOFCSE -en los aspectos estatutarios en que así está previsto-, por la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales, y las normas específicas de régimen local que le resulten de aplicación.

En cuanto al régimen jurídico de personal aplicable a estos Cuerpos, el artículo 3.2 del TREBEP establece que “Los cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo

establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”. Por su parte la LOFCSE en su artículo 6.5 establece que “(...) reglamentariamente se determinará su régimen de horario de servicio que se adaptará a las peculiares características de la función policial”. Por consiguiente, en primer lugar, habrá de estarse a lo que se dispone en la legislación autonómica sobre Policías Locales y, en segundo lugar, una vez constatado que determinados aspectos no vienen contemplados o regulados en esta normativa autonómica, habrá de acudir a la normativa estatal y autonómica sobre Función Pública local. Conforme a ello, la jornada de los funcionarios de la policía local será la misma, en cómputo anual, que la establecida para el resto de los funcionarios del Ayuntamiento, y la de éstos, conforme al artículo 94 de la LBRL es la siguiente: “La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado. Se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada.”

En definitiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 47 del TREBEP que dispone que “las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos”, corresponderá su determinación a los ayuntamientos con sujeción, en su caso, a lo que pueda determinarse en la normativa básica sobre esta materia. En este sentido, la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, en su disposición adicional centésima cuarenta y cuarta, incorpora las medidas en materia de jornada de trabajo del II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo, y permite establecer en el sector público, en sus calendarios laborales, previa negociación colectiva, otras jornadas ordinarias de trabajo distintas de la establecida con carácter general de treinta y siete horas y media.

De este modo, corresponde a cada Entidad Local fijar el horario y jornada de trabajo de su personal en ejercicio de su potestad de autoorganización y reglamentaria otorgada por la legislación básica de carácter local (art. 4.1.a de la LBRL), previa negociación con los órganos de representación de personal (art. 37.1 del TREBEP) y siempre que se cumpla el marco legal preceptivo.

Esta interpretación resulta coincidente con la jurisprudencia al reconocer que la concreta distribución horaria de la jornada entraría dentro de la potestad de autoorganización administrativa de la que goza todo ente municipal, respetando siempre la jornada mínima y máxima establecida para los funcionarios de la Administración General del Estado. Las Entidades Locales, dentro de su facultad de autoorganización, pueden distribuir la jornada de trabajo de la forma más conveniente a las necesidades del servicio, siempre con el respeto a los derechos mínimos reconocidos en la Ley sobre el descanso diario y semanal y cómputo de horas semanales.





En este mismo sentido se pronuncia la sentencia nº 127/2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Sevilla, de 16 de junio de 2021, por la que se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por representantes del colectivo de la Policía Local de Umbrete (Sección Sindical SPPE-A) contra la Orden de Alcaldía de 3 de diciembre de 2020 y contra la resolución de Alcaldía nº 1357/2020 de 1 de diciembre de 2020, ordenando al oficial jefe de Policía la reestructuración del cuadrante de servicios de la Policía Local. Al margen del fallo de dicha sentencia, en el fundamento jurídico quinto se considera ajustada a Derecho la fundamentación que realiza el Ayuntamiento en cuanto al fondo del asunto del expediente dado que “la Disposición 4.1 del calendario laboral de la Policía local 2019-2020, contradice el régimen de jornada fijada para estos funcionarios, que debe ser en cómputo anual de 1.642 horas. Pues bien, sin perjuicio de que no le falte razón a la demandada, lo que no puede, cuando la jornada de los funcionarios públicos se encontraba fijada con anterioridad a 37,5 horas a que se hubiese firmado el calendario, sin denunciar el mismo y sin que haya habido un cambio legislativo que autorizase dicha modificación *ope legis*, proceder a la modificación de lo pactado, máxime amparándose en una potestad de autoorganización que va más allá, sin que se haya denunciado el Calendario, ni tampoco, como anteriormente se ha expuesto, se haya procedido a un cambio legislativo. La parte demandada, si a su derecho conviene puede proceder a formular, -después de la tramitación oportuna-, recurso de lesividad al objeto de proceder a desconocer lo acordado en dicho calendario que tiene la consideración de convenio, pero no sin proceder a la revisión del mismo por los cauces procedentes y sin que sea declarado lesivo, ignorar el contenido del mismo.”

Lo expuesto evidencia que el acto administrativo en cuestión infringe el ordenamiento jurídico. Ahora bien, en segundo lugar, para que opere la causa de nulidad referida, es necesario también que se adquieran facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

La apreciación de tal elemento exige partir de que, conforme a doctrina legal y jurisprudencial, las causas de nulidad de pleno derecho han de interpretarse restrictivamente, lo que no significa que, como se dijera en los dictámenes 182/2005, 543/2006, 535/2007, 536/2007 y 201/2008, entre otros, sin caer en laxitudes que el ordenamiento no consiente, haya que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para la subsunción del mismo en las causas de nulidad preestablecidas por la Ley, teniendo en cuenta la intensidad e importancia del interés público que resulte restaurado con la revisión, y el perjuicio que pueda padecer la particular, de producirse, que se convertirían así en cánones hermenéuticos que, por supuesto, han de manejarse prudencialmente en la apreciación de cualquier causa de nulidad.

Todo ello, ha declarado reiteradamente este Consejo, es especialmente aplicable a la causa de nulidad contemplada en la letra f) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015. Hoy la jurisprudencia, para evitar que esta causa de nulidad, ya de ámbito general, desvirtúe el sistema, centra su aplicabilidad en la distinción entre requisitos esenciales y requisitos necesarios. Sólo aquéllos justificarían la nulidad. Ahora bien, esta distinción, difícil desde el punto de vista lógico pues lo es entre género y especie (lo esencial es siempre necesario), que como se sabe es convencional, sólo puede ser resuelta con un juicio de razonabilidad sobre la situación concreta, ponderando a la hora de decidir o no la revisión, la intensidad del interés público restaurado con ésta, y el perjuicio a la administrada en su situación adquirida. En la práctica, este juicio de razonabilidad ha de partir, aunque no sea su único elemento, de la finalidad perseguida por la norma o normas infringidas y su relevancia para la protección de los intereses públicos siempre preferentes. Y es que de no procederse en la forma expuesta se corre el riesgo de considerar que la regla general sería la nulidad de pleno derecho, lo que lisa y llanamente resulta inadmisibile.

En el caso sometido a consideración, resulta evidente que la reducción de jornada laboral al colectivo de funcionarios de la Policía Local de Umbrete que se realiza mediante la aprobación del calendario laboral, supone el reconocimiento de un derecho careciendo de los requisitos necesarios para su adquisición tal y como se ha analizado. Por tanto, concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015.

En último lugar se invoca por la Administración consultante la concurrencia del vicio de nulidad del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, ya que el calendario laboral de la Policía Local de Umbrete 2019-2020 fue firmado directamente entre el alcalde y los representantes sindicales de la Policía Local, sin que existiese previo expediente administrativo que diese cumplimiento al procedimiento legalmente establecido.

Si bien analizar esta causa de nulidad resulta innecesario pues ya se ha estimado que concurre la prevista en la letra f) y, por tanto, el acuerdo suscrito por el alcalde y el delegado de personal funcionario el 11 de julio de 2019 es nulo de pleno derecho, sí se considera conveniente realizar algunas consideraciones en cuanto a la potestad de autoorganización municipal a la que se ha hecho referencia.

Efectivamente, dicha potestad está sujeta a los límites que, tanto para el personal funcionario como para el personal laboral, vienen impuestos por tratarse de una materia de necesaria sujeción a negociación colectiva. Esta negociación colectiva se articula como un derecho de los empleados públicos, regulado en el artículo 95 LBRL en el que, asumiendo el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos derivado de derecho constitucional a la libertad sindical, señala que: “La



participación de los funcionarios, a través de sus organizaciones sindicales, en la determinación de sus condiciones de empleo, será la establecida con carácter general para todas las Administraciones Públicas en el Estatuto básico de la función pública.” Corresponde, pues, a la Administración Municipal llevar a cabo la negociación de los términos que procedan con los colectivos de su personal en los términos previstos en los artículos 33 y siguientes del TREBEP, es decir, una vez establecida la jornada laboral en cómputo anual, la fijación de horarios de prestación del servicio corresponde al órgano competente, previa negociación con los representantes del personal, estableciendo los turnos que sean precisos, atendiendo a las disponibilidades de personal y los servicios a realizar, determinándose lo procedente en casos de emergencia y demás eventualidades. En lo relativo al objeto de la negociación el artículo 37.1 del TREBEP dispone que: “Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes: m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas”. Asimismo, en lo que respecta a los aspectos relativos a los pactos y acuerdos a suscribir entre las Administraciones Públicas y su personal, el artículo 38 del TREBEP, en sus puntos 1, 2 y 3 dispone lo siguiente: “1. En el seno de las Mesas de Negociación correspondientes, los representantes de las Administraciones Públicas podrán concertar pactos y acuerdos con la representación de las organizaciones sindicales legitimadas a tales efectos, para la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios de dichas Administraciones. 2. Los pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente. 3. Los acuerdos versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos. Cuando tales acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente.”

En definitiva, no consta en el expediente administrativo el procedimiento seguido para alcanzar el acuerdo en cuestión, si bien en la propuesta de resolución se indica que no se ajustó al procedimiento administrativo adecuado para su aprobación pues no se llevó a cabo la negociación del calendario en la Mesa General de Negociación, ni se realizó la aprobación inicial ni definitiva en el BOP de Sevilla, sino que solamente se produjo la firma y años después se publicó el calendario en el portal de transparencia. Por consiguiente, en virtud de lo expuesto, también podría estimarse el motivo de nulidad previsto en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015.

**2.3. Dictamen 439/2022, de 30 de junio, sobre el procedimiento de revisión de oficio incoado por la Consejería de Hacienda y Financiación Europea para la declaración de nulidad de una liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones.**

*En este dictamen se analiza un supuesto de nulidad por omisión del procedimiento específico de adición de bienes que pertenecieron al causante de la sucesión durante el periodo de un año anterior al fallecimiento.*

*Ponencia: Consejera, María del Mar Moreno Ruiz  
Letrado, José Luis Martín Moreno*

La Consejería de Hacienda y Financiación Europea solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de revisión de oficio tramitado en respuesta a la solicitud deducida por doña (...), en orden a la declaración de nulidad de pleno derecho de la liquidación (...), practicada por la Oficina Liquidadora de Morón de la Frontera (Sevilla).

### III

Sentado lo anterior, procede analizar la cuestión de fondo, dilucidando si la liquidación ya referida incurre en nulidad de pleno derecho, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento. A este respecto, la interesada señala que aportó dos certificados bancarios al expediente, de conformidad con lo requerido por la Administración: “1º) El comprensivo de las cuentas y mayores saldos que el fallecido había poseído durante el año anterior a la fecha de fallecimiento (...). 2º) El comprensivo de las cuentas que el fallecido poseía a la fecha de su fallecimiento y el saldo que existía en las mismas a dicha fecha. La interesada precisa que, tras dicha aportación, la Oficina Liquidadora procedió a la adición del 50% de los saldos existentes en las cuentas del Banco de (...) Nº (...) y (...). Seguidamente señala que, “a pesar de identificar que se pretendía dicha adición, se había producido otra sobre la que se guardó silencio, puesto que se había incorporado el supuesto saldo de una cuenta cuya existencia se extraía del certificado bancario emitido por la entidad Banco (...) de las cuentas que habían existido durante el año anterior al fallecimiento”.

Según la contribuyente, se trataba de la supuesta omisión de un bien, sobre la que en ningún momento se le proporcionó información, con el fin de que pudiera alegar



lo que conviniera a su derecho, con posibilidad de rechazar su inclusión en el inventario de bienes y derechos inicialmente relacionados en la autoliquidación presentada. Además, indica que no se abrió, con ocasión de ninguna de las adiciones relacionadas, el procedimiento especial requerido en el artículo 93 del Reglamento General del Impuesto sobre Sucesiones. Por ello subraya que no se otorgó el plazo de 15 días, a fin de que pudiera alegar lo que a su derecho conviniera, a pesar de que el citado artículo dispone que, expirado dicho plazo, ya sea habiendo manifestado el rechazo a la adición, o habiendo dejado transcurrir el plazo sin manifestar nada, la Oficina debe instruir un expediente a efectos de decidir en definitiva sobre la adición de los bienes que consideraba se habían de incluir en la liquidación, en cuyo acuerdo debería haber instruido a la contribuyente de los recursos que podían entablarse contra la meritada adición.

Expuesto lo anterior, hay que recordar que en las adquisiciones *mortis causa*, el artículo 11.1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD), contiene diversas presunciones, a efectos de la determinación de la participación individual de cada causahabiente en la herencia, entre las que figura la relativa a “los bienes de todas clases que hubiesen pertenecido al causante de la sucesión hasta un año antes de su fallecimiento” [pfo.a)]. Del propio precepto se desprende que se trata de una presunción *iuris tantum*, ya que opera “salvo prueba fehaciente de que tales bienes fueron transmitidos por aquél y de que se hallan en poder de persona distinta de un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante”.

El artículo 25 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (RISD), aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, se ocupa específicamente de los bienes adicionables por haber pertenecido al causante en el año anterior al fallecimiento. Se trata de un precepto ubicado en el seno del capítulo destinado a regular la base imponible, cuya configuración asume que el contribuyente puede desvirtuar la adición del modo ya indicado. En su apartado 1, párrafo segundo, se dispone que “se presumirá que los bienes pertenecieron al causante por la circunstancia de que los mismos figurasen a su nombre en depósitos, cuentas corrientes o de ahorro, préstamos con garantía o en otros contratos similares o bien inscritos a su nombre en los amillaramientos, catastros, registros fiscales, registros de la propiedad u otros de carácter público” y el párrafo tercero del mismo apartado precisa lo siguiente: “La no justificación de la existencia de dinero o de bienes subrogados no obstará al derecho de los interesados para probar la realidad de la transmisión”.

Como bien se indica en el expediente, lo que el Reglamento contempla en estos supuestos es un procedimiento especial “con cierta sustantividad”, establecido en

garantía del contribuyente. En efecto, dicho procedimiento, previsto en el artículo 93 del Reglamento opera, entre otros supuestos, en el ya referido de los artículos 11 de la LISD y 25 del RISD, y tiene como presupuesto la comprobación, por parte de la Oficina competente, de que en el inventario de bienes del causante que figura en la declaración tributaria se han omitido bienes que se encuentren en alguna de las situaciones a las que se refieren los artículos 25 a 28 y 30 de dicho Reglamento.

Aun partiendo del carácter excepcional de la revisión de oficio de actos firmes, y de la estricta interpretación que debe realizarse de la causa de nulidad consistente en haberse dictado el acto prescindiendo “total y absolutamente” del procedimiento legalmente establecido [art. 217.1.e)], el Consejo Consultivo ha señalado, de acuerdo con la jurisprudencia, que dicha causa de nulidad opera también en supuestos de omisión de trámites esenciales o alteraciones con graves desviaciones del *iter* procedimental, así como cuando se sigue un procedimiento, pero no es el legalmente previsto.

Por su caracterización, el procedimiento del artículo 93 del RISD es una garantía fundamental para dilucidar si procede la adición de bienes con pleno conocimiento de los contribuyentes, que pueden oponerse a la misma mediante el cauce especial previsto en la normativa del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, una especie de procedimiento “anidado” que se caracteriza por la interpelación a los interesados, para que en un plazo de quince días presten su conformidad a la adición de los bienes al caudal relicto del causante o se opongan a ella. En el primer caso se practica la liquidación correspondiente, incluyendo el valor de los bienes adicionales. En cambio, en caso de oposición expresa o cuando los interesados dejen transcurrir dicho plazo sin pronunciamiento alguno al respecto, la Oficina correspondiente “procederá a instruir un expediente a efectos de decidir en definitiva sobre la adición, concediendo a los interesados un plazo de quince días para formular alegaciones y aportar los documentos o pruebas que estimen convenientes a su derecho”. Una vez transcurrido ese plazo se dictará acuerdo sobre la procedencia o no de la adición. El precepto referido precisa además que el acuerdo favorable a la adición será recurrible en reposición o en vía económico-administrativa. Y concluye estableciendo que, “ultimada la vía administrativa en sentido favorable a la adición, la Administración podrá proceder a la rectificación de las liquidaciones provisionales o a practicar las complementarias que procedan”.

La propuesta de resolución objeto de dictamen apela a la sentencia de 13 de junio de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (recurso 844/2018) y lo hace para concluir que en este supuesto no era necesario instruir un procedimiento de adición de bienes. En este sentido, la propuesta señala que el artículo 11 de la Ley del Impuesto sobre



Sucesiones y Donaciones se refiere a bienes que hubiesen pertenecido al causante (durante el año anterior al fallecimiento) y que en el momento del fallecimiento ya no le pertenecen. La validez de esta interpretación vendría avalada por el hecho de que ese mismo artículo permita desvirtuar la presunción acreditando que en el caudal figuran incluidos el metálico u otros bienes subrogados en lugar de los desaparecidos con valor equivalente.

Pues bien, en el caso de las cuentas bancarias (...) y (...) consta que a fecha del fallecimiento seguían abiertas a nombre de don (...) (el causante) y doña (...) (la heredera). Tales cuentas fueron declaradas y constan en sendos certificados expedidos por la entidad bancaria el 18 de noviembre de 2014. El primero es un certificado de posiciones acreedoras a fecha del fallecimiento (pág. 147 del expediente) y el segundo de mayores saldos en cuentas del causante habidos en el período de un año anterior al fallecimiento (pág. 157 del expediente). Siendo así, no estamos ciertamente en el supuesto de bienes que hubieren pertenecido al causante en el año anterior al fallecimiento y no le pertenecen en el momento de la sucesión, pues las cuentas siguen abiertas a su nombre. Siendo esta la premisa de partida, no resulta aplicable el artículo 93 del Reglamento. El problema que se plantea es distinto, ya que lo que la Oficina Liquidadora plantea es que debe imputarse a la herencia del causante la totalidad de los saldos de dichas cuentas, aunque figuraran abiertas a nombre del causante y de la propia heredera. La jurisprudencia del Tribunal Supremo autoriza a distinguir entre titularidad de disposición y titularidad dominical, de manera que las facultades dispositivas frente a la entidad financiera del saldo que arroje la cuenta, no determina la existencia de un condominio, y menos por partes iguales, sobre dicho saldo, como señala la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000 (con cita de las sentencias de la misma Sala de 7 de junio de 1996 y 29 de septiembre de 1997, en las que se sigue la línea doctrinal marcada por la STS de 6 de febrero de 1991), recordando que la existencia de dicho condominio únicamente puede venir determinada por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la "originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta". En este mismo plano recordamos que el Derecho Tributario se atiene por lo general a lo que resulte del Derecho Civil, siendo así que el artículo 7 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, los bienes y derechos se atribuirán a los sujetos pasivos según las normas sobre titularidad jurídica aplicables en cada caso y en función de las pruebas aportadas por aquéllos o de las descubiertas por la Administración. El mismo artículo añade que, en su caso, serán de aplicación las normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos contenidas en las disposiciones reguladoras del régimen económico del matrimonio, así como en los preceptos de la legislación civil aplicables en cada caso a las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia.

En este caso consta en el expediente que la Oficina Liquidadora efectuó requerimiento a la contribuyente, exigiendo la aportación de la certificación de los saldos bancarios de las cuentas del causante a la fecha del fallecimiento y el mayor saldo habido en el año anterior (certificados que ya figuraban en relación con la entidad financiera en la que se mantenían las cuentas ya referidas, así como la partida de nacimiento del causante y de la causahabiente). En dicho requerimiento (fecha del 23 de septiembre de 2015), se anuncia a la interesada el inicio de un procedimiento de comprobación limitada con la finalidad de verificar los saldos bancarios que deban incluirse en el caudal hereditario y el grupo de parentesco en el que se incluye la heredera. Así en relación con las cuentas a las que nos venimos refiriendo se dice (pág. 158 del expediente):

“(…). Respecto al resto de cuentas en que la titularidad sea del causante y de su heredera, se requiere certificación de la procedencia de las imposiciones recibidas en la cuenta, fechas, importes, origen de las mismas, quién las realizó, documentos de apertura, etc.”

