

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

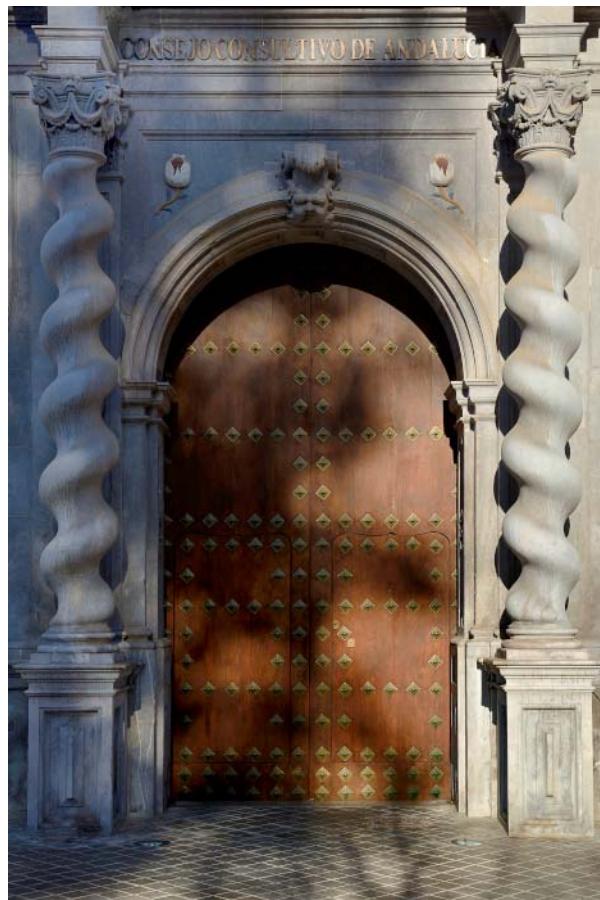


MEMORIA 2024

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
Web: consejoconsultivodeandalucia.es

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

Dep. Legal: GR 568-2014



MEMORIA

correspondiente al año 2024 que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 2/2024, de 19 de julio, 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 2 de abril de 2025, 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	17
2.1. Organigramas sobre composición y competencias del Pleno, de la Comisión Permanente, de las Ponencias y de la Comisión de Estudios y Análisis Normativo.....	17
2.2. Miembros de los órganos colegiados.....	22
2.3. Sesiones.....	24
3. Personal.....	25
3.1. Organigrama administrativo	25
3.2. Letrados.....	25
3.3. Asesores	26
3.4. Personal administrativo	26
3.5. Otro personal	27
4. Presupuesto	28
5. Transparencia pública.....	30
6. Infraestructura.....	30
6.1. Sede.....	30
6.2. Biblioteca y archivo	32
6.3. Sistema informático.....	32
7. Actividad no consultiva	33
7.1. Organización y colaboración en cursos y jornadas.....	33
7.2. Conferencias	34
7.3. Visitas institucionales	35
7.4. Asistencia a actos	36
7.5. Presentación Memoria 2023	48
7.6. Otros.....	49

CAPÍTULO SEGUNDO: ACTIVIDAD CONSULTIVA

1. Dictámenes	57
1.1. Materias en las que es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo	57
1.2. Esquema de tramitación	60
1.3. Solicitudes de dictámenes.....	61
1.3.1. Consultas facultativas	61
1.3.2. Subsanación de documentación.....	61
1.3.3. Mención de urgencia.....	61
1.4. Dictámenes emitidos.....	64

1.5. Votos particulares	64
1.6. Resoluciones administrativas y sentido de los dictámenes	64
1.6.1. Asuntos en los que la Administración se ha apartado del dictamen del Consejo Consultivo	65
1.6.1.1. Responsabilidad patrimonial	65
2. Órganos remitentes	67
3. Dictámenes por materias	68

CAPÍTULO TERCERO: OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

A. DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL	91
1. Procedimiento de elaboración	91
1.1. Sobre los borradores	93
1.2. Sobre el principio de buena regulación	93
1.3. Sobre los informes	94
1.4. Sobre el empleo de la <i>lex repetita</i>	94
B. ACTOS ADMINISTRATIVOS	95
1. Observaciones generales	95
2. Documentación	95
3. Aspectos formales y sustanciales	97
3.1. Principios del procedimiento administrativo	97
3.1.1. Principio de celeridad y buena administración	97
3.1.2. Principio de buena fe y confianza legítima: la doctrina de los actos propios	99
3.2. Observancia de las normas de procedimiento administrativo	100
3.3. Silencio administrativo	104
3.4. Prueba	104
3.5. Audiencia al interesado	106
3.6. Notificación	106
3.6.1. Notificación edictal	106
3.6.2. Notificación electrónica	107
3.7. Recurso de reposición	108
3.8. Contratación	109
3.8.1. Sobre el ámbito de la contratación y sus principios	109
3.8.2. Distinción entre contrato administrativo y contrato privado	110
3.8.3. Modificaciones contractuales	111
3.8.3.1. <i>Ius variandi</i>	111
3.8.3.2. Modificaciones no previstas. Preceptividad del dictamen	113
3.8.3.3. Modificaciones previstas	115
3.8.4. Exigencia de revisión de oficio para el abono de prestaciones contractuales realizadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento de licitación	115
3.8.5. Fraccionamiento de los contratos	118
3.8.6. Tramitación de emergencia	118
3.8.7. Efectos de la resolución contractual	119



3.9. Responsabilidad patrimonial de la Administración	121
3.9.1. Aspectos procedimentales	121
3.9.1.1. Legitimación.....	122
3.9.1.2. Prueba	126
3.9.1.3. Informe del servicio.....	129
3.9.1.4. Tramitación simplificada.....	129
3.9.1.5. Responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones urbanísticas.....	130
3.9.1.6. Criterios para la determinación de indemnización por daño moral en infecciones intrahospitalarias de hepatitis C.....	131
3.9.1.7. Carácter preceptivo del dictamen del Consejo.....	134
3.9.2. Responsabilidad patrimonial de las agencias públicas empresariales de la Junta de Andalucía.....	134
3.9.3. Responsabilidad cuando en una prestación de servicio público intervienen varios entes instrumentales de la Administración o más de una consejería.....	135
3.9.4. Responsabilidad del contratista	137
3.9.5. Responsabilidad por anulación de actos administrativos en vía judicial	140
3.10. Revisión de oficio.....	142
3.10.1. Sobre el órgano municipal competente.....	142
3.10.2. Aplicación de los límites a la revisión de oficio.....	145
3.10.3. Actos administrativos de naturaleza tributaria.....	145
3.10.3.1. Revocación de actos tributarios.....	145
3.10.3.2. Notificación de actos tributarios	150
3.10.3.3. Aplicación de bonificación a explotación agrícola prioritaria en el impuesto de transmisiones patrimoniales.....	152
3.10.4. Naturaleza normativa de los estudios de detalle.....	152
C. CONSULTAS FACULTATIVAS	155

ANEXO:

DICTÁMENES QUE CONFORMAN DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO

1. Recurso de inconstitucionalidad.....	163
1.1. Dictamen 610/24, de 25 de julio: interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio	163
2. Acuerdo transaccional	188
2.1. Dictamen 884/24, de 6 de noviembre: propuesta de acuerdo transaccional	188
3. Recurso extraordinario de revisión	201
3.1. Dictamen 78/24, de 8 de febrero: denegación del acceso a la renta mínima de inserción social en Andalucía.....	201
3.2. Dictamen 750/24, de 10 de octubre: denegación de licencia de obras	207
4. Revisión de oficio	211
4.1. Dictamen 344/2024, de 30 de abril: resolución desestimatoria del recurso de reposición relacionado con el Impuesto de Sucesiones y Donaciones	211
4.2. Dictamen 443/2024, de 23 de mayo: reconocimiento del tiempo de	

servicios prestados en otro país de la Unión Europea.....	216
4.3. Dictamen 475/2024, de 13 de junio: declaración de nulidad de Decreto por el que se resuelve un expediente sancionador	229
5. Responsabilidad patrimonial.....	236
5.1. Dictamen 56/2024, de 24 de enero: anulación judicial del PGOU.....	236
5.2. Dictamen 112/2024, de 6 de noviembre: daños morales	240
5.3. Dictamen 639/2024, de 25 de julio: consentimiento informado	248
5.4. Dictamen 888/2024, de 6 de noviembre: error de diagnóstico por fallo informático	255
5.5. Dictamen 1078/2024, de 18 de diciembre: daños sufridos en un comedor escolar.....	263
6. Responsabilidad contractual.....	273
6.1. Dictamen 830/2024, de 22 de octubre: causa de fuerza mayor.....	273



PRESENTACIÓN

Treinta años después de su creación, el Consejo Consultivo de Andalucía ha consolidado su papel como una de las instituciones de autogobierno que constituye seña de identidad de la Comunidad Autónoma. Treinta años en los que hemos intentado ser un pilar de garantía que vele por el exacto cumplimiento de la Constitución, el Estatuto y el ordenamiento jurídico y preserve la legalidad en la actuación de nuestras administraciones públicas. No es un reto fácil llevar a cabo el impulso de la institución al futuro para colocarla a la altura del pasado sin caer en la autocoplacencia, hemos de reconocer que hemos sido pioneros en muchos aspectos y hemos ocupado un lugar relevante entre los consejos consultivos de España, y mantener ese nivel de calidad con el ingente volumen de asuntos que manejamos supone trabajar a un ritmo muy exigente. Vaya por delante mi felicitación en este 30 aniversario que hemos celebrado en 2024 a todos los trabajadores que están y que han estado, que han pasado por esta institución y que han contribuido con su esfuerzo a hacer del Consejo Consultivo el referente que hoy es, porque el compromiso social de los integrantes del Consejo lo han convertido en un elemento fundamental dentro del sistema autonómico.

Los números de 2024 siguen hablando de un crecimiento exponencial en la actividad del Consejo, superando el millar, concretamente 1.092. Dictaminar estos más de mil asuntos en un plazo razonable para que las administraciones puedan dictar resolución lo antes posible y que así la ciudadanía no tenga que esperar para recibir respuesta sigue siendo nuestro mayor reto. Es de destacar también la cifra de responsabilidades patrimoniales que han pasado en 2024 por el Consejo Consultivo, la mayor de su historia (613), lo que confirma la confianza de los ciudadanos en una institución que vela porque sus derechos y libertades estén protegidos por el exacto cumplimiento de la legalidad por parte de los poderes públicos.

Otra fecha a destacar de este 2024 es el 19 de julio, cuando se aprobó la Ley 2/2024 del Consejo Consultivo de Andalucía, un texto que da 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.

La Memoria de 2024 fue aprobada por unanimidad en la sesión plenaria de 2 de abril de 2025 y 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: la doctrina del Consejo Consultivo, que sirve de guía y orientación para las actuaciones de los órganos públicos.

Puestos a trabajar ya en 2025 nuestros esfuerzos irán encaminados a seguir siendo la principal referencia jurídica de Andalucía, para preservar y proteger los derechos de la ciudadanía frente a posibles desviaciones que la Administración pueda cometer al aplicar las normas, depurando el ordenamiento jurídico y emitiendo observaciones sobre los textos proyectados, lo que comporta una importante garantía para la Administración y para el interés general por nuestra tarea de asesoramiento y control de la legalidad.