En contestación al requerimiento anterior, la interesada presentó, con fecha 16 de noviembre de 2015, dos certificados bancarios, que reiteran la información ya existente en el expediente, sin que la interesada aporte información sobre el origen de los fondos, fechas de imposición, etc., ni se refiera en modo alguno a dichos extremos. Conocida ya la información aportada por la interesada, la Oficina Liquidadora acuerda comunicar a la interesada que se va a proceder a la regularización de la presentación realiza por la contribuyente al comprobarse la omisión de bienes privativos del causante (saldos bancarios resultantes de los certificados aportados, se dice) y la aplicación correcta del grupo de parentesco, al haber quedado desvirtuada la realizada en la autoliquidación. En este contexto se acuerda dar traslado de las copias de los documentos que van a ser tenidos en cuenta por la Oficina Liquidadora en la propuesta de resolución, y entre ellos la descripción de los bienes que componen la masa hereditaria y el porcentaje de participación (pág. 170). Es importante precisar que en dicho documento se advierte ya que la Oficina Liquidadora tendrá en cuenta el 100% del saldo de las cuentas que figuran abiertas a nombre del causante y de la heredera.

Seguidamente, figura en el expediente la propuesta de resolución, que invoca la distinción entre la titularidad de disposición y titularidad dominical del dinero depositado en cuentas bancarias (se remite a las SSTs de 15 de diciembre de 1993 y 19 de diciembre de 1995, así como a la doctrina sentada al respecto por la Dirección General de Tributos). En coherencia con dicha doctrina, la propuesta señala expresamente lo siguiente: “Respecto de las libretas de ahorro declaradas al 50% en el modelo 660, números (...) y (...) se imputa el 100% de cada una, presumiendo que el





importe total de las cuentas está integrado en el patrimonio del causante. En dicha propuesta, que fue notificada a la contribuyente el 17 de diciembre de 2015, se informa que una vez concluido el plazo del trámite de alegaciones y, en su caso, estudiadas las mismas y las pruebas aportadas, se dictará la resolución que corresponda, que le será oportunamente notificada y motivada”. Como puede verse en el expediente, la propuesta no deja lugar a dudas al señalar que la presunción, *iuris tantum*, puede desvirtuarse “con la justificación de que el dinero que integran las cuentas de ahorro, procede de la heredera doña (...), mediante justificación de la salida de su propio patrimonio y entrada del dinero en la cuenta del causante” (se le pide que justifique que dicho dinero formaba parte de su patrimonio).

Sin embargo, la interesada no formuló alegaciones ni presentó ningún documento que desvirtuara la imputación a la masa hereditaria del 100% del saldo de las dos cuentas, dando lugar a que se practicara la liquidación en los términos dichos. Consta que la liquidación, confirmando la propuesta de liquidación, fue notificada a la contribuyente con fecha 9 de febrero de 2016, su entrega fue comprobada en la página web de Correos, ya que no se devolvió el acuse de recibo certificado. Para mayor seguridad fue comunicada de nuevo dicha liquidación, con fecha 30 de abril de 2016, según acuse de recibo que se acompaña, informándole de la posibilidad de interponer recurso potestativo de reposición o reclamación económica-administrativa. Sin embargo, la interesada reaccionó tardíamente ya que interpuso reclamación económico-administrativa que fue inadmitida por extemporánea, según resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía de 23 de septiembre de 2016.

De todo lo expuesto se desprende, no sólo que no resultaba exigible el procedimiento previsto en el artículo 93 del RISD con la finalidad de integrar en el caudal hereditario el 100% de los saldos bancarios antes referidos, sino que la Administración puso en conocimiento de la contribuyente el objeto del procedimiento de comprobación limitada, y facilitó en todo momento la prueba por parte de la contribuyente de la titularidad de las cantidades depositadas; quien conocía el criterio anunciado por la Oficina Liquidadora, sin que aquélla mostrara oposición alguna, ni antes de formular la propuesta de resolución, ni después de que se le notificara ésta, como tampoco recurrió la liquidación girada, confirmatoria de la propuesta. Por tanto, en relación al primer motivo de nulidad alegado, compartimos que debe desestimarse la solicitud de revisión de oficio, y lo hacemos señalando además que ni siquiera en el procedimiento de revisión de oficio encontramos ninguna argumentación de la interesada sobre la improcedencia de integrar en la masa hereditaria el 100% de los saldos de las citadas cuentas bancarias. En ningún momento aporta pruebas ni señala que el criterio mantenido por la Oficina Liquidadora fuese contrario a Derecho y desacorde con la realidad. Todo lo alegado

por la interesada queda en el terreno puramente formal, olvidando que el procedimiento en cuestión está al servicio del deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica, en este caso expresada por el importe real de la adquisición hereditaria, más allá de la apariencia de la titularidad de disposición de cuentas indistintas.

Por otro lado, la solicitante de la revisión considera que se habría producido la omisión total y absoluta del procedimiento con motivo de la integración del 100% del saldo de una cuenta abierta a nombre del causante y de su hermano, cuya existencia se extrae del certificado bancario emitido por la entidad Banco de (...) en que se expresa el mayor saldo de las cuentas existentes durante el período de un año anterior al fallecimiento. La interesada acusa a la Oficina Liquidadora de haber llevado a cabo la adición “guardando silencio al respecto”, e integrándola en la liquidación sin proporcionarle información. Es cierto que la propia Oficina Liquidadora reproduce el artículo 93 del RISD, así como el artículo 25 (modelo 033, que figura en la página 158 del documento), pero no es cierto que la adición que denuncia la contribuyente se produjera “guardando silencio” y sin información. Ya en el requerimiento de 23 de septiembre de 2015 se indica lo siguiente: “Se observa que respecto del saldo de 76.411,38 euros que figura en la cuenta 00304070520892028272 a nombre de (...) y (...), y habiendo fallecido don (...) el día 26-09-2011, dicho saldo corresponde por entero a don (...), su único heredero, por lo que se ha producido una presentación incorrecta de la autoliquidación que ha supuesto un perjuicio económico para la Administración (...).”

Dicha cuenta vuelve a aparecer en la documentación que aporta la contribuyente en contestación al requerimiento de la Oficina Liquidadora. Concretamente, figura en el certificado de mayores saldos en el período de un año anterior al fallecimiento, fechado el 9 de noviembre de 2015, pero no en el certificado de la misma fecha sobre posiciones acreedoras del causante a fecha de fallecimiento, del que se desprende que dicha cuenta se había cancelado en el momento del óbito. En el modelo 134, de apertura de alegaciones, que consta en la página 169 del documento, la Oficina Liquidadora expresa que se acompañan los documentos que van a ser tenidos en cuenta en la propuesta de liquidación, incluyendo el que indica que se tendrá en cuenta el 100% del saldo de la cuenta abierta en el Banco de (...), por importe de (...) euros, en la que el causante aparece como cotitular junto con su hermano premuerto; cuenta que no fue incluida por la contribuyente en su autoliquidación. En la propuesta de liquidación se explica nuevamente el motivo de la integración en el caudal hereditario de dicha cuenta.

En este caso sí estamos refiriéndonos a una suma dineraria que en el período de referencia pertenecía en su totalidad al causante (recordemos que fue declarado



heredero único y universal de su hermano en el procedimiento de abintestato 114/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Uno de Morón de la Frontera), pero no figura ya en el segundo de los certificados (posiciones acreedoras a fecha del fallecimiento). Siendo así estamos ante uno de los supuestos que justifican la aplicación del artículo 93 del RISD.

Sin embargo, en este particular supuesto, en el que la interesada no efectúa la más mínima alegación sobre la improcedencia material de la adición, sino que se limita a señalar que debió seguirse la tramitación prevista en el artículo 93 del RISD, consideramos que no debe accederse a la declaración de nulidad solicitada por la interesada, pues de otro modo se contribuiría a la sacralización de las formas, olvidando que la tramitación seguida por la Administración ha preservado las garantías de audiencia y contradicción, permitiendo que la interesada se hubiera opuesto a la adición de la referida suma dineraria, justificando que en el caudal figuran incluidos el metálico u otros bienes subrogados en el lugar de los desaparecidos con valor equivalente. Es la contribuyente la que guarda silencio sobre este particular, limitándose a alegar que debió instruirse el procedimiento del artículo 93, cosa que pudo hacer en cualquier momento (art. 34.1 de la LGT) desde el momento en que fue advertida de que la Oficina Liquidadora procedería en el sentido indicado (antes incluso de que se le notificara la propuesta de resolución). Siendo las formalidades sumamente importantes, no hay que olvidar que son instrumentos al servicio del interés jurídico tutelado, y en este caso ni siquiera se apunta que el resultado pudiera haber sido diferente al que fue. En estas circunstancias, aunque hubiéramos concluido que la omisión del procedimiento del artículo 93 del RISD integra un supuesto de nulidad, estaría justificada la aplicación de los límites a la revisión de oficio, dado que existen dudas sobre la procedencia de buena fe de la interesada, no sólo por su falta de colaboración a la hora de concretar el origen y destino de los fondos en cuestión, y por el silencio que guarda sobre la trascendencia que hubiera tenido la tramitación del artículo 93 del RISD, sino también porque en la autoliquidación y en la escritura pública de manifestación y aceptación de herencia aparece como hermana del causante, cuando resulta ser su prima, con la trascendencia que ello tiene a los efectos de la exigencia del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ya que pertenece al grupo IV de parentesco y no al II.

En definitiva, por todas las razones que hemos expuesto, consideramos que no procede la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho, instada por la contribuyente.

**2.4. Dictamen 578/2022, de 14 de septiembre, sobre el procedimiento de revisión de oficio incoado por la Consejería de Hacienda y Financiación Europea para la declaración de nulidad de dos liquidaciones correspondientes al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.**

*En este caso se examina si la Administración actúa con la debida diligencia al practicar la notificación de una liquidación tributaria a un contribuyente con domicilio en el extranjero.*

*Ponencia: Consejero, Juan Gorelli Hernández  
Letrado, José Luis Martín Moreno*

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de revisión de oficio de las liquidaciones 010229(...) y 010229(...), correspondientes al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, giradas a don (...).

### III

El contribuyente alega, en esencia, que la falta de notificación personal de las propuestas y acuerdos de liquidación, así como de las providencias de apremio, le han impedido acceder al expediente, al objeto de conocer su contenido y reaccionar contra las mismas. Por este motivo alega que la actuación administrativa combatida supone una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, y la indefensión causada, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española, debe ser sancionada con la declaración de nulidad de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 217.1.a) de la LGT.

En este sentido, el solicitante sostiene que sólo ha podido conocer las actuaciones de liquidación y las providencias de apremio de las liquidaciones tras recibir notificación de una diligencia de embargo de bienes inmuebles recaída en el expediente 11566341-FRRUFE.

Señala el representante del obligado tributario que la Administración intentó sin éxito la práctica de las notificaciones en la dirección “Urb. (...), (...), CP 29680”, acudiendo después a la publicación de edictos para notificación por comparecencia, a



pesar de que la Administración Tributaria conocía el domicilio de su representado en Rabat. En este sentido, señala que en las escrituras públicas de compraventa de los inmuebles objeto de liquidación consta su domicilio en Rabat, de manera que hubiera sido posible la notificación personal sin realizar un especial esfuerzo. Así lo demuestra, a su juicio, el hecho de que la diligencia de embargo por impago de las liquidaciones tributarias 010229(...) y 010229(...) sí se notificó en dicho domicilio.

Expuesto lo anterior, resulta obligado recordar la doctrina de este Consejo Consultivo citada en la propuesta de resolución, en la que venimos destacando que la especial diligencia que la Administración debe emplear para lograr la notificación personal, dado que supone una garantía para los obligados tributarios, al permitirles conocer el contenido del acto notificado y los deberes y derechos que de él se desprenden, y reaccionar en consecuencia, utilizando, en su caso, los medios de impugnación pertinentes. Desde esta óptica, el Consejo Consultivo destaca que la consideración de la correcta práctica de la notificación, desde el punto de vista de las garantías de los interesados y de la propia Administración, ha de conducir al cumplimiento riguroso de las exigencias previstas para su práctica. Tal y como recuerda la propuesta de resolución, este Consejo Consultivo ha venido considerando que la nulidad podrá apreciarse en el supuesto excepcional de que los vicios que afectaran a la notificación o la inexistencia de ésta dieran lugar a la continuación del procedimiento con desviaciones sustanciales y omisión de trámites esenciales, como consecuencia de la lesión del principio de contradicción, es decir, por la incidencia sobre ulteriores actos administrativos. Se acentúa así la relevancia de la comunicación a los interesados, como instrumento que permite la defensa de sus derechos y la contradicción en el procedimiento.

A este respecto, el Consejo Consultivo viene destacando que no puede perderse de vista la rica casuística en la materia (en la misma línea expuesta en la STS de 12 mayo 2011, entre otras), al mismo tiempo que afirma que el vicio de nulidad puede apreciarse en supuestos muy cualificados, cuando la infracción de determinadas formalidades acarrea una indefensión constitucionalmente relevante o produce una sustancial alteración o grave desviación del iter procedimental. Así ha sido visto en supuestos en los que la imposibilidad de oposición llegó a desfigurar el procedimiento, al seguirse sin el elemento fundamental de la contradicción, con el significado que cobra la intervención de los interesados en estos expedientes. En supuestos como el que nos ocupa, una defectuosa práctica de las notificaciones y el recurso abusivo a la publicación de anuncios para notificación por comparencia podría privar a los contribuyentes de la posibilidad de solicitar tasación pericial contradictoria frente al valor comprobado por la Administración, así como del derecho a utilizar los medios de impugnación frente a las liquidaciones practicadas. Por eso insiste la jurisprudencia en el agotamiento de las posibilidades de notificación

personal, que son las que aseguran la finalidad material de llevar los actos y resoluciones al conocimiento de sus destinatarios (en este sentido, puede verse las SSTC 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3, y 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2, entre otras muchas).

En este supuesto, la propuesta de resolución objeto de dictamen señala que cabe entender que la Administración no estaba obligada a notificar al contribuyente en su domicilio sito en Marruecos en ninguno de los dos expedientes. Sin perjuicio de lo anterior, aprecia un vicio de nulidad de pleno derecho en la práctica de la notificación de la liquidación 010229(...) (ITPAJDOL EH2911 2009/...), porque no se intentó la notificación en la dirección del inmueble adquirido. En cambio, aduce que dicho defecto no se produjo en relación con la práctica de la notificación de la liquidación 010229(...) (ITPAJDOL EH2911 2009/...), a la que no afectaría la declaración de nulidad.

La propuesta de resolución precisa que se intentó la notificación en la dirección indicada por el interesado en sus modelos 600 de autoliquidación por la compraventa de dos viviendas; dirección que también se hizo constar a efectos de notificaciones en la reclamación económico-administrativa interpuesta por el interesado contra la liquidación 010229(...) (anulada por el TEARA el 8 de junio de 2012 y en ejecución de la cual se emitió la liquidación 010229...). No obstante, dicha propuesta admite la relevancia que tiene el hecho de que la liquidación 010229(...) no se intentara la notificación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en el que se dispone lo siguiente:

“En las transmisiones de inmuebles, los contribuyentes no residentes en España tendrán su domicilio fiscal, a efectos del cumplimiento de sus obligaciones tributarias por este impuesto, en el domicilio de su representante, que deben designar según lo previsto en el artículo 9 de la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de no Residentes y Normas Tributarias. Dicho nombramiento deberá ser comunicado a la Administración tributaria competente en el plazo de dos meses desde la fecha de adquisición del inmueble.

Cuando no se hubiese designado representante o se hubiese incumplido la obligación de comunicar dicha designación, se considerará como domicilio fiscal del contribuyente no residente el inmueble objeto de la transmisión.”

La propuesta de resolución admite que, en relación con la notificación de la liquidación 010229(...), correspondiente al procedimiento abierto con ocasión de la compra por parte del recurrente de una vivienda situada en la Urbanización (...), (...)



(...) número (...), la Oficina Gestora realizó los intentos de notificación personal en la dirección del número (...), pero no realizó ningún intento de notificación en la dirección del inmueble adquirido, que constituye el domicilio fiscal a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados cuando el sujeto pasivo no residente no designa representante legal en España o no comunica su designación, tal y como se desprende de la norma antes transcrita. Siendo así y en línea con la interpretación mantenida por el Consejo en otros dictámenes, compartimos la conclusión que se alcanza en la propuesta de resolución en relación con dicha omisión.

Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo Consultivo debe advertir que, en determinadas circunstancias, podrá apreciarse la nulidad por falta de notificación personal en un domicilio situado en el extranjero, especialmente cuando el domicilio en el que la notificación pueda materializarse, presumiblemente, resulte de las propias actuaciones y la práctica de aquélla resulte facilitada o asegurada por el Derecho de la Unión Europea o por los convenios internacionales suscritos por España.

Ciertamente, como indica la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de junio de 2018, la notificación en el extranjero puede suponer un esfuerzo desproporcionado, aun cuando se conociera el domicilio del sujeto pasivo, en la medida en que la notificación fehaciente requiera el auxilio de las autoridades nacionales del país donde el mismo resida. Sin embargo, es bastante discutible que lo fuese en el supuesto del que ocupa dicha sentencia, ya que el sujeto pasivo residía en Alemania. En este punto, aunque no resulte de aplicación al caso, conviene recordar la virtualidad de la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE, considerando la incidencia que puede tener en la práctica de las notificaciones a obligados tributarios residentes en el extranjero.

Dicha Directiva resulta aplicable a todos los tipos de impuestos percibidos por un Estado miembro o sus subdivisiones territoriales o administrativas, con las excepciones previstas en su artículo 2.2. En su artículo 13 se contempla la llamada solicitud de notificación, que permite a las autoridades tributarias de un Estado miembro solicitar a la autoridad competente de otro Estado miembro la práctica de la notificación al destinatario, cuando no sea capaz de notificar conforme a la normativa que rige la notificación de los instrumentos de que se trate en el Estado requirente, o cuando dicha notificación pueda engendrar dificultades desproporcionadas (apdos. 1 y 4), todo ello sin perjuicio del reconocimiento de la posibilidad de que la autoridad competente de un Estado miembro notifique cualquier documento por correo certificado o por vía electrónica directamente a una persona establecida en el territorio de otro Estado miembro.

Más allá del ámbito de dicha Directiva, han de tenerse en cuenta los instrumentos de cooperación bilateral. En este sentido, compartimos la doctrina sentada en la sentencia de la Audiencia Nacional 86/2015, de 20 de julio, referida a un supuesto en el que la AEAT intentó sin éxito la notificación de la liquidación en la dirección que figuraba en su base de datos como último domicilio fiscal del obligado tributario en España, pasando, acto seguido, a la citación del contribuyente para su notificación por comparecencia, mientras que sí notificó al contribuyente la providencia de apremio en su domicilio fiscal situado en Holanda, haciendo uso de los mecanismos de cooperación existentes en el Convenio de Doble Imposición suscrito entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos. Dicha sentencia señala en su quinto fundamento jurídico lo siguiente: «la Administración, bajo el principio de buena fe, no sólo está obligada a intentar las notificaciones en los inmuebles o domicilios que le consten en territorio español, sino que está obligada a asegurar la efectividad del conocimiento de sus decisiones por residentes extranjeros, lo que implica, en lo que a nuestro supuesto afecta, la utilización de los medios de cooperación internacional previstos (en nuestro caso en el Convenio entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos), para realizar la notificación de forma eficaz». En un supuesto como el descrito, la sentencia considera que «no puede afirmarse que la Administración haya utilizado los medios que tenía a su alcance para practicar la notificación en el domicilio del contribuyente, que le era conocido, y asegurarse de este modo, el pleno conocimiento por parte del contribuyente del acto administrativo notificado, antes de acudir a las notificaciones edictales, dado el carácter supletorio y subsidiario de éstas».