CAPÍTULO PRIMERO

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, 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 Consultivo) 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 fin de abordar mejoras técnicas y organizativas, y de actualizar la regulación a las reformas legislativas que se han producido en la normativa estatal básica y en la normativa autonómica, el 19 de julio de 2024 se aprobó la Ley 2/2024, del Consejo

Consultivo de Andalucía. La novedad más destacable de dicha Ley ha sido la creación de una Comisión de Estudios y Análisis Normativo cuya función principal es la realización de estudios o informes en los que se pongan de manifiesto las mejoras necesarias que se deben introducir en el ordenamiento jurídico.

Con la citada Ley el Consejo Consultivo ha completado 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, de las Ponencias y de la Comisión de Estudios y Análisis Normativo (gráficos 1, 2, 3, 4 y 5)

PLENO		COMPOSICIÓN	
PRESIDENTE		- El del Consejo Consultivo.	
CONSEJEROS PERMANENTES		- Los expresidentes de la Junta de Andalucía hasta que cumplan 75 años de edad.	
CONSEJERAS Y CONSEJEROS ELECTIVOS		- Seis con carácter exclusivo y a tiempo completo. - Cuatro sin exclusividad.	
CONSEJERAS Y CONSEJEROS NATOS		- El presidente de una de las Reales Academias de Legislación y Jurisprudencia de Andalucía. - El fiscal superior de Andalucía. - Un representante del Consejo Andaluz de Colegios de Abogados. - El director general de Administración Local. - El jefe del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía.	
SECRETARIO		- La persona titular de la Secretaría General.	
COMPETENCIAS DEL PLENO		Plazo	
Dictamina sobre:			
1. Anteproyecto de reforma del Estatuto de Autonomía.			
2. Anteproyectos de leyes.		30 días	
3. Excepcionalmente, las consultas de carácter facultativo cursadas por el presidente de la Junta de Andalucía o el Consejo de Gobierno, en las que se solicite expresamente la intervención del Pleno.			

Gráfico 1.- Composición y competencias del Pleno.

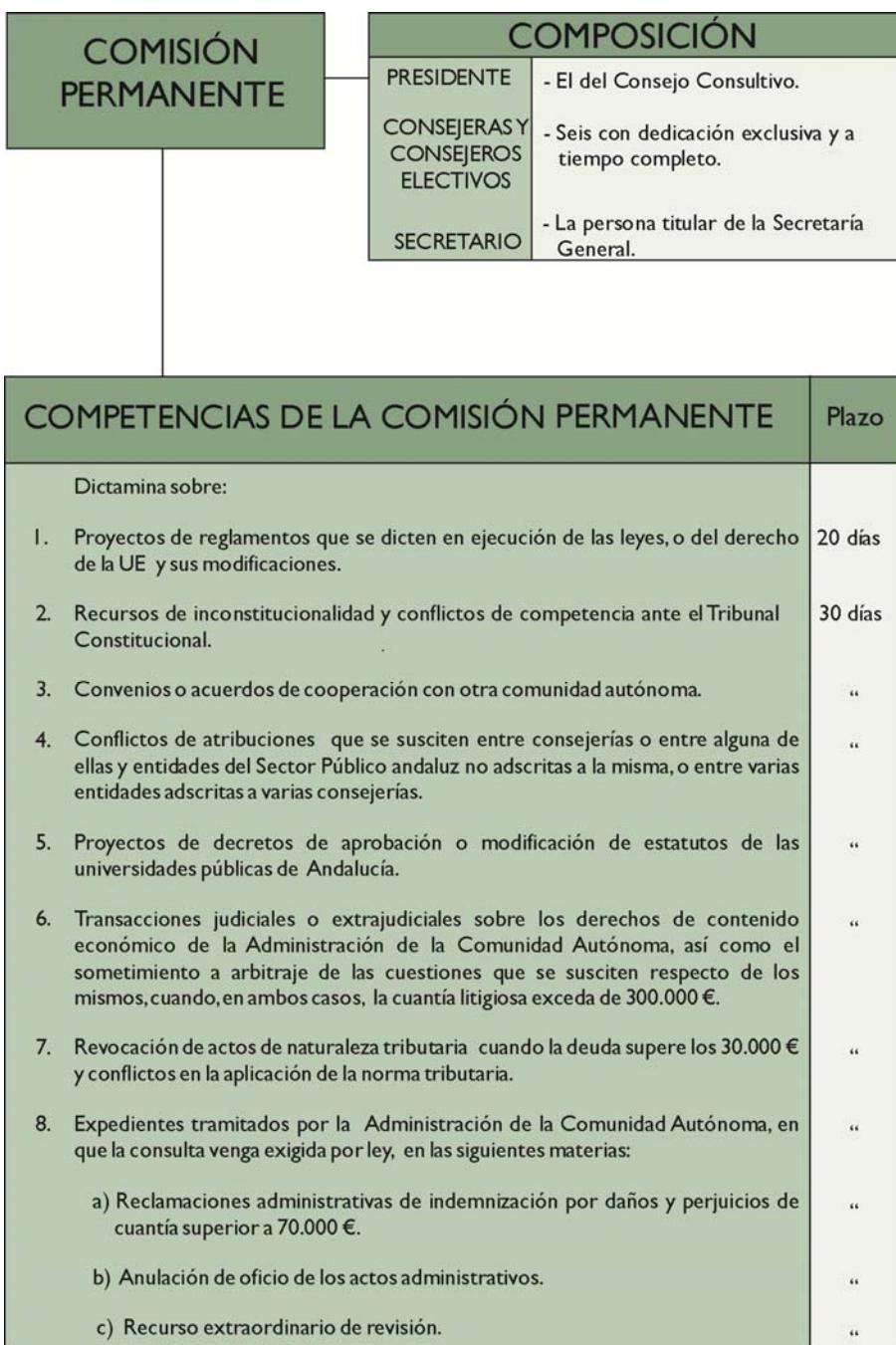


Gráfico 2.- Composición y competencias de la Comisión Permanente.



COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN PERMANENTE	Plazo
Continuación	
d) Contratación administrativa.	
- Nulidad.	30 días
- 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 €.	15 días
- Modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstos y su cuantía sea superior a un 20% del precio inicial y su precio sea igual o superior a 6.000.000 €.	30 días
- 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 30.000 €.	"
- Pliegos de cláusulas administrativas generales.	"
e) Urbanismo.	"
- Modificación de los instrumentos de ordenación urbanística que prevean una diferente localización de dotaciones públicas de espacios libres y zonas verdes y los supuestos de suspensión de los instrumentos de ordenación urbanística general que competen al Consejo de Gobierno .	"
- Suspensiones de los instrumentos de ordenación urbanística que competen al Consejo de Gobierno.	"
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.	"
9. Expedientes tramitados por instituciones, entidades, organismos, universidades y empresas en que, por precepto expreso de una ley, deba pedirse dictamen al Consejo Consultivo.	"
10. Conflictos en defensa de la autonomía local.	"
11. 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 50.000 €.	"
12. 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.	"

Gráfico 3.- Continúa competencias de la Comisión Permanente.

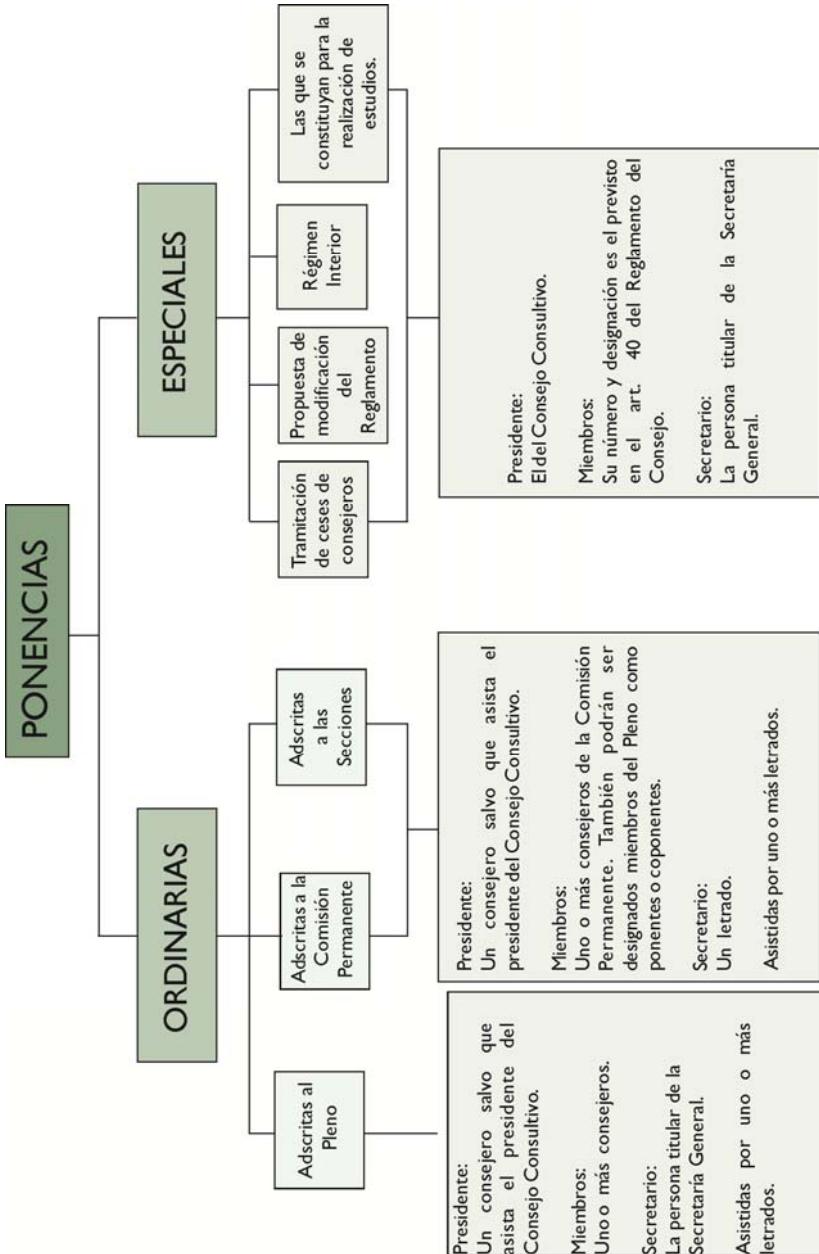


Gráfico 4.- Tipos, composición y competencias de las Ponencias.



COMISIÓN DE ESTUDIOS Y ANÁLISIS NORMATIVO

COMPOSICIÓN

PRESIDENTE	- El del Consejo Consultivo.
CONSEJEROS PERMANENTES	- Los expresidentes de la Junta de Andalucía hasta que cumplan 75 de años de edad.
CONSEJERAS Y CONSEJEROS ELECTIVOS	- Seis con carácter exclusivo y a tiempo completo.
SECRETARIO	- La persona titular de la Secretaría General.

COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS Y ANÁLISIS NORMATIVO

1. Realización de los estudios e informes que el Consejo de Gobierno solicite en asuntos de especial trascendencia, así como la elaboración de propuestas normativas.
2. Recabar de los sectores afectados la información sobre los efectos de la normativa vigente que les resulten de aplicación, la elaboración de encuestas y estadísticas, así como de informes de seguimiento de la aplicación normativa.
3. Estudio y difusión de la doctrina jurisprudencial y del derecho comparado, así como la realización de recomendaciones de buenas prácticas.
4. La elaboración del informe anual de actuaciones y recomendaciones realizadas por esta comisión.

Gráfico 5.- Composición y competencias de la Comisión de Estudios y Análisis Normativo.

2.2. Miembros de los órganos colegiados

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

Presidenta

Gallardo Castillo, M.^a Jesús

Consejeras y consejeros electivos con exclusividad

Dorado Picón, Antonio

García Navarro, Luis Manuel

Martín Reyes, Diego

Mingorance Gosálvez, María del Carmen

Moreno Ruiz, María del Mar

Roca Fernández Castanys, María Luisa

Consejeras y consejeros electivos sin exclusividad

Blanco Argente del Castillo, Eva

Carrillo Donaire, Juan Antonio

Lara Peláez, Francisco Javier

Olmedo Cardenete, Miguel

Pérez Andrés, Eloísa

Pérez Vallejo, Ana

Consejeras y consejeros natos

Cabrera Mercado, Leandro

Ceballos Casas, María Luisa

López Cantal, Rafael

Pérez Pino, María Dolores

Tárrago Ruíz, Ana

Secretaria general

Linares Rojas, María Angustias

La **Comisión Permanente**, integrada por la presidenta, 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.^a Jesús

Consejeras y consejeros

Dorado Picón, Antonio
García Navarro, Luis Manuel
Martín Reyes, Diego
Mingorance Gosálvez, María del Carmen
Moreno Ruiz, María del Mar
Roca Fernández Castanys, María Luisa

Secretaría 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

Consejeras

Blanco Argente del Castillo, Eva
Roca Fernández Castanys, María Luisa

Letrado mayor

Requena López, Tomás

Secretaría general

Linares Rojas, María Angustias

2.3. Sesiones

A lo largo de 2024 los órganos colegiados celebraron las siguientes sesiones:

Pleno: 3, con 4 anteproyectos de ley dictaminados.

Comisión Permanente: 26, con 1.088 proyectos dictaminados.

Ponencia de Régimen Interior: 2



3. Personal

3.1. Organigrama administrativo

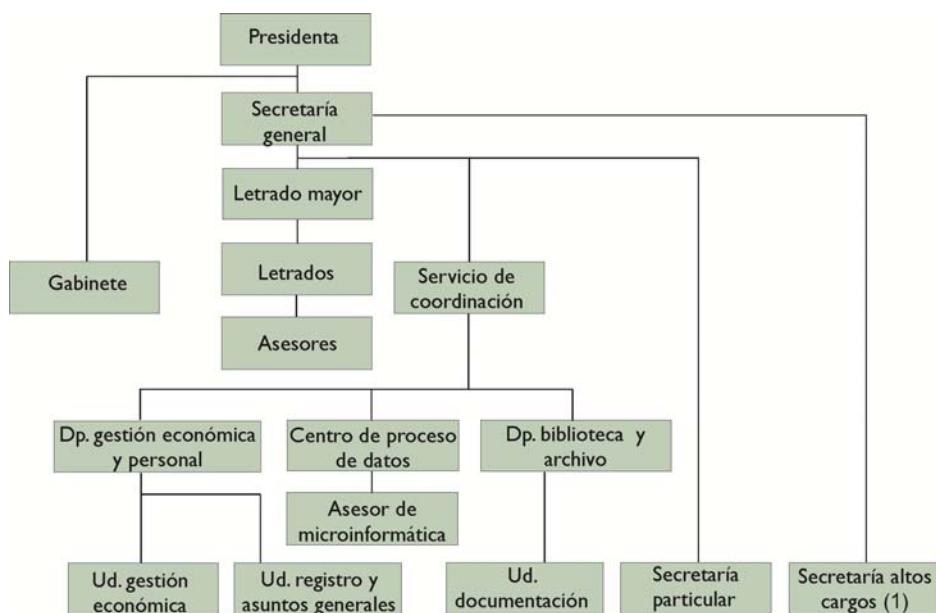


Gráfico 6.- Organigrama administrativo del Consejo Consultivo de Andalucía.

(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 separan de los mismos.

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

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

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
Gijón Gijón, Juan José. 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, Mª 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
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
Palomares Fernández, Juan Miguel. Titulado de grado medio
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 Orgánico del Consejo Consultivo. Destacan los siguientes hitos:

- 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 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 de Presupuesto de la Comunidad Autónoma.

El presupuesto de gastos del Consejo Consultivo de Andalucía para el año 2024 fue aprobado en la Ley 12/2023, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para ese ejercicio, con la siguiente distribución:



PRESUPUESTO DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA 2024

Capítulo I.- Gastos de personal

Concepto	Euros (€)
Artículo 10. Altos cargos	559.450
Artículo 11. Personal eventual	101.726
Artículo 12. Funcionarios	1.526.868
Artículo 13. Laborales	150.300
Artículo 15. Incentivos al rendimiento	468.804
Artículo 16. Cuotas, prestaciones y gastos sociales	527.000
Artículo 17. Otros gastos de personal	115.502
Total capítulo I	3.449.650

Capítulo II.- Gastos corrientes en bienes y servicios

Concepto	Euros (€)
Artículo 21. Reparación y conservación	37.500
Artículo 22. Material, suministros y otros	257.603
Artículo 23. Indemnizaciones por razón del servicio	52.500
Total capítulo II	347.603

Capítulo VI.- Inversiones reales

Concepto	Euros (€)
Artículo 60. Inversiones nuevas	12.000
Artículo 66. Inversiones reposición	18.000
Total capítulo VI	30.000

Total Presupuesto 2024 3.827.253 €

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 2024, el Consejo Consultivo ha recibido un total de cinco solicitudes de información, todas ellas gestionadas a través de la Plataforma Integrada del Derecho de Acceso a la Información Pública.