*Mutatis mutandis*, nos remitimos a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los supuestos en los que resulta factible la notificación personal, encontrándose el domicilio del sujeto a notificar en el extranjero (STC 26/2020, de 24 de febrero, FJ 4, y las que en ella se citan).

Ahora bien, en el supuesto examinado consideramos que el solicitante de la revisión no acredita que la actuación administrativa combatida, al dejar de notificar las propuestas y acuerdos de liquidación en el domicilio del interesado en Rabat, represente una actitud incompatible con el principio de proporcionalidad y con la diligencia y buena fe que debe observar la Administración en la práctica de las notificaciones, máxime si se considera que la Administración no sólo intentó la notificación en el domicilio que el interesado hizo constar en el modelo de autoliquidación, sino que dicho domicilio es el mismo que el propio actor designó a efectos de notificaciones en la reclamación económico-administrativa que interpuso en 2010 contra una primera liquidación (pag. 377 del expte. electrónico), finalmente anulada por el TEARA. Este dato abundaba en la idea de que la Administración insistió en remitir las notificaciones a dicha dirección en el entendimiento de que era





apta para lograr la notificación personal. Además, la Administración intentó dicha notificación dirigiéndose al mandatario verbal que figura en la escritura. Por ello, desde la óptica del referido principio de proporcionalidad, y considerando la escasa diligencia mostrada por el actor a la hora de facilitar la práctica de la notificación personal, no puede concluirse que la falta de notificación en el domicilio del aquél en Marruecos sea reveladora de una indefensión constitucionalmente relevante causada por la Administración.

En suma, consideramos razonable que la Administración aprecie el vicio de nulidad únicamente en relación con la falta de notificación en la dirección correspondiente al inmueble adquirido, que afecta a la liquidación 010229(...) y a las actuaciones recaudatorias derivadas de la misma.

**2.5. Dictamen 587/2022, de 14 de septiembre, sobre el procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de Ronda (Málaga) para la declaración de nulidad de una resolución de la Alcaldía por la que se impone una sanción por infracción urbanística.**

*En este dictamen se analizan los requisitos que deben concurrir para considerar que un solo intento de notificación domiciliaria es suficiente para entender que la notificación está “debidamente acreditada” y efectuada dentro del plazo máximo de duración del procedimiento.*

*Ponencia: Consejero, Antonio Dorado Picón  
Letrado, José Luis Martín Moreno*

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo relativo al procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de Ronda (Málaga) para la revisión de oficio de la resolución de imposición de sanción por infracción urbanística grave (Decreto 2021-2123).

### III

1. En cuanto al fondo del asunto, la interesada considera que la resolución de 31 de mayo de 2021 (Decreto 2021-2123) está viciada de nulidad de pleno derecho, porque al notificarse cuando el procedimiento ya había caducado ha de entenderse que se ha dictado con omisión del procedimiento legalmente establecido, concurriendo así la causa de nulidad prevista en la letra e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, consistente precisamente en que el acto en cuestión se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

La interesada viene a alegar, en ese orden de consideraciones, que de acuerdo con el artículo 196.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, “el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa del procedimiento sancionador será de un año a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación”, y dado que el acuerdo de inicio se adoptó el 8 de junio de 2020, la notificación por publicación en el BOE de 2 de julio de 2021 y de forma edictal se realizaron fuera del plazo referido (aunque literalmente no sea ese el alegato, pues se alude a la fecha de remisión al BOE de la notificación, eso es exactamente lo que ha sucedido y por tanto el único hecho que puede sustentar la solicitud). Este habría



llevado a la caducidad del procedimiento de acuerdo con el artículo 25.1.b) de la Ley 39/2015 y por tanto a su inexistencia, de manera que la resolución de 31 de mayo de 2021 carecería de base procedimental y adolecería así del vicio de nulidad de la letra e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015.

Para la Administración, sin embargo, dado que el intento de notificación de la resolución de 31 de mayo de 2021 se produjo el 3 de junio de 2021, esto es, antes del 8 de junio de 2021 en que expiraría el plazo de un año previsto en el citado artículo 196.2 de la Ley 7/2002, no se habría producido la caducidad del procedimiento, de conformidad con el artículo 40.4 de la Ley 39/2015 (cita la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de octubre de 2019).

2. Una solución adecuada del asunto exige tratar y resolver dos cuestiones, cuales son: una, si efectivamente el procedimiento iniciado por acuerdo de 8 de junio de 2020 ha caducado; y otra, si es que eso es así, si ello supone el juego de la causa de nulidad pretendida o, eventualmente, de cualquier otra.

a) Para abordar la primera de ellas, debe aclararse con carácter previo y con el fin de evitar cualquier confusión, que como es sabido el acto de la notificación es un acto distinto del acto notificado, cuya validez no está determinada por aquél sino solo su eficacia (arts. 39.2 y 40.1 de la Ley 39/2015). En el presente caso la controversia que se deriva del expediente es ajena a tal dato en la medida en que ni la Administración ni la interesada discuten sobre si la notificación afecta a la validez de la resolución de 31 de mayo de 2021 ni, sorprendentemente (como resulta de lo que más adelante se expondrá), sobre la corrección de la notificación practicada, sino solo sobre si el procedimiento en el que se adoptó aquella ha caducado por haber transcurrido el plazo máximo para dictar y notificar la resolución; en este caso, si se atienden los hechos, porque la notificación se habría practicado una vez transcurrido el referido plazo máximo, produciendo la caducidad referida. Sobre esa base, la cuestión nuclear, teniendo en cuenta los alegatos de las partes, es si el intento de notificación de la resolución que pone fin al procedimiento sancionador es suficiente para concluir que no ha caducado el procedimiento. Eso no significa que la apreciación que se acaba de realizar sea irrelevante; por el contrario, mostrará toda su virtualidad en la resolución del caso. Pero antes conviene escrutar la cuestión referida como paso previo para tal resolución.

A los efectos de esa discusión debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 25.1.b) de la Ley 39/2015, en los procedimientos en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, produce la caducidad del procedimiento,

con el consiguiente archivo de las actuaciones y los efectos previstos en el artículo 95 de la Ley 39/2015. Asimismo, no debe olvidarse que de acuerdo con el artículo 40.4 del referido texto legal, “a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga, cuando menos, el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado”. Por tanto, según se desprende de este precepto, “el intento de notificación debidamente acreditado” (del texto íntegro de la resolución) permite entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento en cuestión.

Por tanto, se trata de dilucidar si el intento de notificación de la resolución de 31 de mayo de 2021, realizado el 3 de junio de 2021, esto es, antes de expirar el plazo de duración para la resolución del procedimiento y la notificación de ésta, y que consta acreditado en el expediente, permite concluir que el procedimiento no ha caducado.

La respuesta es que ese intento no cumple la función prevista en el artículo 40.4 de la Ley 39/2015, pues tal intento no atendió las exigencias del artículo 42.2 de la Ley citada. Ni la Administración ni la interesada discuten en el expediente la corrección de la notificación practicada. Esta última considera que la remisión al BOE para proceder a la notificación tuvo lugar cuando ya había transcurrido el plazo indicado de un año desde el inicio del procedimiento. La Administración, por su parte, parece considerar que un solo intento de notificación domiciliaria (en este caso el realizado el 3 de junio de 2021) es suficiente cuando claramente el artículo 42.2 exige, en el caso de las notificaciones en papel (como es el caso) que se practiquen en el domicilio del interesado (como también es el caso) porque éste sea conocido (de hecho tales notificaciones son las procedentes en el supuesto considerado), que se realicen dos intentos de notificación y no uno, y en jornadas distintas. La “notificación intentada” a que se refiere el artículo 44, párrafo primero, no puede ser otra que la que cumpla con las reglas impuestas en la propia Ley 39/2015 y que en el supuesto considerado consisten en la necesidad de realizar un doble intento de notificación domiciliaria. El que se dejara aviso en el buzón no suple tal deficiencia. Dado, pues, que no se ha dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 42.2, citado, no puede conferirse virtualidad al intento de notificación de 3 de junio de 2021.

Aunque sin capacidad normativa para imponerse sobre las referidas previsiones legales, debe recordarse que el propio Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (aprobado por Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, establece en su artículo 42 lo siguiente: “si intentada la notificación en el domicilio del interesado, nadie pudiera hacerse cargo de la misma, se hará constar este extremo en la documentación



del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se intentó la misma, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes” (apartado 1); “si practicado el segundo intento, éste resultase infructuoso por la misma causa consignada en el párrafo anterior o bien por el conocimiento sobrevenido de alguna de las previstas en el artículo siguiente, se consignará dicho extremo en la oportuna documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se realizó el segundo intento” (apartado 2); “una vez realizados los dos intentos sin éxito, el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal deberá depositar en lista las notificaciones, durante el plazo máximo de un mes, a cuyo fin se procederá a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, debiendo constar en el mismo, además de la dependencia y plazo de permanencia en lista de la notificación, las circunstancias expresadas relativas al segundo intento de entrega. Dicho aviso tendrá carácter ordinario” (apartado 3).

En definitiva, el solo intento de notificación domiciliaria realizado el 3 de junio de 2021 no es suficiente para alcanzar la finalidad prevista en el artículo 40.4 de la Ley 39/2015, de modo que ha de concluirse que el procedimiento ha caducado.

b) La segunda cuestión es la consecuencia de tal caducidad. La interesada sostiene que tal consecuencia es la nulidad de la resolución de 31 de mayo de 2021 y cita sentencias del Tribunal Supremo en su apoyo. Sin embargo, las sentencias invocadas (24 de septiembre de 2008, 10 de enero de 2017 y 19 de marzo de 2018), prescindiendo de su mayor o menor profundización sobre la causa de nulidad de pleno derecho alegada (pues al fin y al cabo al Tribunal resultaba de alguna manera irrelevante en los casos examinados en ellas que se trate o no de un supuesto de nulidad de pleno derecho a los efectos de la anulación del correspondiente acto), se refieren a supuestos en que el acto que ponía fin al procedimiento se adoptada cuando el mismo ya había caducado, lo que no sucede en el caso aquí considerado, pues cuando se dictó la resolución que en el supuesto sometido a dictamen puso fin al procedimiento (31 de mayo de 2021), el mismo no había caducado (el plazo expiraba el 8 de junio de 2021).

En el caso en cuestión, en efecto, no es posible sostener la nulidad de la resolución referida, pues a ella no se achaca ningún vicio, ni resulta tampoco del expediente tacha alguna de nulidad radical. Es artificioso sostener que como ha caducado el procedimiento, la resolución referida se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y, por artificioso, inexacto, puesto que se ha seguido el procedimiento debido para dictarla y la misma se ha

adoptado en un procedimiento existente por no estar caducado en el momento de tal adopción. Cosa distinta hubiera sido si la resolución de 31 de mayo de 2021 se hubiese dictado una vez expirado el plazo de un año citado, esto es, una vez caducado el procedimiento, pero eso no ha sido así. Lo que se ha producido es una falta de notificación, pues la realizada es inválida, lo que no afecta a la validez de la resolución de 31 de mayo de 2021 (debe recordarse lo expuesto sobre la distinción entre el acto notificado y el acto de su notificación), pero sí a su eficacia, y que ha llevado a la caducidad del procedimiento.

En consecuencia, lo que procede no es la declaración de nulidad de pleno derecho de la resolución de 31 de mayo de 2021, pues ningún vicio de nulidad radical puede atribuírsele, sino simplemente la declaración de tal caducidad con archivo de las actuaciones e inicio de un nuevo procedimiento sancionador si es que no ha prescrito la infracción conforme a los artículos 210.1, párrafo primero, y 211.1 (plazo de prescripción de cuatro años para las infracciones graves y muy graves) de la Ley 7/2002, de acuerdo con el artículo 95.3 de la Ley 39/2015, y debe notarse que según resulta del acuerdo de incoación, el mismo vino motivado por acta de inspección de 30 de noviembre de 2018 e informe complementario de 3 de diciembre de 2018.

3. En consecuencia, procede la desestimación de la solicitud formulada y la declaración de caducidad del procedimiento sancionador en los términos referidos.



**2.6. Dictamen 787/2022, de 24 de noviembre, sobre el procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de Mijas (Málaga) para la declaración de nulidad de un Decreto de la Alcaldía por el que se desestima la solicitud de indemnización por gastos judiciales.**

*El interesado en este caso basa su solicitud de declaración de nulidad en la falta de motivación de la resolución denegatoria y en la vulneración del derecho de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución, concluyéndose en el dictamen que no concurre ninguna de las causas alegadas por el mismo.*

*Ponencia: Consejero, Antonio Dorado Picón  
Letrado, José Luis Martín Moreno*

Se somete a dictamen de este Consejo Consultivo el procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Mijas (Málaga), en relación con la solicitud de revisión de oficio formulada por don (...) para la declaración de nulidad del Decreto de 14 de mayo de 2021, por el que se desestimó la petición formulada por éste, para percibir una indemnización correspondiente a los gastos judiciales derivados del procedimiento de diligencias previas número 430/2017, seguidas en el Juzgado de Instrucción Número Dos de Fuengirola, en su condición de alcalde de Mijas.

### III

Sentado lo anterior, procede examinar si concurren los vicios de nulidad denunciados por el interesado, quien sostiene que el Decreto de 14 de mayo de 2021 no ha respetado la Ley, al haber prescindido del procedimiento legalmente establecido, resultar arbitrario y carecer de motivación, además de haber vulnerado el derecho de igualdad ante la Ley, previsto en el artículo 14 de la Constitución.

Ante todo, hay que recordar que el acto cuya revisión solicita denegó la solicitud del interesado para que se le abonase la indemnización correspondiente a los gastos judiciales derivados del procedimiento de diligencias previas número 430/2017, seguidas contra el mismo en el Juzgado de Instrucción Número Dos de Fuengirola por la posible comisión de un delito de prevaricación, en su condición de alcalde de Mijas; procedimiento en el que recayó auto de sobreseimiento. Precisado lo anterior,

pasamos a abordar los dos motivos de nulidad esgrimidos por don (...).

1. El ex alcalde insiste en que la resolución desestimatoria se adoptó sin motivación alguna, y más aún, precisa, cuando con posterioridad a su solicitud se ha reconocido el derecho indemnizatorio al concejal del Grupo Popular don (...), como consecuencia de su defensa procesal en los autos de diligencias previas 430/2017, “en un caso idéntico (...) y en las mismas diligencias, por los mismos hechos y en concepto de autor”.

De este modo, el interesado parece invocar las causas de nulidad previstas en el apartado 1, párrafos a) y e), del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, que se refieren, respectivamente, a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y a los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

En esta materia, el Consejo Consultivo viene señalando desde su dictamen 6/1997 que uno de los principios medulares del esquema legal sobre la invalidez de los actos administrativos es el carácter restrictivo y excepcional de la nulidad absoluta, frente a la regla general de la simple anulabilidad. En particular, tratándose de defectos formales, el legislador ha establecido una gradación cuyo punto de partida es que “el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos esenciales para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión” (art. 48.2 de la Ley 39/2015).

En relación con la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e), hemos destacado que su aplicación responde desde antiguo a unos presupuestos sumamente exigentes subrayados por el propio legislador con la expresión adverbial “total y absolutamente”. En la generalidad de los casos será difícil apreciar que la Administración haya prescindido total y absolutamente del procedimiento, y esto explica la evolución jurisprudencial que permite considerar que la omisión de trámites esenciales puede constituir también un vicio de nulidad, caracterizado por la gravedad de la omisión y su trascendencia en el iter procedimental, considerando la finalidad perseguida través de dichos trámites para la conformación de la voluntad administrativa. Precisamente por ello venimos aplicando cánones interpretativos estrictos, evitando la equiparación de las infracciones procedimentales que únicamente daría lugar a la apreciación de un vicio de anulabilidad, con la omisión de trámites esenciales que acarrearán la nulidad de pleno derecho.

En este caso, el interesado trata de justificar la declaración de nulidad que postula realizando una extensa exposición sobre la falta de motivación de la resolución





denegatoria de su solicitud de indemnización por gastos procesales. En este sentido, alega que todas las decisiones administrativas están sujetas a la exigencia de motivación, remitiéndose a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2002. Señala el interesado que la motivación de las resoluciones administrativas tiene un doble fundamento, cual es erradicar la arbitrariedad de la Administración y dar a conocer al interesado las razones por las que se ha tomado la decisión, permitiéndole así el ejercicio de los recursos. En el supuesto que nos ocupa, según razona el interesado, la Administración se habría limitado a “desestimar su solicitud en cuanto al reconocimiento del derecho indemnizatorio, tras el dictado de un sobreseimiento libre, sin motivación alguna”. Sin embargo, no podemos compartir la tesis del solicitante de la revisión de oficio por las razones que seguidamente exponemos.

Ciertamente, la motivación de los actos administrativos es esencial en un Estado de Derecho, en el que la Constitución proscribiera la arbitrariedad (art. 9.3) y encomienda a los tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1), como también es presupuesto para que los particulares puedan defender los derechos que entiendan conculcados por la actuación administrativa.

También es cierto que la omisión de la motivación podría dar lugar a un vicio de anulabilidad y, excepcionalmente, de nulidad. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional precisa que la ausencia de motivación deja de ser una cuestión de legalidad ordinaria y ajena a la jurisdicción constitucional cuando se trate de resoluciones adoptadas en un procedimiento sancionador, o de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de otros derechos. En ese contexto, la jurisprudencia constitucional (STC 46/2014, de 7 de abril, FJ 4) ha señalado que cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, «el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación no solo es una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos” (STC 26/1981, de 17 de julio, FJ 14; doctrina reiterada, por todas, en las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12, y 17/2009, de 26 de enero, FJ 2)».

En el supuesto que nos ocupa, resulta indiscutible que la resolución dictada por el alcalde de Mijas dando respuesta a la solicitud del interesado, no podía prescindir de la motivación, pero la alegada omisión, inexistente como se verá, habría dado lugar, en su caso, a la apreciación de un vicio de anulabilidad y no de nulidad radical.

Sin embargo, en contra de lo que afirma el interesado, resulta que el Decreto de la Alcaldía de 14 de mayo de 2021 no adolece de motivación. Como bien señala el informe de la Asesoría Jurídica, dicho Decreto transcribe el informe emitido por el entonces funcionario titular de la Asesoría Jurídica, en el que se expresan las consideraciones jurídicas que sirven de fundamento a la desestimación de la solicitud, con invocación de la STS de 4 de febrero de 2002, y análisis de su aplicación al presente caso, a la vista del auto de sobreseimiento libre ya mencionado.

En este plano, conviene recordar que el artículo 88.6 de la Ley 39/2015 dispone que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma, acogiendo así la *motivación in aliunde* de los actos administrativos, una técnica respetuosa con la finalidad de la motivación en la medida en que «satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración» (SSTS 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000, y 31 de julio de 1990, a las que se remite la STS de 6 de noviembre de 2013).

El expediente demuestra que en este caso existió motivación y el interesado pudo ejercer la defensa de su derecho, como acredita el recurso de reposición que formuló contra la resolución denegatoria de su solicitud, demostrando que conocía las razones de la misma, aunque discrepara de su fundamentación y acierto. Pese a ello se aquietó frente a la desestimación del recurso de reposición y ahora postula una segunda revisión por una vía excepcional que no puede prosperar.

2. Por otra parte, la argumentación del solicitante de la revisión se basa en que la respuesta del Ayuntamiento supuso la vulneración del derecho de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución.

En relación con este supuesto vicio de nulidad, denunciado por el interesado, conviene precisar que el Tribunal Constitucional disipó tempranamente las dudas sobre el alcance de la formulación empleada por el constituyente al sancionar el principio de igualdad de trato en nuestra Carta Magna. En este sentido, la jurisprudencia constitucional señala que dicho principio «está asimilado en cuanto a su reconocimiento y tutela a los derechos fundamentales y libertades públicas propiamente dichos, por lo que puede considerársele incluido entre ellos» (STC 10/1981, de 6 de abril, FJ 7). Efectivamente, el principio general de que los españoles son iguales ante la Ley se traduce en «un derecho subjetivo a obtener un trato igual»; derecho que «impone una obligación a los poderes públicos, de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas» (STC 49/1982, de 14 de julio, FJ



2). Así pues, estamos ante un derecho susceptible de amparo constitucional, tal y como exige el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, lo anterior supone que «en supuestos de hecho iguales deben ser aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también». En este sentido, se quebranta dicho derecho si tras realizar el correspondiente juicio de igualdad (que es siempre un juicio relacional) se llega a la conclusión de que se lesiona dicho derecho cuando se establece una diferencia de trato infundada ante situaciones subjetivas equiparables (307/2006, de 23 de octubre, FJ 4).

En relación con el derecho esgrimido por el solicitante de la revisión, hay que tener en cuenta que el artículo 75.4 de la Ley 7/1985 dispone que los miembros de las corporaciones locales percibirán indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el Pleno de la Corporación; derecho que, asimismo, reconoce el artículo 13.5 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

En relación con dichos preceptos, la STS 4 de febrero de 2002, invocada por el Ayuntamiento consultante para denegar el reconocimiento de la indemnización por gastos judiciales reclamada por el ex alcalde de Mijas, precisa que la noción jurídica del concepto utilizado por la Ley comprende el resarcimiento de cualquier daño o perjuicio, tanto por gasto realizado, como por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación. En su tercer fundamento de Derecho, la referida sentencia afirma que, «tratándose de gastos de representación y defensa en un proceso penal, la Corporación puede, en uso de la autonomía local, considerarlos como indemnizables a título de gastos ocasionados en el ejercicio del cargo, siempre que no concurren circunstancias que obliguen a calificarlos como gastos realizados en interés propio o a favor de intereses ajenos al general de la entidad local». En el mismo fundamento de Derecho indica el Tribunal Supremo que para que proceda reconocer dicha indemnización es necesario que se cumplan las siguientes exigencias:

«Que hayan sido motivados por una inculpación que tenga su origen o causa directa en la intervención del miembro de la Corporación en una actuación administrativa o de otra índole realizada en el cumplimiento de las funciones atribuidas por las disposiciones aplicables a su actividad como tal miembro de la Corporación o en cumplimiento o desarrollo de acuerdos de los órganos de ésta. Estos gastos debe entenderse, en principio, que se trata de gastos generados con ocasión del ejercicio de sus funciones, pues la causa remota de la imputación penal radica en una conducta de estas características.

»Que dicha intervención no haya sido llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder o en convergencia con intereses particulares propios de los interesados o del grupo político o de otra índole al que pertenecen susceptibles de ser discernidos de los intereses de la Corporación, pues en tal caso la actuación no puede considerarse como propia del ejercicio de la función, sino como realizada en interés particular, aunque externa o formalmente no sea así.

»Que se declare la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de conocimiento en los hechos determinantes de la responsabilidad penal, la inexistencia de éstos o su carácter lícito. De haberse contraído responsabilidad criminal no puede entenderse que la conducta realizada lo haya sido en el ejercicio de sus funciones, sino abusando de ellas. De no haberse probado la falta de participación en hechos penalmente reprochables, aun cuando concurren causas subjetivas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal, cabe estimar, en atención a las circunstancias, que los gastos de defensa no dimanen del ejercicio de las funciones propias del cargo, dado que no pueden considerarse como tales aquellas que objetivamente hubieran podido generar responsabilidad criminal.

»Este último requisito dimana del hecho de que la responsabilidad penal es de carácter estrictamente personal e individual, pues descansa en el reconocimiento de la culpabilidad de la persona. En consecuencia, la carga de someterse al proceso penal para depurar dicha responsabilidad es también, en principio, de naturaleza personal. De este principio general deben sin embargo excluirse aquellos supuestos en los que el proceso conduce a declarar inexistente la responsabilidad penal por causas objetivas ligadas a la inexistencia del hecho, falta de participación en él, o carácter lícito del mismo [...].»

Pues bien, a diferencia de lo que sucedió con el ahora solicitante de la revisión de oficio, consta en el expediente que al concejal del Grupo Popular don (...) sí se le reconoció indemnización por los gastos procesales que asumió para su defensa procesal en las mismas diligencias previas, pero la diferencia de trato tiene una justificación objetiva y no supone, en modo alguno, una interpretación arbitraria de la norma que beneficie a un cargo político y perjudique al otro con quebranto del principio de igualdad en la aplicación de la Ley.

En efecto, se violaría el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley «si un mismo precepto se aplicara en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias», pero cuando se produce la «adecuación de la interpretación de la norma a las exigencias del caso» ello no supone una interpretación arbitraria (STC 14/1982, de 21 de abril, FJ 7, *mutatis mutandis*).

En el caso del concejal citado se dictó auto de sobreesimiento libre con fecha 20 de mayo de 2020, y si bien es cierto que con respecto a ambos investigados concluye



la instructora que las diligencias de instrucción practicadas no permiten entender que concurren indicios suficientes para continuar las actuaciones, el Ayuntamiento consultante explica que el reconocimiento al concejal del derecho indemnizatorio, mediante Decreto de 5 de octubre de 2021, lo fue en atención al cumplimiento de los criterios jurisprudenciales que se fijan en la STS de 4 de febrero de 2002, y, más concretamente, en consideración a “su falta de participación en los hechos que fueron objeto de las Diligencias Previas 430/2017”, tal y como se desprende del referido auto (por error se dice que se dicta el 30 de junio), como se verá a continuación, al destacar la actuación que la instructora atribuyó al alcalde.

Efectivamente, la denegación de la indemnización solicitada por el interesado encuentra fundamento en su conducta como ex alcalde, que se concreta en los siguientes hechos, con independencia de que la continuación de la vía penal se descartara motivadamente por la instructora (pág. 106 y ss. del expediente electrónico examinado), sin dejar de señalar las responsabilidades de otro orden que podría apreciarse:

«[...] pese a las acreditadas irregularidades administrativas en que se incurrió en la ejecución del local para la asociación de vecinos (...), éstas han de circunscribirse al ámbito administrativo, atendido que no concurren algunos de los requisitos para apreciar la comisión de un delito de prevaricación [...]

»Ha quedado claro en la instrucción que la ejecución de la obra fue a iniciativa del entonces alcalde del municipio de Mijas a las promesas realizadas a la asociación de vecinos [...] lo que al margen de que pudiera servir para captar el voto para sí y/o su partido político en las próximas elecciones locales, suponía en realidad un beneficio para los vecinos de la zona que venían demandando un local al Ayuntamiento desde hacía años [...] irregularidades administrativas al ejecutar esta obra hay, y muchas, pero éstas han de circunscribirse al ámbito administrativo y en éste se han de tratar de solventar».

Más adelante, el auto alude a la inexistencia de expediente municipal para la ejecución de la obra y añade que no se solicitó informe del área municipal de Urbanismo y la obra está ejecutada sobre suelo calificado como zona verde pública, lo que impedía una construcción destinada a uso cívico-social. El auto termina afirmando que, aunque se haya incurrido en múltiples irregularidades administrativas (hasta el punto de que pudiera ordenarse el restablecimiento a la situación anterior “si no se modifica el planeamiento urbanístico”) “no es dable criminalizar la conducta de ninguno de los investigados a los que ningún interés espurio o de enriquecimiento, ni de perjuicio al patrimonio municipal les movía”, lo cual lleva a concluir que no concurre ni un delito de prevaricación ni de malversación, “sin perjuicio de las responsabilidades en que pudieran haberse incurrido en la vía administrativa”.

En suma, la diferencia de trato entre ambos cargos públicos no supone un tratamiento arbitrario y desigual carente de fundamento, sino que se justifica por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia y tiene un fundamento objetivo, basado en que la actuación de uno y otro no es equiparable, de manera que no puede apreciarse una vulneración del principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley.



### 3. REVOCACIÓN TRIBUTARIA

#### 3.1. Dictamen 1/2022, de 13 de enero, sobre el procedimiento incoado por la Consejería de Hacienda y Financiación Europea para la revocación tributaria de un acuerdo sancionador.

*En este dictamen se concluye que procede la anulación de la sanción de acuerdo con la doctrina de la concatenación de la liquidación y de la sanción.*

*Ponencia: Consejera, Begoña Álvarez Civantos  
Letrado, José Luis Martín Moreno*

La Consejería de Hacienda y Financiación Europea solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de revocación tributaria del acuerdo sancionador número 0252410190676.

En concreto, el objeto del procedimiento, viene constituido por la revocación del acuerdo de imposición de sanción por importe de 37.932,12 euros.

#### IV

Sentado lo anterior, procede examinar si existe fundamento para la revocación del acuerdo sancionador número 0252410190676.

Antes hay que precisar que dicha sanción trae causa de la liquidación de la compraventa de una finca por parte de la entidad (...), formalizada en escritura pública con fecha 6 de septiembre de 2010. Presentada autoliquidación, la Administración tramitó un procedimiento de comprobación limitada (expediente COMPLINS-EH4101-2014/119), notificando a la contribuyente, con fecha 11 de julio de 2014, la liquidación núm. 0102411113612. En relación con dicha liquidación se tramitó procedimiento sancionador (expediente SANCILIM-EH4101-2014/6), que finalizó con la sanción controvertida (documento 0252410190676).

Una vez anulada la liquidación 0102411113612, en virtud de resolución del Tribunal Económico Administrativo-Regional de Andalucía de 29 de julio de 2016 (que apreció defecto de motivación en la valoración del bien, anulando la liquidación y ordenando la retroacción de actuaciones), la contribuyente insta también la

anulación de la resolución sancionadora, al entender que la anulación de aquella justifica la revocación del acuerdo sancionador.

En cambio, la propuesta de resolución objeto de dictamen considera que no procede la revocación de la sanción, y en este sentido destaca que la interesada conocía el acuerdo sancionador y no presentó recurso alguno contra el mismo, sino que dejó que adquiriera firmeza, aun cuando se encontraba pendiente de la resolución del recurso de reposición que interpuso contra la liquidación tributaria.

Por su parte, el informe del letrado de la Asesoría Jurídica de la Agencia Tributaria señala que no procede la revocación al haber operado el plazo de prescripción de cuatro años (artículo 66 de la LGT). En este sentido, precisa dicho informe que, habiéndose presentado la solicitud de revocación de la sanción el día 6 de octubre de 2020, dicho plazo habría transcurrido en exceso, teniendo en cuenta que la notificación del acuerdo sancionador tuvo lugar el 27 de febrero de 2015. A mayor abundamiento, el informe señala que también habría transcurrido dicho plazo si el cómputo se realiza desde la notificación de la resolución del TEARA que anuló la liquidación (19 de septiembre de 2016).

Ciertamente, el artículo 219.2 de la LGT establece que la revocación sólo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción. A este respecto, en nuestros dictámenes (138/1999 y 293/2008, entre otros) hemos recordado que la regulación de la prescripción expresa un equilibrio entre el principio de justicia material y el de seguridad jurídica, lo cual justifica el establecimiento de plazos para el ejercicio de derechos y potestades, que no pueden permanecer abiertos *sine die*.

En este caso, el plazo de prescripción de cuatro años debería computarse desde que se notificó la resolución del TEARA anulatoria de la liquidación que sirvió de base para cuantificar la sanción controvertida; planteamiento que concuerda con la teoría de la *actio nata*, según la cual el cómputo del plazo de prescripción debe computarse a partir del momento en el que puede ejercitarse la acción. Bajo esta premisa, la aplicación del límite temporal impuesto por el artículo 219.2 de la LGT impediría la revocación, considerando el motivo aducido por la mercantil interesada (reconocido también por el órgano gestor).

Sin embargo, la propia normativa tributaria ha arbitrado una solución específica que conduce a la anulación del acuerdo sancionador, a partir de la vinculación entre la liquidación anulada y la sanción que trae causa de la misma. Aunque la liquidación y la sanción responden a potestades diferentes, ejercitables en procedimientos separados, existe una concatenación lógica y jurídica entre ambas, que se refleja en el apotegma “sin liquidación no hay sanción”. A él se apela para indicar la relación entre ambas





obligaciones y las consecuencias que derivan de la anulación de la liquidación.

Aunque con distintas palabras y acudiendo improcedentemente a la vía de la revocación, lo expresa en su informe el órgano que dictó la liquidación al señalar lo siguiente: “[...] se advierte que el fallo del TEARA de 29 de julio de 2016, que anula la liquidación con núm. de documento 0102411113612, es una circunstancia sobrevenida que afecta a la situación jurídica de la entidad interesada, ya que con la anulación de la liquidación desaparece el objeto que motivó la tramitación del procedimiento sancionador [...]”

Esa circunstancia sobrevenida, que no es otra que la anulación de la liquidación en la vía económico-administrativa, tiene su propio tratamiento en el Reglamento general de desarrollo de la LGT en materia de revisión en vía administrativa (en adelante RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. En concreto, en sede de ejecución de las resoluciones administrativas resolutorias de los procedimientos de revisión, el artículo 66, apartado 4, del citado Reglamento dispone lo siguiente:

“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo del asunto, la resolución ordenará la retroacción de las actuaciones, se anularán todos los actos posteriores que traigan su causa en el anulado y, en su caso, se devolverán las garantías o las cantidades indebidamente ingresadas junto con los correspondientes intereses de demora.”

En el supuesto examinado, como ya hemos dicho, el TEARA ordenó la retroacción de actuaciones y la anulación de la liquidación al apreciar defecto de motivación en la valoración del bien, de modo que estamos ante un vicio de forma con la virtualidad invalidante que acabamos de señalar.

La resolución del TEARA que anuló la liquidación afirma que “la indicada falta de motivación de la valoración conlleva la anulación de la liquidación, sin que proceda analizar los restantes motivos de oposición, debiendo retrotraerse las actuaciones en vía de gestión al momento en que se produjo el referido defecto formal”, y ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239.3, segundo párrafo, de la LGT y 66.4 de Reglamento antes citado.

La firmeza de la sanción cuestionada no es óbice para su anulación. No lo sería por la vía de la revocación, puesto que dicha institución opera sobre actos firmes. Por ello no puede aceptarse la argumentación de la propuesta de resolución objeto de dictamen que, en síntesis, aduce que la interesada consintió el acuerdo sancionador,

dejando que adquiriera firmeza. Es más, ni siquiera cabe presumir que la mercantil interesada consintió dicho acuerdo, pues legítimamente podía esperar el desenlace de su reclamación económico-administrativa frente a la liquidación, cuya anulación se proyectaría también *-ipso iure-*, sobre la sanción, en virtud del artículo 66.4 del RGRVA. Se trata de una estrategia procedimental irreprochable cuando no se aducen motivos autónomos de impugnación de la sanción. En este contexto cuesta apreciar un aquietamiento, y más bien cabe presumir que la interesada conocía que la anulación de la liquidación determinaría la suerte de la sanción. A mayor abundamiento, creemos que su conducta se explica en el referido contexto, porque consta que la interesada alegó en contra de la propuesta sancionadora, y lo hizo precisamente aduciendo su desacuerdo con el valor comprobado del inmueble que adquirió, así como la falta de motivación. Dichas alegaciones fueron desestimadas por la Administración, que advirtió a la contribuyente de que podría reproducirlas “en el momento de interponer recurso de reposición, cuando le llegue la liquidación (...)”.

Por tanto, la firmeza de la sanción no es un argumento válido para rechazar la solicitud de revocación, pero ya hemos adelantado que la normativa tributaria ha arbitrado una solución al problema suscitado por la vinculación lógica y jurídica entre la liquidación anulada y la sanción que trae causa de la misma. El artículo 66.4 no deja lugar a dudas: la anulación de la liquidación por motivos de forma lleva consigo la anulación de la sanción, con independencia de que quede imprejuizada la cuestión de fondo, y la procedencia o no de la liquidación y de la sanción, así como sus respectivas cuantías, en su caso.

La práctica de una nueva liquidación pasaría por la retroacción de actuaciones ordenada por el TEARA; retroacción que permite subsanar el vicio cometido, esto es, la falta de motivación del valor comprobado, y girar una nueva liquidación. La eventual imposición de una sanción por la misma conducta infractora pasaría por un nuevo procedimiento sancionador, tras la anulación de la primera sanción de conformidad con lo previsto en el artículo 66.4 del RGRVA, al que se remite la resolución del TEARA. Tal y como ha precisado el Tribunal Económico-Administrativo Central, la tramitación de un segundo procedimiento sancionador en estos casos no está vedada por el principio *ne bis in idem* en su vertiente procedimental (resolución de 5 de octubre de 2017, entre otras).

Estamos ante un supuesto que ciertamente ha de ser inusual si se hace un correcto entendimiento del artículo 66.4 del RGRVA y de las consecuencias de la separación conceptual entre la potestad de la Administración para determinar la deuda tributaria y la potestad sancionadora. Por ello creemos que resulta conveniente realizar las consideraciones que siguen, para terminar explicando con más detalle la conclusión que ya hemos avanzado, en el sentido de que procede la anulación de la sanción en



ejecución del fallo del TEARA, sin examinar la cuestión de fondo en clave de revocación.

Es cierto que el legislador pone especial énfasis en la separación de las potestades indicadas, al señalar en la exposición de motivos de la vigente LGT que “su título IV regula, a diferencia de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, la potestad sancionadora en materia tributaria de forma autónoma y separada de la deuda tributaria, tanto los aspectos materiales de tipificación de infracciones y sanciones como los procedimentales, estos últimos ausentes en dicha Ley”. Y en el mismo sentido, señala que en “el capítulo IV del título II se regula la deuda tributaria, que no comprende el concepto de sanciones, las cuales se regulan de forma específica en el título IV de la Ley”; en la misma dirección destaca que “Se establece la regla general del procedimiento separado aunque, en aras de la economía procesal, se excepciona en los supuestos de actas con acuerdo y en los casos de renuncia del obligado tributario, con el fin de mejorar la seguridad jurídica”. A la misma distinción responden los siguientes preceptos de la vigente LGT: el artículo 17.2, al señalar que “De la relación jurídico-tributaria pueden derivarse obligaciones materiales y formales para el obligado tributario y para la Administración, así como la imposición de sanciones tributarias en caso de su incumplimiento”; el artículo 25.2, al precisar que “Las sanciones tributarias no tienen la consideración de obligaciones accesorias”; y el artículo 58.3, en el que se dispone que “Las sanciones tributarias que puedan imponerse de acuerdo con lo dispuesto en el título IV de esta ley no formarán parte de la deuda tributaria, pero en su recaudación se aplicarán las normas incluidas en el capítulo V del título III de esta Ley.”

En cambio, la Ley 230/1963 partió de un planteamiento muy diferente, en el que las sanciones formaban parte de la deuda tributaria [art. cincuenta y ocho, apdo. 2, párrafo e)] y las liquidaciones se practican, en su caso, con su correspondiente sanción.