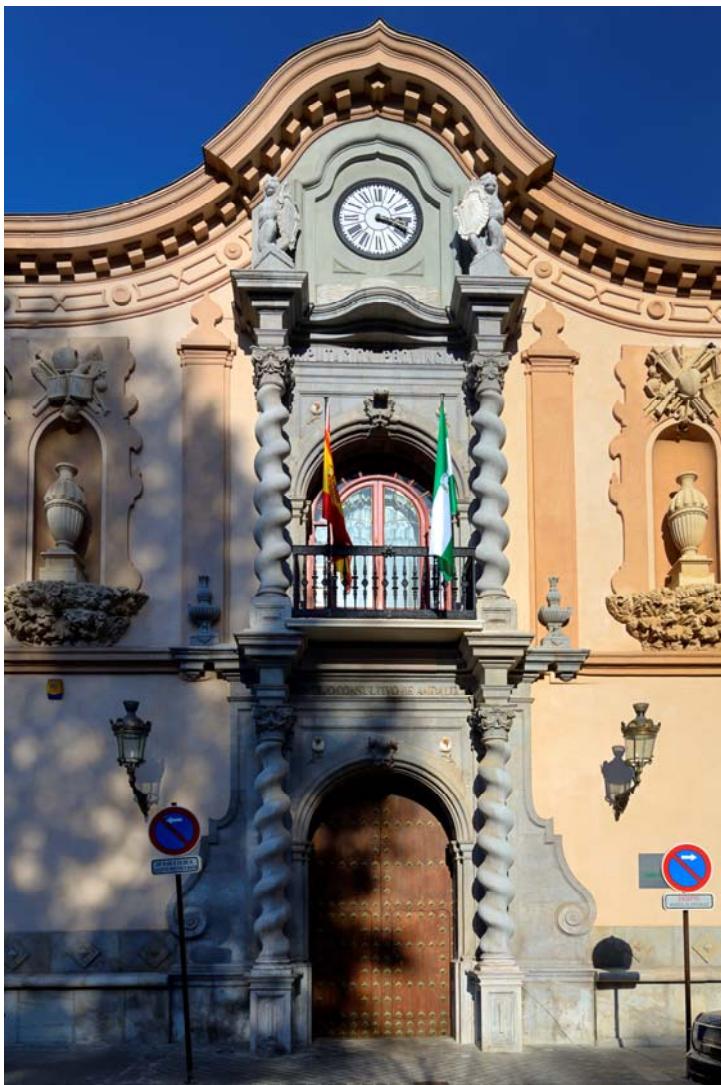
Tan solo una de las solicitudes fue admitida resolviendo la remisión de la información interesada relativa al régimen económico de los consejeros permanentes del Consejo Consultivo de Andalucía. Las otras cuatro solicitudes fueron inadmitidas por versar sobre información no obrante en este órgano.

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.

6.2. Biblioteca y archivo

La Biblioteca del Consejo Consultivo sigue manteniendo su compromiso de colaboración en la Red IDEA. En los últimos cinco años hemos añadido y revisado más de un millar de registros en su Catálogo Colectivo, 183 de ellos durante este 2024, lo que ha permitido hacer nuestro fondo más visible y accesible entre las bibliotecas y centros de documentación, recibiendo este último año varias peticiones por préstamo interbibliotecario.

En cuanto al proyecto que comenzamos en 2021 de formar una colección de libros electrónicos especializados en el ámbito del Derecho, seguimos contribuyendo a su formación, y este último año hemos conseguido alcanzar, entre tesis, manuales, códigos y monografías, el centenar de títulos en nuestra biblioteca digital. Y mantenemos el acceso a las versiones electrónicas de los libros adquiridos a través de la plataforma Legalteca y Colex online.

El acceso a otro tipo de recursos electrónicos sobre legislación, jurisprudencia y doctrina se mantiene igual que el año anterior con la suscripción a 13 publicaciones seriadas y a la base de datos Lefebvre, pero además, este año se ha ampliado con la suscripción a la base de datos jurídica Iberley.

Actualmente, los expedientes electrónicos generados en la emisión de dictámenes por el Consejo Consultivo, son tramitados y almacenados en su totalidad en la plataforma Inform@, funcionando desde 2023 como archivo digital y permitiendo el acceso y consulta de esta documentación. Estos expedientes han sido registrados y descritos en @rchivA, el sistema de información de archivos de la Junta de Andalucía para la gestión integrada de documentos de su competencia, según lo dispuesto en la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía. Se han realizado 29 nuevos ingresos y 1.187 inserciones documentales en @rchivA, que equivaldría a 85 unidades de instalación y 9 metros lineales.

Este año nuestro fondo documental se ha visto incrementado con un total de 1.185 expedientes administrativos, y 600 resoluciones, además de otros documentos.

6.3. Sistema informático

Durante el año 2024, las actuaciones que se llevaron a cabo en el ámbito del sistema informático se centraron en los siguientes apartados:

1.- Actualización de una parte de los puestos de trabajo.