A los efectos de este dictamen no es necesario abordar con detenimiento los problemas suscitados por la separación material y procedimental a la que nos venimos refiriendo, pero la disociación y la falta de coordinación o acompasamiento entre el procedimiento para liquidar el tributo y el procedimiento sancionador puede generar situaciones como la aquí analizada; situaciones que podría haber resuelto directamente el propio legislador. Así lo hace de hecho al regular las consecuencias que puede tener la interposición de tasación pericial contradictoria (TPC) en relación con la suspensión del plazo de inicio del procedimiento sancionador o del plazo máximo de su terminación, según los casos, y con las consecuencias que sobre una sanción ya impuesta tiene la anulación de la liquidación por efecto de la TPC.

En efecto, por un lado, el artículo 135.1 de la LGT dispone que “la presentación de la solicitud de tasación pericial contradictoria suspenderá el plazo para iniciar el procedimiento sancionador que, en su caso, derive de la liquidación o, si este se hubiera iniciado, el plazo máximo para la terminación del procedimiento sancionador”. Por otro, establece que: “En el caso de que en el momento de solicitar la tasación pericial contradictoria contra la liquidación ya se hubiera impuesto la correspondiente sanción y como consecuencia de aquella se dictara una nueva liquidación, se procederá a anular la sanción y a imponer otra teniendo en cuenta la cuantificación de la nueva liquidación”.

El paralelismo que puede establecerse con los supuestos de recurso o reclamación, como el que ahora nos ocupa, es evidente. En la regulación transcrita luce también el axioma ya dicho, esto es, “sin liquidación no hay sanción”. Y no la hay por lo que podríamos llamar doctrina de encadenamiento o concatenación de la liquidación y la sanción, cuando aquélla se presenta como presupuesto *sine qua non* del acuerdo sancionador, cosa que no ocurriría cuando la sanción es consecuencia de la misma relación jurídico-tributaria pero no presenta el nexo o vinculación que está implícito en la formulación del artículo 66.4 del RGRVA y en el artículo 135.1 de la LGT.

En este caso, no cabe duda sobre el encadenamiento indicado. La sanción que se impone lo es por dejar de ingresar parte de la deuda tributaria, al haber aplicado la contribuyente un tipo de gravamen reducido para la adquisición de viviendas para su reventa por profesionales inmobiliarios, sin cumplir los requisitos para ello, según la Administración. El acuerdo sancionador controvertido apela al artículo 191 de la LGT para castigar una infracción calificada como grave con “multa pecuniaria proporcional del 50 al 100 por ciento”; multa que se gradúa “incrementando el porcentaje mínimo conforme a los criterios de comisión repetida de infracciones tributarias y de perjuicio económico para la Hacienda Pública, con los incrementos porcentuales previstos para cada caso en los párrafos a) y b) del artículo 187”.

Dicho acuerdo hace notar que en este supuesto concurre perjuicio económico para la Hacienda Pública, determinándose “por el porcentaje resultante de la relación existente entre la base de la sanción y la cuantía total que hubiera debido ingresarse en la autoliquidación por la adecuada declaración del tributo”.

La base de la sanción, según lo previsto en el artículo 191.1 de la LGT “es la cuantía no ingresada en la autoliquidación como consecuencia de la comisión de la infracción”. Una vez anulada la liquidación por falta de motivación del valor comprobado, falta el parámetro necesario para determinar la sanción.



En suma, concurre el presupuesto previsto en el artículo 66.4 del RGRVA, de modo que procede anular la sanción. Decimos que procede por ejecución de la resolución del TEARA, que se remite a dicho precepto, aunque no haga referencia a la anulación de la sanción, sino a la anulación de la liquidación, y ello porque la anulación de la primera comporta necesariamente la anulación de dicha sanción, siendo un acto debido que tuvo que realizar de oficio la Administración, en sede de ejecución, sin que dicho acto ejecutorio forme parte del procedimiento originario, como se desprende del artículo 66.2 del RGRVA, ni encuentre obstáculo en el tiempo transcurrido desde que se dictó la resolución objeto de ejecución. Tal es la voluntad del legislador, que no ha establecido un plazo de prescripción para instar la ejecución de la resolución en sus propios términos. A idéntica conclusión se llegaría aplicando, *mutatis mutandis*, la resolución del TEAC de 15 de julio de 2019.

## 4. RECURSO DE REVISIÓN

### 4.1. Dictamen 39/2022, de 27 de enero solicitado por la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo en relación con el recurso de revisión interpuesto contra una resolución de la Dirección General de Trabajo Autónomo y Economía Social.

*En este dictamen se analiza el requisito recogido en el artículo 125.1.a) de la Ley 39/2015, de que los documentos han de estar incorporados al expediente, interpretándolo en el contexto de un procedimiento administrativo en el que los interesados no están obligados a aportar documentos que ya están en poder de la Administración.*

*Ponencia: Consejero, Ángel Rodríguez-Vergara Díaz  
Letrado, José Luis Martín Moreno*

Se somete a consulta de este Consejo Consultivo el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el reclamante frente a la resolución de la Dirección General de Trabajo Autónomo y Economía Social de 13 de diciembre de 2020.

#### IV

En este supuesto, lo que el recurrente viene a exponer es que la Administración incurrió en un error de hecho al comprobar los requisitos exigidos para la concesión de la ayuda. Concretamente, al denegarle la subvención solicitada por no tener depositada la fianza del contrato de arrendamiento del local de negocio en el que desarrolla su actividad.

Dado que el artículo 125.1 de la Ley 39/2015 construye la operatividad de esta causa de revisión a los errores de hecho, subrayamos que su correcta y prudente aplicación pasa el deslinde entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*. Para calificar si un determinado error puede ser considerado como error de hecho, venimos acudiendo a los cánones interpretativos que ha proporcionado el Tribunal Supremo en una jurisprudencia ya centenaria, que se reafirmó después al interpretar el artículo ciento veintisiete de la vieja Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1981 destaca que por errores de



hecho se han de entender “aquéllos que versan sobre un hecho, cosa o suceso, esto es, sobre una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación (sentencias 15 y 22 de febrero de 1916 y 21 de diciembre de 1923), estando excluido de su ámbito todo aquello que se refiera a cuestiones jurídicas”.

A este respecto, resulta admisible la cita *-mutatis mutandis-* de la jurisprudencia establecida a propósito de la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2018 recuerda que la Sala Tercera viene reiterando la jurisprudencia que considera que el error material o de hecho “se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse *prima facie* por su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho” (entre otras, se refiere a las SSTS de 29 de marzo de 2012, y 24 de junio de 2015).

Recordamos que el referido artículo ciento veintisiete de la Ley de Procedimiento Administrativo permitió la interposición del recurso extraordinario de revisión frente a actos administrativos firmes si al dictarlos se hubiera incurrido en manifiesto error de hecho; causa que se repite, casi literalmente, en el artículo 118.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 125.1 de la Ley 39/2015, si bien en las dos últimas desaparece la exigencia de que el error sea “manifiesto”. Aunque la supresión de este adjetivo amplía el ámbito de operatividad de la referida causa de revisión, en la práctica sigue resultando difícil la posibilidad de apreciarla en supuestos de errores que no resulten patententes.

En esta dirección, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2010 precisa que el error de hecho debe poseer las notas de ser evidente, indiscutible y manifiesto (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1965, 5 de diciembre de 1977, 17 de junio de 1981, entre otras), añadiendo lo siguiente: «Se excluyen del concepto de error de hecho las cuestiones sobre interpretación, determinación o aplicación indebida de las normas, así como la apreciación misma de las pruebas. Las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1988 y de 16 de enero de 1995, recuerdan el criterio jurisprudencial consolidado en lo que atañe al alcance de dicho error, quedando excluido de su ámbito “todo aquello que se refiere a cuestiones jurídicas, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración de las pruebas e interpretación de las disposiciones y calificaciones que puedan establecerse” (STS de 4 de octubre de 1993, entre otras), o sea, todo lo que vaya más allá de los presupuestos fácticos determinantes de la

decisión administrativa (STS de 16 de julio de 1992).»

En el supuesto objeto de dictamen, es evidente que tener o no tener depositada dicha fianza es una cuestión eminentemente fáctica, de modo que la interrogante se despeja de forma inequívoca, verificando un hecho cierto o su contrario, pues sólo caben dos estados y uno u otro son fácilmente comprobables sin interpretación de ningún tipo. Pues bien, en el expediente electrónico remitido a este Consejo Consultivo figura el modelo 806, relativo a la constitución de la fianza por importe de 2.600 euros con fecha 20 de diciembre de 2017 (con el sello de presentación e ingreso en (...)). Dicho modelo aparece sellado en la misma fecha junto al contrato de arrendamiento, por la Delegación Provincial competente.

Por consiguiente, se cometió un error evidente al denegar la subvención solicitada por el interesado, por no tener depositada la fianza del contrato de arrendamiento.

La duda que se suscita es si dicho error resulta de los propios documentos incorporados al expediente, requisito que el legislador ha venido manteniendo invariablemente en las tres leyes citadas.

*Prima facie*, cabría mantener que no se cumple dicho requisito porque en el expediente de subvención no existe como tal un documento del que se desprenda el error. Sin embargo, el requisito en cuestión debe interpretarse superando la literalidad para entenderlo atendiendo a su espíritu y finalidad, en el contexto de un procedimiento administrativo en el que los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o hayan sido elaborados por cualquier otra Administración, de manera que la Administración actuante podrá consultar o recabar dichos documentos salvo que el interesado se opusiera a ello (art. 28.2 de la Ley 39/2015).

En ese nuevo contexto cabe señalar que el concepto de “documento incorporado” puede y debe equipararse con el de “dato comprobado” (erróneamente) por la Administración, con independencia de que la comprobación se plasme formalmente en un documento, ya sea en formato papel o electrónico.

En efecto, en el supuesto que nos ocupa la trascendencia y la procedencia de esta equiparación se evidencia al constatar que tanto en el modelo utilizado para solicitar la subvención como en el artículo 9.2.e) del propio Decreto-ley 24/2020, de 22 de septiembre, por el que, con carácter extraordinario y urgente, se adoptan medidas en materia de empleo y servicios sociales, como consecuencia de la situación generada por el coronavirus (COVID-19), se indica lo siguiente:





“En todo caso, la presentación de la solicitud por parte de la persona interesada conllevará la autorización al órgano gestor para su consulta por la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (AVRA), de la obligación del depósito de la fianza del contrato de arrendamiento del local de negocio o establecimiento afecto a la actividad económica desarrollada por la persona trabajadora por cuenta propia o autónoma”. Continúa señalando el precepto que “en este sentido, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 6.1. del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, así como, en los apartados 2 y 3 del artículo 28 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, la comprobación del depósito de la fianza del contrato de arrendamiento del local de negocio o establecimiento afecto a la actividad económica desarrollada por la persona trabajadora por cuenta propia o autónoma se realizará mediante consulta a la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (AVRA), ente instrumental de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Administración de la Junta de Andalucía, en la que deberá haberse realizado el depósito de la correspondiente fianza, en cumplimiento de la obligación legal de depositar la misma como garantía de cumplimiento del contrato de arrendamiento, recogida en el artículo 36.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. La legitimación para la comunicación de este dato tiene su amparo en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016.”

Pues bien, en el antecedente fáctico tercero de la resolución impugnada se indica: “Analizada la solicitud presentada se comprueba que el reclamante no reúne los requisitos exigidos a efectos del otorgamiento de la subvención prevista para la línea 2, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto-ley 24/2020, de 22 de septiembre. Concretamente, de los requisitos comprobados, no se da cumplimiento de lo siguiente, por parte de la persona solicitante: tener la persona trabajadora por cuenta propia o autónoma depositada en la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (AVRA) la fianza del contrato de arrendatario de local de negocio o establecimiento en el que tenga establecida o desarrolle su actividad como tal (...)”. Y en la resolución se acuerda “denegar la concesión de la subvención solicitada (...) por no reunir los requisitos para obtener la condición de persona beneficiaria, tal y como se ha expuesto en el antecedente de hecho tercero que se da por reproducido en aras de la economía procedimental...”

Por consiguiente, la comprobación del depósito de la fianza resultaba ineludible para la Administración, y ésta afirma que la realizó, aunque no documentara el resultado de la misma (erróneo, como ya sabemos), cosa que sí hizo con otras comprobaciones como la censal, la tributaria (ingresos declarados en el IRPF), la de hallarse al corriente en el pago de deudas tributarias y de la Seguridad Social, etc.

Si la Administración incurrió en error al comprobar la documentación en poder de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (pese a que en el expediente comprobado constaban dos documentos que acreditaban de manera inconcusa el depósito de la fianza en 2017), y dicho error se plasma en la motivación de la resolución impugnada, procede estimar el recurso extraordinario de revisión, aunque no exista un documento específico en el que se refleje el resultado de la comprobación, realizada de oficio, de conformidad con el Decreto-ley 24/2020.

En supuestos como el descrito, bastará con la constatación de un resultado incuestionablemente discordante con la realidad, aunque lo sea por referencia a una información obrante en el expediente examinado, y no exista propiamente la “incorporación” documental a la que alude el tenor literal del artículo 125.1.a) de la Ley 39/2015.

Por lo demás, ya hemos visto que el error fue determinante de la indebida denegación de la subvención, e insistimos en que la propia resolución impugnada evidencia el error padecido en la actuación de comprobación que aquella realizó sobre el depósito de la fianza del arrendamiento.

Así pues, estamos ante un error de hecho patente, como reconoce la Administración, puesto que la comprobación sólo pudo arrojar un resultado positivo, esto es, que la fianza se encontraba debidamente depositada desde 2017; resultado radicalmente contrario al que se consignó en el acto resolutorio de la subvención.

Por todo lo expuesto, consideramos que la solución que se propone en la propuesta de resolución objeto de dictamen es razonable y acorde a la interpretación que hemos realizado sobre los requisitos que el legislador impone al configurar la primera causa de revisión prevista en el artículo 125.1 de la Ley 39/2015.



## 5. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

### 5.1. Dictamen 104/2022, de 10 de febrero, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en la que los interesados reclaman por el alta precipitada que se dio al paciente tras una intervención quirúrgica.

*En el presente dictamen se devuelve el expediente a la Administración ya que se considera por este Consejo que la motivación “in aliunde” que se lleva a cabo en el procedimiento provoca una insuficiencia de motivación.*

*Ponencia: Consejera, María del Mar Moreno Ruiz  
Letrado, José Luis Martín Moreno*

Los reclamantes consideran que la asistencia sanitaria dispensada al paciente fue defectuosa. Afirman que su fallecimiento fue consecuencia de un alta precipitada, tras la intervención quirúrgica a la que fue sometido por cáncer de recto, considerando su estado y edad, sin que el servicio público sanitario tomara las medidas adecuadas, realizando las pruebas e intervenciones precisas para evitar el fatal desenlace.

Los reclamantes no aportan informe pericial que avale la existencia de mala praxis, sino que basan su pretensión en la historia clínica del paciente. La reclamación no contiene ni un solo reproche a la asistencia inmediatamente anterior a la intervención, ni cuestiona el desarrollo de ésta, más allá de especular sobre lo que pudo pasar, afirmando que “en la operación pudiera haber salido algo no todo lo correcto que nos comentaron, suceso que entendemos puede ocurrir, y es humano”. Conviene insistir en que los interesados centran todo el esfuerzo argumental en la improcedencia del alta médica y en sus consecuencias. En su opinión, el alta fue precipitada y negligente, siendo esta circunstancia la que, en su opinión, impidió detectar la hemorragia y detener su avance. A pesar de la contundencia con la que descalifican la actuación médica a la hora de dar el alta, lo cierto es que no aportan ningún informe que se pronuncie sobre este extremo. En numerosas ocasiones hemos afirmado que, aunque dicha pericia no venga exigida como presupuesto para reclamar, su importancia es evidente cuando los reclamantes, que normalmente carecen de conocimientos en la materia, sostienen que el servicio público funcionó defectuosamente. Del mismo modo, venimos señalando que la asistencia sanitaria responde a un deber de medios, aplicados según la *lex artis*, y no a un deber de resultados, que no siempre puede lograrse por la fragilidad del cuerpo humano y por las limitaciones de la ciencia y la

técnica médica.

Cabe señalar que, en el trámite de audiencia, los interesados insisten en su tesis y para defender que el alta hospitalaria del paciente fue precipitada, considerando las posibles complicaciones del tipo de intervención que se le había realizado y los resultados de la analítica del día anterior al alta, se remiten a un estudio realizado por especialistas del Hospital Vall d'Hebron, con el siguiente título: *Hemorragia en anastomosis intestinales y cólicas. Manejo terapéutico y sus complicaciones.*

La valoración de la asistencia realizada por los interesados es muy diferente de la que se realiza en el informe de la Unidad de Gestión Clínica de Cirugía Intercentros, el cual se posiciona claramente en contra de la reclamación. En este sentido destaca que el paciente fue intervenido quirúrgicamente para tratamiento de un cáncer de recto avanzado; una enfermedad severa con el agravante de la edad del paciente (82 años). Asimismo, el informe subraya que, antes de la intervención, el paciente fue tratado con radioterapia, como indican los protocolos científicos actualmente en vigor para el tratamiento de los tumores malignos de recto. También hace notar que la intervención transcurrió con normalidad y el paciente fue seguido por el Servicio de Cirugía del Hospital de Huércal-Overa durante el postoperatorio, con valoración por el cirujano encargado de la visita médica, el cual presentaba diariamente el informe de la evolución en la sesión clínica.

Asimismo, el informe subraya que las hojas de evolución del paciente reflejan que tuvo un postoperatorio excelente, con una evidente mejoría clínica cada día, y con las únicas limitaciones propias de edad y estado físico previo. En lo que respecta a la justificación de la fecha del alta médica, se informa que fue programada por la buena evolución y mejora del estado físico, con normal funcionamiento del tránsito intestinal y de la ingesta, así como con las constantes vitales dentro de la normalidad.

En lo que se refiere a la hemorragia digestiva que presentó el paciente cuatro días después de recibir el alta, el informe de referencia precisa lo siguiente: «es una patología aguda que puede presentarse en cualquier persona y en cualquier momento, no está relacionada con la intervención practicada al paciente, ni con el momento del alta, se trata de un episodio aislado e imprevisible. El paciente, dentro de su medicación, llevaba recetado omeprazol que se prescribe para la prevención de los trastornos gástricos posibles.»

Abundando en lo anterior, el informe precisa que el 12 de febrero de 2016, día del alta médica, el paciente presentaba buen estado físico y evolución satisfactoria de la intervención quirúrgica, sin que requiriera de cuidados intrahospitalarios. Sobre este particular, se indica que el paciente fue valorado por dos facultativos-cirujanos,



primero por el cirujano encargado de la visita médica diaria y después por otro cirujano. También se indica que en el informe de alta consta que se citó al paciente para revisión el día 17 de febrero de 2016, cinco días después. Es más, el informe explica que el estado del paciente hubiera permitido dar el alta hospitalaria cuarenta y ocho horas antes, pero se pospuso, a pesar de la evolución postoperatoria favorable del paciente, a petición de la familia, para organizar el traslado del paciente a una residencia de ancianos en Huércal-Overa.

Como podemos comprobar, con los elementos de juicio que proporciona el informe del Servicio que prestó la asistencia controvertida sería imposible apreciar la relación causal, pues aquél rechaza tanto la calificación del alta como irregular y precipitada, como la conexión causal entre la misma y el fatal desenlace producido por la hemorragia digestiva. Y lo procedente sería desestimar la reclamación si se confirma que la hemorragia que sufrió el familiar de los reclamantes es una patología que “no está relacionada con la intervención practicada al paciente, ni con el momento del alta”.

Sin embargo, el procedimiento cobra un giro inesperado en su fase final, dado que la propuesta de resolución considera que “existe un nexo causal entre la prestación asistencial dispensada al paciente y su fallecimiento”. Dicha conclusión se establece “ratificando” el dictamen médico emitido por el facultativo adscrito al Servicio de Aseguramiento y Riesgos.