En línea con la política habitual de mantenimiento del sistema informático del organismo, donde la actualización y continua puesta al día de todos sus componentes es una tarea prioritaria, se renovaron 12 puestos de trabajo que ahora cuentan con hardware y software de última generación.

2.- Ampliación del espacio de almacenamiento de la red local.

Atendiendo a las necesidades de almacenamiento a medio plazo, se incorporaron un total de 6 nuevos discos duros a dos sistemas de almacenamiento NAS existentes. Con ello se incrementa la capacidad total de almacenamiento de la red local en 16 TB, asegurando la disponibilidad de los datos.

3.- Optimización de la infraestructura de interconexión interna.

Se incorpora un nuevo switch de 48 puertos 1000BASE-T de 1 Gb y 4 puertos SFP+ de 10 Gb en cada uno de los dos armarios de distribución de la LAN. Esto permitirá conectar con holgura tanto los equipos actuales como los futuros, incluyendo servidores a velocidades de hasta 10 Gb.

4.- Modernización del sistema de videovigilancia.

Se renueva completamente el sistema de videovigilancia, incorporando cámaras y grabadores de última tecnología. Este nuevo sistema además de mejorar la calidad de las grabaciones y el tiempo de grabación, refuerza las medidas de seguridad del organismo.

7. Actividad no consultiva

7.1. Organización y colaboración en cursos y jornadas

Como cada año sigue siendo 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 2024 el Consejo Consultivo de Andalucía 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.

7.2. Conferencias

El 4 de febrero, la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía, participó en la segunda edición de las jornadas por la igualdad que con motivo del 8M organizó la Consejería de Justicia, administración local y Función Pública. En 2024 las jornadas se celebraron en la Ciudad de la Justicia de Córdoba y tuvieron como objetivo visibilizar la aportación de las juristas y de las profesionales del ámbito de la justicia andaluza en la defensa de la igualdad real. La inauguración de la jornada corrió a cargo del presidente de la Audiencia Provincial de Córdoba, Francisco Sánchez Zamorano y del consejero de Justicia, José Antonio Nieto. Entre las participantes estuvieron la fiscal superior de la Fiscalía de Andalucía, Ceuta y Melilla, Ana Tárrago, la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía, María Jesús Gallardo, la magistrada de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional, Teresa Palacios, la fiscal jefe de la Fiscalía Provisional de Jaén, Pilar Sánchez, la comisaria principal y jefa de Policía de Córdoba, Dolores López y la catedrática de Derecho Civil y miembro del Consejo Consultivo de Andalucía, María del Carmen Mingorance.



La presidenta del Consejo Consultivo, cuarta por la izquierda, junto al resto de participantes.



7.3. Visitas Institucionales

El día 19 de enero la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía visitó al entonces rector de la Universidad de Salamanca, Ricardo Rivero, con quien mantuvo una reunión en la sede de la institución académica. Ambos mantuvieron un encuentro de trabajo en el que abordaron futuras colaboraciones entre ambas instituciones en el ámbito formativo.



La presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía con el exrector de la Universidad de Salamanca, Ricardo Rivero.

7.4. Asistencia a actos

Como cada año la presidenta del Consejo Consultivo participó en los actos conmemorativos del Día de Andalucía que tuvieron lugar en el Parlamento andaluz. Tras la celebración del pleno institucional, el izado de la bandera y la interpretación del himno de la Comunidad Autónoma, el presidente del Parlamento, Jesús Aguirre, destacó la necesidad de mantener inalterable “nuestro sentimiento de pertenencia a una tierra extraordinaria”. El acto contó también con la presencia del presidente del Senado, el presidente de la Junta de Andalucía, la ministra de Hacienda, miembros de la Mesa del Parlamento, diputados y consejeros del Gobierno andaluz, entre otros. Posteriormente, en el Teatro de la Maestranza tuvo lugar el acto de entrega de las distinciones de Hijos Predilectos y medallas de Andalucía.



María Jesús Gallardo (izqda.) en el acto conmemorativo del Día de Andalucía.



El día 13 de mayo María Jesús Gallardo asistió al encuentro anual de presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de España que tuvo lugar en Granada. El acto se celebró en el Palacio de la Real Chancillería de Granada y contó con la presencia del presidente de la Junta de Andalucía, Juan Manuel Moreno Bonilla, el presidente del Consejo General del Poder Judicial, Vicente Guillarte, la alcaldesa de Granada, Marifrán Carazo y el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Lorenzo del Río. También asistieron el consejero de Justicia, administración local y Función Pública, José Antonio Nieto, y la consejera de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda, Rocío Díaz.



La Real Chancillería de Granada acogió el encuentro anual de presidentes de TSJ.

Granada acogió el 21 de mayo la primera edición de los Premios Provinciales de Tauromaquia organizados por la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Granada. La gala de entrega estuvo presidida por el consejero de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa, Antonio Sanz. También acudieron la consejera de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda, Rocío Díaz, la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía, María Jesús Gallardo y la alcaldesa de la ciudad, Marifrán Carazo, entre otros. Los premios recayeron en la Fundación del Toro de Lidia, las Jornadas Taurinas de la Corrala de Santiago y el diestro granadino David Fandila 'El Fandi'.



La presidenta (cuarta por la izqda.) en la primera edición de los premios de Tauromaquia.



Otra cita anual ineludible para el Consejo Consultivo de Andalucía es el homenaje a Blas Infante. El 5 de julio tuvo lugar el tradicional homenaje en el 139 aniversario del nacimiento del Padre de la Patria Andaluza. La presidenta del Consejo Consultivo, en representación de la Institución, efectuó la tradicional ofrenda floral frente al busto de Blas Infante. También estuvieron presentes el Consejo de Gobierno al completo, todos los grupos parlamentarios, salvo Vox, senadores y representantes de todas las instituciones autonómicas. El presidente de la Junta de Andalucía, Juan Manuel Moreno Bonilla, fue el encargado de cerrar el acto.