En realidad, de este modo tan peculiar se indica que el órgano instructor asume el dictamen médico como motivación de la resolución que se eleva al órgano competente. Recordemos que el artículo 88.6 de la Ley 39/2015 permite que la aceptación de informes o dictámenes sirva de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. Estamos ante la llamada motivación *in aliunde o per relationem*, anteriormente prevista en el artículo 93.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y en el artículo 89.5 de la Ley 30/1992. En este caso, a diferencia de lo que sucede en numerosas propuestas de resolución emanadas del mismo órgano, el dictamen médico no se incorpora al texto de la resolución propuesta, pero figura en el expediente y ha sido conocido por el interesado, como demuestran las alegaciones realizadas en el trámite de audiencia.

El problema que apreciamos en este procedimiento de responsabilidad patrimonial no es el de inexistencia de motivación, sino el de insuficiencia de la misma. En efecto, aunque la jurisprudencia ha superado el tenor literal del precepto (ya hemos visto que exige que los informes o dictámenes que sirven de motivación se incorporen al texto de la resolución), lo que no resulta admisible es que la motivación *in aliunde* produzca un déficit de motivación, vicio en el que se incurre cuando tales informes o

dictámenes no responden a las exigencias mínimas que tiene que cumplir la motivación de los actos administrativos para que pueda conocerse su *ratio decidendi*, es decir, los elementos fácticos y jurídicos que amparan la decisión de la Administración.

Estando como está la actuación administrativa sometida a la ley y al Derecho, no es ocioso destacar la relevancia de la motivación de los actos administrativos, que debe constar de manera clara y suficiente para que los interesados, los órganos de control y los tribunales, en su caso, puedan conocer cuáles son los criterios que sustentan una determinada resolución. En este sentido, cabe recordar que la motivación es -como ya expresó el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de mayo de 1987- «de una parte, la garantía de que la decisión no se toma arbitrariamente sino fundada y razonadamente; y de otra, es el medio de que los demás interesados puedan combatir esa fundamentación cuando haya discurrido fuera de los márgenes legales y jurídicos [...]».

Efectivamente, la motivación, reconocida con acierto como una de las manifestaciones del principio de buena administración, tiene una doble vertiente, como derecho subjetivo y deber, que no pasa desapercibida en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando se refiere a “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”. En este sentido, y ligando el derecho de los interesados con la vertiente obligacional antes referida, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2002 señala lo siguiente:

«[...] el deber de motivar (-deber, porque está previsto en la ley, convirtiéndose en obligación al proyectarse a cada concreto supuesto-) es un derecho subjetivo público del interesado no sólo en el ámbito sancionador sino en todos los sectores de la actuación administrativa: la Administración ha de dar siempre y en todo caso, razón de sus actos, incluso en el ámbito de su potestad discrecional, cuyos elementos reglados (competencia, adecuación a los fines que la legitiman, etc.), cuyos presupuestos, y cuya sujeción a los principios generales son aspectos o facetas que son siempre controlables.»

Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2015 recuerda que la doctrina jurisprudencial exige, para que sea admisible la motivación *in aliunde* o por remisión, «que el acto trámite o documento a que se remita la resolución esté, a su vez, adecuadamente motivado, pues de lo contrario, su falta o déficit de motivación se extendería a la resolución remitente».

En este supuesto, la motivación de la propuesta de resolución vendría dada por lo expuesto en el dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos del SAS,



cuyas conclusiones entran en abierta oposición con las sentadas en el informe de la Unidad de Gestión Clínica de Cirugía Intercentros. Concretamente, aunque reconoce que la evolución clínica postoperatoria transcurrió correctamente y el paciente recuperó el tránsito intestinal y la ingesta oral, sin complicaciones destacables, el dictamen médico subraya lo siguiente:

«No obstante en el estudio analítico realizado el día anterior al alta hospitalaria, se aprecian datos analíticos que sugieren una insuficiencia prerrenal con aumento de cifras de urea y creatinina, considerando que este hallazgo hubiera justificado la prolongación del ingreso en planta del paciente encuentra justificada la argumentación expuesta por el reclamante.»

Aun considerando que la motivación no presupone necesariamente un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos posibles (STS de 13 de mayo de 2015), advertimos ya de la necesidad de que solicite una ampliación del dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos, que deberá notificarse a los interesados y habrá de dar lugar a una nueva propuesta de resolución.

En efecto, el Consejo Consultivo considera que en este caso existe un deber reforzado de motivación, cuyo cumplimiento no se satisface con el escueto párrafo antes transcrito. Sabemos por lo que se indica que algunos parámetros de la analítica justificaban que el paciente permaneciera hospitalizado. Siendo así, podemos considerar que se ha explicitado suficientemente las razones para no dar el alta, pero falta una motivación específica sobre las consecuencias que tuvo esa decisión. Incluso cabe apreciar que existió incumplimiento de la *lex artis*, pero de dicho incumplimiento no se sigue necesariamente la existencia de nexos causal directo e inmediato entre el alta improcedente y el fallecimiento.

Al emplear la motivación *in aliunde* en los términos antes descritos se produce un salto lógico en la argumentación ya que se estima la reclamación en su totalidad sin haber establecido con claridad si el fallecimiento hubiera sido evitable con certeza o sólo cabe apreciar una pérdida de oportunidades diagnósticas y de tratamiento. Afirmamos que existe un deber reforzado de motivación ante la existencia de informes contradictorios, ya que, como hemos visto, el Servicio presuntamente responsable del daño considera que el paciente sufrió una patología aguda no relacionada con la intervención, ni con el momento del alta; patología que, según dicho Servicio, puede presentarse en cualquier persona y en cualquier momento al tratarse de un episodio aislado e imprevisible.

En este punto, conviene subrayar nuevamente que el argumento central de los interesados es que el fallecimiento del paciente se produjo por la ausencia de

tratamiento de la hemorragia digestiva que sufría, la cual se hubiese detectado y tratado si el paciente hubiera permanecido ingresado, en lugar de haber sido dado de alta hospitalaria. Así lo exponen claramente en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia. En esta dirección alegan que en el momento del alta el paciente presentaba signos clínicos que indicaban claramente que debía permanecer ingresado bajo control hospitalario. En su opinión, al serle negado ese control por un alta hospitalaria totalmente inadecuada, ello hizo que la hemorragia digestiva no fuera diagnosticada y avanzara sin que el paciente recibiera tratamiento para controlarla. Por ese motivo señalan que “el paciente fue privado de la asistencia médica que requería”.

Con mayor detalle, los interesados exponen el mecanismo causal del siguiente modo: “El retraso en el diagnóstico de la hemorragia digestiva que sufría el paciente supuso la ausencia o falta de tratamiento de esta. La ausencia de tratamiento permitió que la hemorragia digestiva avanzase hasta producirse una hemorragia digestiva masiva, lo que a su vez produjo que el paciente presentase vómito masivo hemático con aspiración. Como consecuencia, el paciente sufrió parada cardiorrespiratoria, sin que las maniobras de reanimación permitiesen su recuperación, por lo que el paciente falleció.”

Es posible que pueda establecerse el nexo causal en el sentido postulado por los reclamantes, que acaba siendo aceptado por la Administración (más de manera implícita que explícita), pero para ello es necesario rebatir los argumentos y conclusiones que se apuntan en el informe de la Unidad de Gestión Clínica de Cirugía Intercentros, lo cual se ha hecho sólo parcialmente, en lo que respecta a la procedencia del alta hospitalaria. El escueto párrafo del dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos que se pronuncia sobre este extremo, no cumple la función de motivación, ya que deja en el aire determinados interrogantes. De la respuesta que se dé a los mismos dependerá el alcance de la estimación (total o parcial) de la reclamación.

Quizá pueda afirmarse que el informe de la Unidad de Gestión Clínica de Cirugía Intercentros no es del todo coherente al desvincular tajantemente la hemorragia producida de la intervención quirúrgica, ya que el propio informe parece admitir esa posibilidad al señalar lo siguiente: “[...] la cirugía del cáncer de recto, resección del recto con intención curativa es una cirugía con elevado riesgo de complicaciones tanto locales como generales que aumentan con la edad del paciente, de lo que fue debida y exhaustivamente informado el paciente, de forma previa a la intervención quirúrgica, dando y firmando el consentimiento para la misma.”

También es cierto que los reclamantes realizan un esfuerzo argumental y citan alguna bibliografía para señalar que el sangrado podría estar relacionado con la





intervención, pero lo esté o no, lo importante es dilucidar si la decisión de dar el alta hospitalaria fue absolutamente determinante del resultado. A este respecto, consideramos que resulta importante precisar qué tipo de pruebas y con qué urgencia se tuvieron que desarrollar a la vista de la analítica ya referida. Es relevante conocer cómo evoluciona ese tipo de hemorragia y en cuánto tiempo puede producir un agravamiento del paciente que produzca su fallecimiento si no se interviene a tiempo.

Aunque no contiene una argumentación pormenorizada al respecto, el dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos comparte con los actores que la analítica del día 12 (con un valor de nitrógeno ureico en sangre de 42.2 mg/dL) aconsejaba prolongar la hospitalización. Los interesados destacan que ese dato indicaba insuficiencia prerrenal o sangrado gastrointestinal, requiriéndose control y estudio médico para conocer la razón de la referida insuficiencia prerrenal, sobre todo tratándose de un paciente recientemente operado que se había sometido a resección del recto y anastomosis. En la misma dirección señalan que en las hemorragias digestivas, tanto altas como bajas, la relación de nitrógeno ureico en sangre es un signo clínico indicativo de las mismas cuando el valor es mayor de 20 mg/dL. Y subrayan que se trata de un signo clínico que requiere de control y estudio médico, pues un nivel superior de nitrógeno ureico en sangre al normal puede deberse a diversos motivos y entre ellos el sangrado gastrointestinal.

Sabemos que el paciente presentaba buena evolución y se encontraba afebril y tolerando dieta oral cuando se dio el alta. En el informe consta que se aconsejó tomar y anotar la temperatura por las tardes, indicando con letras mayúsculas que no se trataba de un alta definitiva, sino que quedaba bajo el control del médico de familia, y en él se cita al paciente en consulta de cirugía el día 17 de marzo de 2016, cinco días después, indicando también, con letras mayúsculas, que “en caso de cualquier duda o problema que se le presente acuda al Hospital de forma inmediata”, añadiendo que “cualquier cambio relacionado con su evolución (complicaciones, cambio de tratamiento, etc.) debe de ponerlo en conocimiento de su cirujano”.

Lo anterior es importante porque el paciente fue trasladado a una residencia, en la que supuestamente estuvo bajo vigilancia de personal sanitario. En este sentido, los propios reclamantes señalan que se realizó el traslado y en la residencia la enfermera encargada recibe el informe con los cuidados que el paciente debe seguir. Del expediente se desprende que durante su estancia en esa residencia debieron manifestarse signos externos de la hemorragia que sufría, que requería una asistencia urgente. El informe del Servicio de Cuidados Críticos y Urgencias del Hospital La Inmaculada, señala lo siguiente: “Este paciente entra en el área de críticos el día 16-02-16, con muy mal estado general, con saturación de oxígeno del 76% a pesar de aporte de oxígeno. A su llegada se queja de dolor en epigastrio, según refiere no ha

tenido vómitos, sí deposiciones oscuras y en bolsa de colostomía se apreció ayer restos de sangre. Si la tesis que barajan los reclamantes es que la analítica realizada un día antes del alta ya era reveladora del sangrado, conviene que el dictamen médico se pronuncie sobre los posibles síntomas de alerta que pudieran haberse minusvalorado en los días siguientes al alta (dolor, color de las deposiciones, etc.), pues considerando el estado de deterioro que presentaba el paciente cuando ingresó en Urgencias, pocas horas antes de su fallecimiento, no parece lógico pensar que no se hubieran manifestado signos de alerta en los días anteriores”.

En suma, todos estos extremos deben ser valorados para que el pronunciamiento sobre el fondo del asunto sea lo más acertado y riguroso posible y se realice sobre la base de una fundamentación y una motivación suficiente.



## 5.2. Dictamen 178/2022, de 10 de marzo, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en la que el interesado reclama por mala praxis en el tratamiento de una fractura de mano.

*De este dictamen hemos de destacar lo señalado respecto a la importancia de la motivación de los actos administrativos como garantía para los interesados y para la propia Administración.*

*Ponencia: Consejero, Ángel Rodríguez-Vergara Díaz  
Letrado, José Luis Martín Moreno*

En este caso el interesado no cuestiona la asistencia recibida en el Hospital de Jerez, en el que realizó una segunda intervención quirúrgica, el 10 de mayo de 2016. Lo que se sostiene en la reclamación es que las secuelas o padecimientos que han desembocado en su situación de incapacidad son consecuencia de la asistencia sanitaria recibida el 8 de octubre de 2015 y de la intervención quirúrgica a la que fue sometido el 11 de diciembre de 2015; ambas en el Hospital (...).

En este sentido, el reclamante manifiesta que fue asistido por el Servicio de Urgencias del referido Hospital, con fecha de 8 de octubre de 2015, tras sufrir un accidente laboral. Tras ser diagnosticado de “fractura abierta mtc mano derecha”, se le sutura la herida y le indican que la fractura se encuentra dentro un rango de parámetros que no precisa operación, bastando con tratamiento de inmovilización con férula. Sigue exponiendo el interesado que, realizadas varias curas y las correspondientes revisiones con los profesionales de Traumatología del Hospital (...), la mano se presenta totalmente deforme y con mucho dolor. Según el reclamante, a pesar de varias sesiones de rehabilitación (consistente en corriente, ultrasonido y parafina), solicitadas por el traumatólogo, la mano no mejora. Según el interesado, esta situación le obligó a acudir al Servicio de Urgencias del Hospital de Jerez, donde se le realiza estudio radiológico y se confirma la fractura. Posteriormente acude a la cita con el Servicio de Traumatología del Hospital (...) de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz), con fecha 23 de noviembre de 2015, donde el doctor que le atiende, ante el lamentable estado de la mano, indica que procede revisión de fractura y osteosíntesis, solicitando radiografías. Con fecha 11 de diciembre de 2015 fue intervenido quirúrgicamente por la Dra. (...), quien realiza revisión y tenolisis. El interesado subraya que, con ocasión de dicha intervención, lejos de mejorar, la herida se infectó, indicándole el doctor que le atendió que “la mano se iba complicando”, citándole para nueva intervención en quirófano. En ese momento, el compareciente acudió a

traumatólogo privado, quien le manifiesta que la mano no ha sido tratada correctamente, ya que el interesado debió haber sido operado desde un primer momento. En este sentido le indica que puede someterse a nueva intervención sin garantía de éxito, dado el tiempo transcurrido.

Señala el interesado que, ante la pérdida de confianza en el Hospital (...), acudió al Hospital de Jerez de la Frontera, concretamente a la consulta de Traumatología de la doctora (...), quien solicita analítica, cultivo de la herida, radiografías, resonancia y TAC de la mano. Refiere el actor que dicha doctora le indicó también que, desde el primer momento debió ser operado, o al menos se debió colocar en su lugar el hueso fracturado. Del mismo modo, afirma que, dado el estado de su mano y la persistencia del dolor y la incapacidad, aceptó la intervención que se le propuso.

La historia clínica confirma que dicha intervención se llevó a cabo tras pruebas de RNM y TAC que muestran retardo en la consolidación de la fractura (existe algún puente óseo con signos de consolidación incompleta, pero la mayor parte de la fractura está sin consolidar), así como rigidez de la articulación. Por ello se propuso al paciente intervención quirúrgica preferente de pseudoartrosis con placa de osteosíntesis e injerto de cresta ilíaca.

El informe del Hospital de Jerez de 10 de marzo de 2016 resume las asistencias al paciente, así como la finalidad y resultado de la intervención antes referida, indicando que el paciente finalizó la rehabilitación con secuelas, ya que presenta rigidez a la presión y limitación a la extensión completa del 5º metacarpiano de la mano derecha, así como molestias en la zona de obtención del injerto de cresta ilíaca. Presenta además, distrofia simpático refleja, por lo que fue remitido para valoración y tratamiento, en su caso, por la Unidad del dolor del Hospital de Jerez. Como ya hemos dicho, la reclamación no viene dada por la asistencia sanitaria en dicho Hospital, en el que se realizó la segunda intervención y un seguimiento del paciente con control de “evolución satisfactoria”. No es extraño que se concluya que no existe anomalía en el tratamiento y seguimiento del paciente.

Por ello debemos centrar nuestra atención en la primera parte de la asistencia prestada al paciente, esto es, en el tratamiento de la fractura en el Hospital (...), a cuyo Servicio de Urgencias acudió tras sufrir un accidente laboral. En relación con dicho período asistencial, el dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos, considera que el preceptivo Informe del Servicio de Traumatología del Hospital (...) emitido el 5 de octubre de 2020, “da cumplida y adecuada respuesta a las cuestiones que se reclaman”. Pues bien, dicho informe señala que se realizó tratamiento ortopédico después de las maniobras de reducción de la fractura (se remite a los estudios radiológicos pre y post-reducción). Según el informante, “se consiguió una



desviación de fragmentos tolerable como de 30° en flexión volar del fragmento distal, lo cual en este tipo de fracturas es muy tolerable”. El informe subraya que el paciente se sometió a revisiones periódicas (cada semana en consultas externas de Traumatología) y a las dos semanas se retiró la férula de yeso, realizándose un tratamiento más funcional con sidactilización del quinto dedo con el cuarto. Asimismo, el informe señala que, tras sentir el paciente rigidez articular, se decidió realizar intervención quirúrgica para liberar la lesión y la articulación metacarpofalángica del quinto dedo de la mano derecha y conseguir más grado de movilidad. La intervención se hizo el 11 de diciembre de 2015, según el informante, durante la misma “se comprueba la consolidación de la fractura”, e inmediatamente después de la cirugía se comprueba “flexión completa de la metacarpofalángica”.

Es cierto, como se dice en el informe, que la historia clínica acredita que el paciente fue revisado de modo frecuente para el seguimiento de sus lesiones, incluyendo seguimiento radiológico. En este punto se indica que la última radiología se hizo después de la cirugía de 11 de diciembre de 2015, en la cual se comprueba que existe una desviación tolerable, y a partir de este momento no constan más, dado que el paciente acudió al Hospital de Jerez.

Cabe convenir que la lectura del informe lleva a descartar la negligencia médica referida por el reclamante. Sin embargo, como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración no está basada en una actuación culpable o negligente, sino en la producción de un daño antijurídico imputable al funcionamiento de un servicio público, ya sea por acción o por omisión. El informe explica el tratamiento de la fractura y el porqué de la intervención quirúrgica, no prevista en un primer momento y llevada a cabo días después de la primera asistencia. Sólo en ese sentido, podría estimarse que el citado informe constituye una respuesta a la reclamación, como afirma el dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos, pero no es la respuesta que exige el ordenamiento jurídico, ni permite concluir que la asistencia fue acorde con la *lex artis*.

En efecto, aunque la aceptación de informes o dictámenes puede servir de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma (es la llamada motivación *in aliunde* o *per relacionem*, prevista en el art. 88.6 de la Ley 39/1995), en este caso estamos ante una motivación más aparente que real. Realizamos esta afirmación por las razones que seguidamente explicaremos, precedidas de unas breves consideraciones sobre el significado de la motivación, que ha de entenderse como una de las manifestaciones del derecho a la buena Administración, implícito en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución Española y garantizado en el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

En este orden de ideas, el Consejo Consultivo debe insistir en que la motivación de los actos administrativos es una garantía para los interesados y para la propia Administración, cuyas resoluciones tienen que fundarse en Derecho a partir de los elementos fácticos acreditados en el expediente. Partiendo de esta premisa, es indiscutible que la motivación está sometida a unas exigencias mínimas de suficiencia y calidad, que resultan indeclinables. Si dichas exigencias quiebran o se desvirtúan con lagunas clamorosas, silencios injustificables o afirmaciones apodícticas, difícilmente podría asegurarse que las decisiones de la Administración son razonadas y razonables. Y así es como han de ser, qué duda cabe, las respuestas de la Administración a las solicitudes, recursos y reclamaciones de los ciudadanos, no sólo para evitar situaciones de indefensión, sino para asegurar el respeto de los derechos en juego, cuya tutela exige en ocasiones un canon reforzado de motivación.

El Consejo Consultivo viene expresando su preocupación al respecto, porque el menosprecio de las exigencias antes aludidas acabaría convirtiendo las resoluciones administrativas en actos de puro voluntarismo a los ojos de los ciudadanos, aunque respondieran a un fondo de razón y no a la arbitrariedad de la Administración. A diferencia de lo que sucedía en el Antiguo Régimen, la Administración del Estado de Derecho, proclamado en nuestro artículo 1.1 de la Constitución, está obligada a dar razón de sus actos. En este sentido, el Tribunal Supremo recuerda que «el sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y el control que corresponde a los tribunales de la legalidad de la acción administrativa y de ese sometimiento a la Ley demandan la motivación de los actos administrativos en garantía de la seguridad jurídica, de la igual aplicación de la Ley y del derecho a la igual protección jurídica». Y en este sentido precisa que la Sala Tercera «viene reiteradamente insistiendo en la necesidad de que el administrado conozca el fundamento, circunstancias o motivos del acto que le interesa y que debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa (...) con lo que la motivación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela efectiva y al derecho de defensa» (STS de 25 de Junio de 1999, que, a su vez, se remite a las SSTs de 9 de Febrero de 1987 y 17 de noviembre de 1988).

*Mutatis mutandis*, puede trasladarse al ámbito que nos ocupa la doctrina del Tribunal Constitucional que señala que no existe un derecho a una determinada extensión de la motivación, la cual no está reñida con la brevedad y concisión, ni con los supuestos de motivación por remisión (STC 108/2001, de 23 de abril, FJ 2, que se remite a las SSTC 13/1987, de 5 de febrero, FJ 3; 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3; 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; y 214/2000, 18 de septiembre, FJ 4).



Efectivamente, trayendo a colación la doctrina del Tribunal Constitucional con relación a las resoluciones judiciales, cabe afirmar que la suficiencia de la motivación de los actos administrativos «no puede ser apreciada apriorísticamente, con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito» (STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3, con cita de la doctrina sentada en las SSTC 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 4; y 160/2009, de 29 de junio, FJ 6).

En sede de responsabilidad patrimonial, los razonamientos mínimos exigibles para comprender por qué se estima o se rechaza una determinada reclamación dependerán del despliegue argumental realizado por los reclamantes y por los terceros que intervengan en los procedimientos, así como del material probatorio resultante del expediente, que debe ser analizado con rigor antes del pronunciamiento sobre la cuestión de fondo. Si no fuese así se incurriría en el vicio de emplear una motivación genérica o insuficiente que no satisfaga las exigencias antes referidas.

Así sucede en este caso, dado que la propuesta de resolución objeto de dictamen se limita a reproducir el informe emitido por el Hospital (...), sin realizar ni una sola referencia al informe pericial presentado por el reclamante, elaborado por un especialista en Medicina Legal y Forense.

Seis años después de haberse presentado la reclamación, resulta inaceptable que en la resolución que se postula se soslaye por completo el análisis de dicha prueba pericial, en la que se contiene una valoración minuciosa de la asistencia cuestionada y se expresan las razones de la pretensión indemnizatoria, al sostenerse que la fractura fue tratada incorrectamente en los primeros días y de manera insuficiente en la “revisión quirúrgica del 11 de febrero de 2015”.

Es importante destacar que dicha conclusión descansa sobre las características de la fractura, analizadas no sólo a la luz de las radiografías realizadas en el Hospital (...), sino también de la RMN y TAC que constan en la historia clínica del Hospital de Jerez; pruebas, estas últimas, que no habrían sido examinadas en el informe del Hospital (...). En este punto, el perito señala que el 10 de marzo de 2016 se emiten informes de TAC y RMN «compatibles con fractura transversal de la diáfisis medial-distal del quinto metacarpiano, con algún puente óseo como signo de consolidación parcial aunque incompleta. No obstante, la mayor parte de la fractura está sin consolidar, destacando signos de hiperemia y pseudoartrosis hipertrófica».

El perito del reclamante explica que en el historial clínico sólo aparece un documento en que se hace referencia a la fractura como una fractura del cuello (14 de enero de 2016), mientras que en el resto de ocasiones (también en el informe de

TAC-RNM) siempre se la califica de diafisaria. Atendiendo a la bibliografía que cita, el perito destaca que las fracturas diafisarias, tras su reducción, admiten una angulación de 20° y en las fracturas del cuello hasta 40°. La localización de la fractura, con moderada conminución, y la angulación de unos 45°, apreciada en la radiografía del 13 de noviembre de 2015, llevan al perito a afirmar que se optó por un tratamiento ortopédico incorrecto, el cual dio lugar a la inmovilización de la fractura con su desviación original.

El informe pericial concluye que: “se trataba de una fractura de diáfisis del 5° metatarsiano que a la vista de las radiografías debió ser reducida y no lo fue. Esto ocasionó un tratamiento ortopédico incorrecto, inmovilizador de la fractura con su desviación original. La mala disposición de fragmentos y mala fijación del foco de fractura motivó la falta de consolidación, la necesidad de más inmovilización y la rigidez articular, acabando finalmente en un cuadro de retardo de consolidación y desarrollando un síndrome de Sudeck. Este último afecta a toda la funcionalidad de la mano con dolor importante y es el motivo principal de su discapacidad e incapacidad laboral.”

En este sentido, el informe pericial señala que: “Al no hacerse reducción, se produjeron tres procesos a la vez: la necesidad de más tiempo de inmovilización y producción, por tanto, de rigidez, la falta de unión del foco al no estar los fragmentos bien enfrentados y la rigidez consiguiente a la falta de movilización. Al no atajarse estas cuestiones en la intervención del 11/12/15, las curas y rehabilitación subsiguiente no produjeron el resultado esperado y el paciente cambió de hospital.”

A este respecto, señala el perito que el paciente no acudió a la cita del 22 de enero de 2016, al haber perdido la confianza en el hospital (...), poniéndose en manos del Hospital de Jerez de la Frontera, donde establecen claramente el diagnóstico de falta de unión de la fractura (pseudoartrosis relacionada con la mala calidad de los extremos fracturarios), consolidación viciosa (los puentes de unión en una fractura desviada), la rigidez articular y deterioro tendinoso debido a la cirugía previa.

Más adelante, expone el perito del reclamante que estos cuatro procesos se intentaron afrontar en la intervención del 10 de mayo de 2016 para luego seguir rehabilitación hasta el 31 de agosto del mismo año. Sin embargo, la evolución no fue buena y requirió tratamiento psiquiátrico y de la Unidad del Dolor por producirse distrofia simpático-refleja. Ello requirió bloqueos nerviosos y tratamiento psiquiátrico por trastorno adaptativo. Finalmente, se calificó al paciente con incapacidad permanente y éste continuó con las atenciones psiquiátricas y por la Unidad del Dolor.





En relación con el tratamiento recibido en el Hospital de Jerez, el perito del reclamante afirma que era necesario y estuvo dirigido a combatir los malos efectos de una fractura tratada incorrectamente durante los primeros días tras la misma e insuficientemente tratada en la revisión quirúrgica del 11 de febrero de 2015. Una reducción adecuada habría producido, según afirma, una situación de estabilidad en la fractura que podría haberse tratado mediante sindactilia o yeso (más probablemente) y seguir el curso natural de la fractura hacia la curación.

Según el informe pericial de referencia, la propia evolución de la fractura hacia una consolidación viciosa con gran angulación, que precisó de una segunda intervención, indica que la fractura inicialmente era inestable y que persistía la angulación inicial, ya que en Urgencias no se hizo reducción y en la primera visita de Traumatología a la semana (15 de octubre de 2010) no se practicó ninguna exploración o tratamiento. En este sentido subraya que se dejó la fractura inicialmente sin evaluación por parte del especialista hasta el 22 de octubre de 2015.

El informe insiste en que la desviación que produjo originalmente la fractura no era tolerable, pues se miden 45° de angulación, y de hecho el paciente tuvo que afrontar una segunda cirugía. El perito señala que, según el manual de la SECOT, las fracturas inestables deben ser fijadas de forma temprana para que pueda instaurarse una movilización precoz. Por las razones expuestas considera que el tratamiento ortopédico inicialmente prescrito no fue correcto.

Aunque no se han confrontado los informes emitidos, como hubiera sido procedente antes de solicitar este dictamen, el Consejo Consultivo considera, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que el informe pericial del interesado ofrece una base suficiente para estimar parcialmente la reclamación, por deficiente tratamiento de la fractura en el Hospital (...), de manera que será la entidad concertada la que deba hacer frente a la indemnización correspondiente.

**5.3. Dictamen 303/2022, de 25 de abril, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en la que los interesados reclaman, entre otros motivos, por la falta de consentimiento informado y por daño desproporcionado.**

*En este dictamen se parte de una premisa básica: la obligación de información es independiente de la obligación de desplegar la actividad sanitaria con adecuación a la “lex artis”, por lo que ambos presuntos incumplimientos se analizan por separado.*

*Ponencia: Presidenta, María Jesús Gallardo Castillo  
Consejero, Rafael Escuredo Rodríguez  
Letrado, José Mario Guisado Barrilao*

El paciente, padre y esposo de los reclamantes, fue trasladado por el Servicio de Urgencias a un hospital dependiente del SAS el 10 de febrero de 2014, aquejado de una grave afección cardiaca, donde fue ingresado en la UCI e implantándosele un marcapasos provisional hasta la colocación prevista de otro definitivo. No obstante, se produjo el éxitus al día siguiente.

La reclamación de que trae causa la consulta planteada se fundamenta en dos motivos bien diferenciados: por un lado, en que el servicio sanitario que atendió al paciente incurrió en mala praxis en el consentimiento informado respecto del que se alega su inexistencia; y, por otro, el incorrecto funcionamiento del servicio sanitario en tanto que califican como deficiente la asistencia recibida e infracción de protocolo, error en la colocación del marcapasos que causa la perforación y derrame lo que conduce a la producción de un daño que califican de desproporcionado.

Esta dual argumentación obliga a partir de una premisa básica: la obligación de información es independiente de la obligación de desplegar una adecuada técnica en la intervención diagnóstica o terapéutica que se realice, puesto que su punto de partida es diverso: de una parte, el deber de información y, de otra, la de desplegar la actividad sanitaria con adecuación a la *lex artis ad hoc*. Así pues, la vulneración de una y otra genera distintas consecuencias. Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2021, la falta de consentimiento informado “tiene autonomía propia, en cuanto incide sobre el derecho del paciente a decidir, libremente y con la información adecuada, sobre su sometimiento a la actuación sanitaria, (...) lo que puede traducirse en una lesión de carácter moral, al margen y con independencia del daño que pueda resultar de la infracción de la *lex artis* en la realización del acto



médico”.

Esta distinta configuración de una y otra alegación requiere, pues, que el presente dictamen proceda al análisis jurídico separado de una y otra.

Debe advertirse con carácter previo que no asiste la razón a la Administración consultante cuando en la propuesta de resolución (pág. 184) afirma que en el catálogo de consentimientos informados éste no está previsto para este tipo de intervenciones (colocación de marcapasos provisional). Consultado dicho catálogo antes de emitir el presente dictamen, este Consejo Consultivo ha podido comprobar que está previsto y que en él constan los riesgos típicos de esta intervención. Pero, comprobado este dato debe verificarse, también con carácter previo a la valoración de los hechos y de sus consecuencias jurídicas, si en el caso que nos ocupa existió o no consentimiento informado, del que deben hacerse unas consideraciones generales que deben tenerse en cuenta para la resolución del caso.

En la Comunidad Autónoma andaluza, la exigencia de ser adecuadamente informado sobre los procesos de enfermedad y de emitir el consentimiento con anterioridad a ser sometido a tratamiento médico ha sido establecida jurídicamente al más alto nivel, pues el artículo 22.2.d) del Estatuto de Autonomía para Andalucía lo considera uno de los derechos de los pacientes y usuarios del Sistema Andaluz de Salud. Esta misma disposición del Estatuto de Autonomía remite a la Ley para que regule los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de este derecho.

Como quedó afirmado, entre otros, en nuestro dictamen 490/2007, “este trámite constituye un derecho para el paciente y un deber para el personal médico. Aparece regulado inicialmente en los apartados 5 y 6 del artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en la actualidad se encuentra previsto en los artículos 4 a 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esta nueva regulación legal viene a clarificar y a reforzar aún más el derecho del paciente a una información sanitaria veraz, completa, comprensible y adecuada. Respecto al consentimiento informado, que requiere cualquier actuación en el ámbito de la salud, como expresión libre y voluntaria del afectado de que ha recibido la información adecuada y valorado las opciones del caso, el apartado 2 del artículo 8 de la Ley 41/2002 establece que con carácter general será verbal, pero se prestará por escrito en los casos de: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Sin embargo, la Ley 41/2002 en su artículo 9.1.b) excepciona el consentimiento informado para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables

a favor de la salud del paciente, cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares”.

Como ha afirmado este Consejo Consultivo en su dictamen 746/2018, la ausencia de consentimiento informado, de la información misma, una información insuficiente o un consentimiento defectuoso no supone inexorablemente la obligación de indemnizar si no se produce un daño cierto cuyo riesgo no quedó advertido en el consentimiento informado. Y además de la concurrencia del daño, es requisito imprescindible que la falta o la insuficiencia de la información afecte a los riesgos inherentes y típicos a la intervención, que son los únicos que deben advertirse por ser los únicos previsibles. Sólo entonces se producirá la asunción de éstos por el centro hospitalario y, en su caso, por el facultativo -al no producirse el desplazamiento del riesgo en el paciente-, por cuanto el daño habría devenido antijurídico y el paciente no tendría el deber jurídico de soportarlo.

También advertíamos en el referido dictamen 746/2018, que el daño, es decir, el detrimento patrimonial que constituye el fundamento de la reclamación ha de producirse de forma cierta y efectiva y debe estar en relación no con cualquier resultado adverso derivado de la intervención médica, sino con el riesgo típico del que no fue informado. Así lo ha advertido con reiteración el Tribunal Supremo, que ha declarado que la falta del consentimiento informado revela una mala praxis (sentencias de 2 de octubre de 1997, 3 de octubre de 2000 y 14 de octubre de 2002), pero para que de ella pueda derivarse responsabilidad es necesario que la lesión por la que se reclama sea resultante de un riesgo típico, vinculado a la intervención médica realizada, del que el paciente y/o sus familiares debieron ser previamente informados y no lo fueron y debieron consentir y no consintieron. Así lo expresa el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de noviembre de 2011: el daño moral que es susceptible de causar la falta de consentimiento informado y su indemnización “no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria”.

Y, por último, decíamos también en el citado dictamen 746/2018, que ha de concurrir relación causal, la cual, “cuando el reproche se centra en la falta de información previa al emitir el consentimiento, no se corresponde al sentido técnico de causalidad material entre una desinformación y el resultado dañoso producido, sino en el sentido de que la información recibida fue la debida para prestar el



consentimiento o conformidad a la intervención. La razón es obvia: el reclamante debe probar no sólo la existencia del riesgo o complicación del que no fue informado sino que, desde el punto de vista de la causalidad, debe acreditarse que éste era de tal entidad que hubiera bastado de su conocimiento para que el paciente hubiera decidido no someterse finalmente a la intervención. Por ello, si no se informa debidamente del mismo y el daño se produce, se afirma que existe relación de causalidad entre la falta de información y el daño producido, pues en este caso debe presumirse que, de haber sido informado el paciente sobre la entidad de dicho riesgo no hubiera consentido someterse a la intervención. Y, siguiendo este razonamiento, si la intervención no tiene lugar, el daño, real y cierto, no se hubiera producido”.

Estos son los criterios de aplicación según la jurisprudencia y según la doctrina reiterada de este Consejo Consultivo. Procede en este instante examinar si concurren en el caso concreto sometido a nuestra consulta y, en consecuencia, si procede otorgar la reparación indemnizatoria que postulan los reclamantes con fundamento en la falta del documento escrito del consentimiento informado.

Ciertamente en el expediente no consta el documento escrito de consentimiento informado, si bien todos los informes que obran en la historia clínica destacan que tanto los familiares como el paciente estuvieron permanentemente informados tanto de la patología que este sufría (bloqueo A-V avanzado y síndrome coronario agudo) como de la técnica que iba a emplearse y sus posibles complicaciones y ellos mostraron su aceptación. La valoración jurídica de esta circunstancia, esto es, de la forma en que se expresó la información y se facilitó el consentimiento -escrita u oral- aconseja hacer algunas valoraciones previas. Como ya recordamos en nuestro dictamen 428/2021, la derogada Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, exigía hacerlo por escrito, como regla general, mientras que la actual Ley 41/2002 -impulsada por el ánimo de dinamizar la relación médico-paciente, facilitar su proximidad y permitir que el médico responsable adecúe el contenido de la información a las circunstancias y requerimientos del paciente-, en su artículo 8.2 ha invertido los términos y considera que deberá hacerse oralmente. Esta regla general se excepciona y por tanto, se exige que adopte la forma escrita en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en caso de aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, si bien el artículo 9.2.b) de la citada Ley prevé que sean llevadas a cabo “las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento” en caso de “riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo” y no sea posible conseguir su autorización, “consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

Ello explica que el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998, 10 noviembre 1998, 2 de noviembre de 2000 y 2 de julio de 2002, entre otras muchas, venga declarando que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene un mero valor *ad probationem* (a los efectos de la prueba) y que pueda ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (sentencias de 2 de noviembre 2000, 10 de febrero de 2004, 10 de febrero de 2004 y 29 de septiembre de 2005), siempre que quede constancia en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte (STS de 29 de mayo de 2003). Por tanto, afirma el Tribunal Supremo, que la falta de forma escrita no determina por sí la invalidez del consentimiento en la información no realizada por escrito, de donde deriva que pueda aseverarse que la forma elegida para ofrecer la información -oral o escrita- no es constitutiva ni tampoco esencial, siempre y cuando conste que se ha ofrecido información suficiente y se expliciten las circunstancias por las que no se procedió a hacerlo en forma escrita. Así lo ha venido a corroborar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su reciente sentencia de 8 de marzo de 2022 (Reyes Jiménez contra España) en la que reconoce que el apartado 36 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) "no exige en modo alguno que el consentimiento informado se dé por escrito siempre que sea inequívoco" (Aptdo. 37) y que, si en el Derecho interno se exige la forma escrita con posibilidad de manifestarla de forma verbal, bastará que se expliciten las razones que lo justificaron. En consecuencia, no encuentra este Consejo Consultivo razón suficiente que permita alzar reproche jurídico a la forma verbal en que se efectuó la información y el consentimiento.

En segundo lugar, la exigencia sobre el caudal de información ha de ser proporcional al tipo de intervención -necesaria o satisfactiva-, la mayor o menor urgencia, pues es obvio que cuanto más urgente sea una intervención, menor será el caudal informativo exigible al médico, y al revés. Otros factores o criterios objetivos que deben ser considerados y evaluarse a la hora de determinar el contenido del deber de información del médico son la necesidad del tratamiento, la peligrosidad de la intervención, la gravedad de la enfermedad, las posibilidades de supervivencia en caso de no recibir el tratamiento o efectuarse el acto médico de que se trate, así como la posibilidad de inferir racionalmente que de haber existido información previa, la decisión del paciente no hubiera variado dada la gravedad que presentaba y las escasas o nulas posibilidades de supervivencia en caso de no abordar de forma inminente la patología que presentaba (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2007). Pues bien, en este caso debe considerarse que estamos en presencia de una medicina "necesaria o curativa" y las circunstancias de extrema gravedad del paciente (bloqueo cardiaco de alto grado y un síndrome coronario agudo sin elevación del segmento ST) requería una actuación especialmente urgente, lo que condicionó que la información



suministrada y el consentimiento requerido no se llevaran a cabo de forma escrita sino verbal. Aun así consta en el expediente que tanto el paciente como los familiares estuvieron permanentemente informados del grave diagnóstico y pronóstico así como de los riesgos inherentes a la intervención que proponían practicarle para intentar mejorar la patología.

Pero con independencia de que el consentimiento en este caso se haya expresado en forma verbal o escrita, como ya advertimos en el citado dictamen 428/2021, con cita del 159/2018, “ha de tenerse en cuenta que la prosperabilidad de la reclamación resarcitoria requiere la concurrencia del desvalor del resultado” no solo porque siempre se exige la presencia del daño, sino porque la vulneración del deber de información constituye título suficiente de imputación de responsabilidad “únicamente cuando va asociada a un daño que sea consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin dicho consentimiento informado, es decir, el daño ha de derivar de alguno/s de los riesgo/s del que no se obtuvo información o de los que no se consintieron” (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001). En este sentido, se expresa igualmente este Consejo Consultivo en su dictamen 746/2018.

La cuestión no es baladí porque, aunque la falta de consentimiento informado supone, como acabamos de significar, la existencia de un funcionamiento anormal (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, 20 de septiembre de 2005, 23 de febrero de 2007 y 22 de octubre de 2009) que por sí mismo constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008) y aunque ello no signifique automáticamente ni *per se* el surgimiento de la responsabilidad patrimonial (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001) sí puede generarla cuando de tal infracción de la *lex artis* se ha derivado la materialización del daño proveniente de un riesgo típico del que debió haberse informado y obtenido el consentimiento. Por tanto, no basta con que no exista el documento escrito del consentimiento informado (y no sólo porque éste pueda expresarse de forma verbal, como ya hemos razonado), como tampoco basta con que se produzca un daño (que puede haberlo bien por infracción de la *lex artis* o bien porque, aun en casos de *norma praxis*, no haya sido posible obtener el resultado exitoso consistente en la mejora o curación del paciente, ya sea por la gravedad de la patología o porque la ciencia o la técnica no siempre puedan lograrlo, como después se razonará).

Tal es lo que entiende este Consejo Consultivo que ha acontecido en el supuesto sometido a nuestra consulta, en tanto que, según consta en los informes emitidos por los facultativos y de los que se da cumplida cuenta en los antecedentes de hecho de este dictamen y en la propuesta de resolución -y que obviamos reproducir en su

integridad para evitar innecesarias reiteraciones-, el fatal desenlace no se produce por consecuencia de complicación alguna derivada de un riesgo del que debió informarse y consentirse sino “de la evolución insatisfactoria posterior” que lo hizo “inevitable” (informe del Servicio de Cardiología de 25 de mayo de 2021).

Ya lo hemos dicho más arriba, el daño por el que se postula indemnización derivada de mala praxis por falta de información o por falta de consentimiento no sólo ha de mostrarse vinculado o ligado causalmente a la intervención o a la práctica de la correspondiente prueba, es decir, no sólo ha debido producirse en el seno de ésta o en desarrollo de un servicio sanitario, sino que ha de ser traducción de un riesgo típico o asociado a aquélla o a éste y del que el paciente debió ser informado previamente a su realización como premisa para la obtención de su consciente y libre consentimiento (dictamen de este Consejo Consultivo 746/2018). En el presente caso, el resultado final no constituye materialización de ningún riesgo del que debió informarse y consentirse. Es más, según el citado informe de Cardiología, el resultado inicial fue “satisfactorio, pues el paciente volvió a recuperar el ritmo cardíaco tras esta actuación” (es decir, la colocación del marcapasos provisional). “La visualización del derrame pericárdico de cuantía ligera es importante para confirmar la situación avanzada del electrodo, hecho que no es raro encontrar en este tipo de procedimiento de urgencia y que asumimos. En este sentido, lo que hay que hacer es recolocar el electrodo, no existiendo en este punto indicación de cirugía cardíaca ni por supuesto traslado a hospital de referencia para posicionar el cable. La respuesta positiva inicial del paciente lo confirma. La ausencia de complicaciones una vez se retira el electrodo se pudo comprobar con ecocardiograma” (...) “El desenlace fatal del caso se debe a la gravedad de la patología cardíaca y las complicaciones asociadas al tratamiento, que de no llevarse a cabo, el fallecimiento del paciente hubiera acontecido antes”.

A la luz de tan contundente conclusión, este Consejo Consultivo no puede sino entender que no se ha materializado una complicación propia de la intervención quirúrgica o una secuela previsible cuya información se ha obviado y de cuyo consentimiento se ha prescindido, sino que ha sido una derivación propia de la grave patología que sufría el paciente y al que el servicio sanitario no le fue posible sanar.

En este contexto es importante retener esta premisa porque no siempre es posible asegurar la curación del paciente o prevenir daños como consecuencia de la fragilidad del ser humano y de las limitaciones de la ciencia y de la técnica médica. Como tiene dicho con reiteración la jurisprudencia y este Consejo Consultivo, la ciencia médica no es infalible pues los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano. Por esta razón, no existe derecho a la curación sino





a la puesta a disposición de los medios para alcanzarla pero sin poder garantizar su resultado. Dicho de otro modo y dando contestación a la causa invocada de falta de información que sustenta la pretensión indemnizatoria postulada por los reclamantes: no se ha producido un daño vinculado al acto médico realizado (implantación de un marcapasos provisional) del que los reclamantes acusan falta de información escrita. Siendo así, a efectos dialécticos -ya que entiende este Consejo Consultivo que la información suministrada en forma verbal fue suficiente en las circunstancias de urgencia que presentaba el enfermo- la eventual omisión del consentimiento informado previa a una intervención médica no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales, con posibles repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad patrimonial. Por tanto, ninguna indemnización procede con cargo a este argumento.

Igual suerte desestimatoria debe correr el relativo a la infracción de la *lex artis ad hoc* en la realización de la prueba quirúrgica (implantación del marcapasos provisional) o en la puesta a disposición de los medios de los servicios sanitarios.

Los reclamantes invocan “deficiente asistencia recibida durante la mañana del día 11 de febrero, cuando se produjo una parada cardíaca y al ver los resultados del ecocardiograma se visualiza una complicación consistente en la perforación por el cable del marcapasos de la pared del ventrículo”. Sin embargo, a este respecto, la explicación a este suceso se revela plenamente coherente y ajustada a la *lex artis*, como se pone de manifiesto en el informe de Cardiología (pág. 141) que consigna que: “La visualización del derrame pericárdico de cuantía ligera es importante para confirmar la situación avanzada del electrodo, hecho que no es raro encontrar en este tipo de procedimiento de urgencia y que asumimos. En este sentido, lo que hay que hacer es recolocar el electrodo, no existiendo en este punto indicación de cirugía cardíaca ni por supuesto traslado a hospital de referencia para posicionar el cable. La respuesta positiva inicial del paciente lo confirma. La ausencia de complicaciones una vez se retira el electrodo se pudo comprobar con ecocardiograma”.

Por otra parte, los reclamantes reprochan la incorrecta aplicación del protocolo al considerar que el resultado hubiera sido distinto si se hubiera trasladado inmediatamente al paciente a un hospital donde se le practicara una cirugía cardíaca en lugar de realizar la movilización del cable del marcapasos, que “al parecer no estaba bien colocado”. Nuevamente, invocan pero no prueban infracción de la *lex artis*, a la que imputan causalmente el fallecimiento del paciente. Pero en el plano jurídico debe entenderse que se trata de un hecho de naturaleza constitutiva de cuya veracidad y prueba depende el éxito de la pretensión indemnizatoria y que, pese a la relevancia de su acreditación y de que corre a cargo de la parte reclamante, ésta no ha respaldado mediante un informe pericial o juicio técnico por facultativo competente

que es quien cuenta con el juicio clínico pertinente para determinar y precisar si verdaderamente puede calificarse esta como una deficiencia asistencial o un error al que anudar científicamente las consecuencias lesivas con la relevancia causal en relación con el daño cuya reparación postulan. Como ya dijimos en nuestro dictamen 344/2011, aun no siendo legalmente exigible prueba pericial, es altamente recomendable este proceder, sin la cual el único elemento probatorio lo constituyen los documentos obrantes en la historia clínica y, salvo que éstos evidencien que ha existido un anormal funcionamiento del servicio público o concurren otros elementos de juicio concluyentes que avalen y justifiquen el resarcimiento que postulan los reclamantes, este no puede prosperar.

Es lo que acontece en este caso en que se carece de informe pericial, por lo que este Consejo Consultivo no puede entender por cierto dicho hecho ni la valoración y consecuencia jurídica que pretenden los reclamantes, al no aparecer refrendado en la historia clínica ni averado por los informes evacuados durante la instrucción del procedimiento. Como tiene afirmado este Consejo Consultivo, no cabe sustentar una presunción de causalidad y mucho menos hacerlo basándose en conjeturas o apreciaciones que no revisten el grado de certeza o verosimilitud aceptable para estimar que algo se dejó de hacer o se hizo mal y que tuvo el necesario impacto causal hasta el extremo de que se hubiera evitado o limitado la entidad del resultado lesivo de haber mediado otros parámetros de actuación. Por tanto, a falta de informe pericial que avale las consideraciones aducidas por la parte reclamante, la argumentación se revela débil y escasamente convincente por cuanto el motivo alegado debe decaer.

Por último, se alega daño desproporcionado. El motivo tampoco puede prosperar, no sólo ya porque no se ha producido mala praxis, según se ha razonado, lo que ya excluye cualquier calificativo adicional ulterior, sino porque -y así lo ha dicho este Consejo Consultivo con reiteración (por todos, el dictamen 188/2020)- el concepto jurídico de daño desproporcionado no se corresponde con un daño grave o de consecuencias extraordinarias para el paciente, ni tampoco equivale a que éste sea desorbitado ni un resultado indeseado o insatisfactorio. El daño es desproporcionado cuando es anómalo como resultado de una actividad concreta, que, por tanto, en primer lugar, no se corresponde con las complicaciones posibles y definidas en la intervención -es decir, que no está previsto- ni, en segundo lugar, es explicable en la esfera de la actuación profesional. Un daño que, como se reconoce en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012, que “excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica”. De este modo, si por daño desproporcionado debe entenderse aquel no explicable en la esfera de una actuación profesional, en lógica coherencia, en estos casos debe trasladarse al ámbito de ésta la exigencia de acreditar las



circunstancias en que se produjo, pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se producen sino por razón de una actuación negligente o un funcionamiento anormal del servicio sanitario se espera del agente una explicación o justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación del daño producido.

Con estas premisas, es evidente que en el caso sometido a consulta se descarta que se haya producido el daño desproporcionado que alegan los reclamantes pues, según se desprende del acervo probatorio incorporado en el expediente, el daño no sólo no está revestido de las características y requisitos anteriormente expuestos sino que el servicio médico ha aportado las explicaciones médicas pertinentes que justifican que su actuación ha sido conforme a la *lex artis ad hoc* así como los motivos del fatal desenlace.

Como tiene afirmado con reiteración el Tribunal Supremo y este Consejo Consultivo, para que sea ajustada a Derecho una resolución condenatoria ha de hacerse sobre una base probatoria firme, clara y sin incerteza fáctica, lo que no se produce en este caso por todo lo anteriormente razonado. Por todo lo expuesto, a la luz de la documentación e informes obrantes en el expediente, este Consejo Consultivo considera ajustada a Derecho la desestimación de la reclamación postulada por la Administración, lo que exime de entrar a conocer el problema de la valoración del daño, cuantía y modo de la indemnización que en otro caso pudiera haberse acordado.

**5.4. Dictamen 629/2022, de 29 de septiembre, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en la que el interesado reclama por un retraso de diagnóstico.**

*En este dictamen se concluye que existe responsabilidad patrimonial de la Administración por retraso de diagnóstico debiéndose destacar del mismo, la valoración del daño que se efectúa en el fundamento jurídico quinto, en el que se señala el deber de objetivar el daño moral.*

*Ponencia: Consejero, Antonio Dorado Picón  
Letrado, José Luis Martín Moreno*

El interesado cuestiona en su reclamación distintos episodios asistenciales que evidencian, a su juicio, un “error-retraso diagnóstico y terapéutico que le obligó a acudir a la sanidad privada después de diversas consultas en servicios especializados del SAS en Jaén y Linares, en los que se reiteró el diagnóstico de parálisis facial periférica izquierda.”

Tras analizar el asunto, el Consejo Consultivo entiende que la aparición de sincinesias y la atípica forma de progresión del tumor dificultaba el diagnóstico, pero no se estableció ningún plan de actuación ante la eventualidad de que la parálisis tuviera otro origen, y cabe admitir que el seguimiento del paciente y la realización de una RM del nervio facial izquierdo (o quizá otras pruebas como una ecografía o una placa, según el informe pericial del reclamante) podrían haber orientado el diagnóstico hacia el que definitivamente se confirmó cuando el tumor había causado daños irreversibles en el oído izquierdo. La realización de dicha prueba en modo alguno puede considerarse desproporcionada y la obtención de un diagnóstico más temprano, considerando la forma en que progresó el tumor, sí habría modificado la afectación en oído, según el parecer antes referido de la Unidad de Gestión Clínica de Neurología y Neurofisiología, considerando que ésta se presentó unos dos años después de dos consultas realizadas en 2015.

En definitiva, aunque tal actuación no habría evitado buena parte de las secuelas, creemos que al menos debe ser objeto de indemnización el daño en el oído izquierdo, que pudo ser evitado con un diagnóstico más precoz.



## V

El interesado solicita una indemnización de 150.000 euros, que vendrían a resarcir los gastos, daños físicos y daños morales que alega en su reclamación frente al SAS. A la hora de determinar los daños objeto de reclamación, reproduce los que se detallan en la parte final del informe pericial que aporta en el trámite de audiencia.

Concretamente, los gastos y daños que aduce son, por orden cronológico, los siguientes: “1.- Pérdida de pieza dentaria 38, tercer molar mandibular izq. por extracción innecesaria en el curso del fallido proceso diagnóstico por recomendación del dentista del SAS. 2.- Coste del proceso diagnóstico en julio 2017. Hospital Nisa Madrid: Ultrasonido, biopsia aspirativa, RM TAC,... Preparación para envío a hospital terciario para extirpación tumor por equipo de tres cirujanos en la Clínica de Navarra. 3.- Intervención en Clínica Universitaria de Navarra. Viajes a Clínica de Navarra, septiembre y octubre 2017. 4.- Desfiguramiento definitivo por parálisis facial. Gastos de cirugía de corrección de parálisis facial. 5.- Pérdida auditiva izquierda del 70%. 6.- Inserción de prótesis auditiva (pendientes de ejecutar) 7.- Emolumentos de cirugía plástica rehabilitadora por parálisis facial establecida permanentemente. 8.- Desfiguramiento facial y ocular, contención oral salivar y exposición de la córnea, junto con incontinencia lacrimal.”

En este apartado, el reclamante habla de la gravedad de las consecuencias que se han producido por “infracción de la buena praxis médica”, refiriéndose también al carácter simplemente orientativo del baremo de daños derivados de accidentes de tráfico (STS de 3 de diciembre de 2012), lo que viene a justificar que en el campo de la responsabilidad sanitaria sea inevitable el juego de los criterios discrecionales, valorando las circunstancias concurrentes en cada caso.

Subrayando la falta de parámetros objetivos que deban ser automáticamente aplicados en este campo, la representante del interesado concluye de manera un tanto abrupta que, considerando el “importante daño físico y moral” sufrido por su cliente, procede cifrar prudentemente la indemnización solicitada en 150.000 euros, cantidad que entiende plenamente justificada, afirmando que se trata de una cuantía establecida por comparación con otros supuestos similares.

Este proceder podría tener alguna lógica en la determinación del daño moral, de acuerdo con la jurisprudencia a la que apela la parte reclamante al destacar “el componente subjetivo en la fijación de la indemnización económica del perjuicio moral” (reservada por ello al prudente arbitrio judicial). Tal y como señala la STS de 23 de octubre de 2015 (Sala Primera) los daños morales son aquellos no susceptibles de ser evaluados patrimonialmente, «por consistir en un menoscabo cuya sustancia

puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica.»

Pero la especial naturaleza del daño moral y su difícil prueba (en contraste con la más fácil acreditación del daño corporal), no significa que quienes pretendan su reparación no deban realizar un mínimo esfuerzo probatorio sobre el conjunto de circunstancias que afirman tener en cuenta para cuantificarlo. La propia jurisprudencia citada por la parte reclamante deja claro el carácter autónomo del daño moral, y siendo así cabía esperar su desagregación del daño corporal y el detalle de las circunstancias por las que se estima que el actor padeció un sufrimiento especial de mayor o menor intensidad. Lo anterior se traduce en un deber de objetivar, en la mayor medida posible, una realidad dañosa que incide sobre la esfera íntima de la persona, siendo insuficiente la mención a la cuantificación del daño moral en supuestos similares que no se citan.

Tras la exposición genérica de los costes asumidos y daños corporales que menciona, no concreta de manera precisa cuáles son los conceptos por los que solicita indemnización y su concreta cuantificación (lesiones temporales, secuelas, incapacidad,... etc.), sino que se limita a solicitar una indemnización global, sin desglose alguno, que permita verificar si estamos o no ante una indemnización razonable.

En esta tesitura, y no habiéndose pronunciado la Administración sobre la cuantía de la indemnización solicitada (la propuesta se limita a desestimar la reclamación porque “no se encuentra justificación a la argumentación expuesta por la parte reclamante”), procede que ésta se fije en trámite contradictorio, con la intervención del interesado. Sin perjuicio de lo anterior, y en línea con lo expuesto en el anterior fundamento jurídico, es necesario establecer las siguientes precisiones. En principio no procede la indemnización por la pérdida de la pieza dentaria 38, pues no puede tenerse por acreditada la innecesariedad de la extracción ni la relación entre las molestias que presentaba el actor y el tumor no detectado en ese momento.

En cuanto al resarcimiento de los gastos generados por pruebas diagnósticas e intervenciones en la medicina privada, su indemnización debe rechazarse, ya que el actor rechazó que tales servicios le fueran prestados por el SAS, a pesar de que, una vez conocido el diagnóstico, se le comunicó la posibilidad de realizar la intervención con urgencia dentro del sistema público andaluz, ofreciéndose los hospitales de Córdoba, Málaga o Sevilla. En relación con lo anterior, hemos recordado que el reintegro de tales gastos no puede solicitarse por la vía de la responsabilidad



patrimonial, sino por el procedimiento previsto en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, cuyo artículo 4.3 dispone que “La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”. En este sentido, nos remitimos a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2007.

La alegada desconfianza del reclamante y su familia en la sanidad pública no es causa que permita el reembolso de los gastos reclamados, y menos aún si se basa en que un facultativo hiciera constar erróneamente que se trataba de un “tumor de ángulo ponto cerebelosos y preauricular izquierdo”, ya que este error figura al consignar el motivo de consulta y no en el apartado de diagnóstico, como se indica en el dictamen médico del Servicio de Aseguramiento y Riesgos.

La cuantificación de la indemnización debe centrarse, como ya hemos adelantado, en las secuelas producidas en el oído izquierdo. Con tal finalidad consideramos correcta la aplicación, con carácter orientativo, del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, pese a las críticas que formula la representante del reclamante. No obstante, tomando en consideración las circunstancias que han concurrido en la asistencia sanitaria cuestionada, consideramos también que la cantidad resultante de la aplicación de dicho sistema debería incrementarse en un 20%, en concepto de daño moral.