María Jesús Gallardo, (cuarta por la izqda.) entre los asistentes al homenaje a Blas Infante.

El 11 de septiembre la presidenta del Consejo Consultivo asistió al acto de entrega de los trigésimos premios de la Crítica de Andalucía que anualmente organiza la Asociación Andaluza de Escritores y Críticos Literarios. Entre los premiados estuvo Mar Moreno, consejera electiva del Consejo Consultivo de Andalucía, con su novela, *Dicen que te quise tanto*. También fueron premiados el novelista Joaquín Pérez Azaústre por *El querido hermano*, el narrador Antonio Tocornal por *Cadillac Ranch* y el poeta Pedro J. Plaza por su poemario *Matriz*. El acto, presidido por la secretaria general de Patrimonio Histórico y Documental de la Junta de Andalucía, Mar Sánchez Estrella, y la alcaldesa de Granada, Marifrán Carazo, se celebró en la sala de conferencias del Patronato de la Alhambra y el Generalife.



La presidenta del Consejo Consultivo (izqda.), junto a Mar Moreno.



El Palacio de la Real Chancillería acogió el 17 de septiembre la tradicional apertura del año judicial, un acto que estuvo presidido por el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Lorenzo del Río, que inauguró el curso judicial y volvió a mostrar su preocupación por la situación general de la justicia. Entre los asistentes al acto, además de la presidenta del Consejo Consultivo, se encontraban el consejero de Justicia, administración local y Función Pública, José Antonio Nieto, el presidente del Parlamento andaluz, Jesús Aguirre y la fiscal superior de Andalucía, Ana Tárrago, entre otros.



María Jesús Gallardo (tercera por la izqda.) junto a los asistentes a la apertura del año judicial en el TSJA.

Toledo fue en 2024 la ciudad elegida para celebrar la XXIII edición de las jornadas nacionales de la función consultiva. La presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía, junto con los consejeros electivos con exclusividad y la secretaría general de la Institución, asistieron a las ponencias que conforman el programa de las

jornadas nacionales organizadas por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. El acto de inauguración corrió a cargo del presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, Francisco Javier de Irízar Ortega, la presidenta del Consejo de Estado, Carmen Calvo, el presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha, Pablo Bellido Acevedo y el presidente de Castilla-La Mancha, Emiliano García-Page. La primera ponencia, en la que participaron el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, Isaac Martín Delgado y el letrado del Consejo de Estado, Moisés Barrio Andrés, llevó por título *Inteligencia artificial en la función consultiva*. Posteriormente se celebró la ponencia *Calidad del procedimiento normativo y principio de seguridad jurídica*, a cargo del consejero técnico del Ayuntamiento de Madrid, Joaquín Meseguer Yebra y la consejera del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, Araceli Muñoz de Pedro. Hubo dos ponencias más: *Responsabilidad del contratista en las reclamaciones patrimoniales frente a la administración*, a cargo del profesor titular Francisco Eusebio Puertas Seguido y *Revisión de actos administrativos de procesos selectivos*, pronunciada por el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá de Henares, Miguel Sánchez Morón.



La XXIII edición de las jornadas nacionales de la función consultiva se celebró en Toledo.



El 3 de octubre el Diario de Sevilla celebró su 25 aniversario en el Real Alcázar. A la cita acudió el presidente de la Junta de Andalucía, Juan Manuel Moreno, el consejero de Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa, Antonio Sanz, la portavoz y consejera de Hacienda, Carolina España, así como la consejera de Cultura, Patricia del Pozo y la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía, María Jesús Gallardo. Durante su discurso, el presidente de la Junta defendió el ejercicio del periodismo, “una profesión imprescindible en una sociedad democrática”. El presidente del Grupo Joly, José Joly, destacó la vocación andaluza del periódico, presente en cada página, y resaltó el papel de Andalucía como tierra de oportunidades, abierta y dinámica.



El presidente de la Junta de Andalucía saluda a la presidenta del Consejo Consultivo en el Real Alcázar de Sevilla.

La editorial Colex reunió el 7 de noviembre en su nueva sede de La Coruña a los autores que colaboran con la empresa editora, un acto en el que participó la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía, María Jesús Gallardo. Y es que Andalucía coordina desde hace tres años la edición del libro *Doctrina de los Consejos Consultivos de España*, una obra en la que participan todos los Consejos Consultivos del país y que se edita anualmente con la editorial Colex.



En el centro, la presidenta del Consejo Consultivo con el resto de autores de la editorial Colex.



La presidenta del Consejo Consultivo asistió el día 5 de diciembre al acto de firma formal del contrato de compraventa entre la Junta de Andalucía y la entidad bancaria CaixaBank que hará que el conocido edificio del ‘Cubo’ de Granada se convierta en la sede de la futura Ciudad de la Justicia de Granada. Con una inversión de 21,5 millones de euros, el proyecto permitirá que el emblemático edificio albergue las jurisdicciones de Primera Instancia, de lo Mercantil y de lo Contencioso-Administrativo, además de la presidencia de la Audiencia Provincial, Decanato de los Juzgados, Registro Civil, Fiscalía y servicios comunes. A la firma asistieron el presidente de la Junta de Andalucía, Juan Manuel Moreno, el director territorial de CaixaBank en Andalucía, Juan Ignacio Zafra así como el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Lorenzo del Río y la Fiscal Superior de Andalucía, Ana Tárrago, entre otros.



En la segunda fila, la presidenta del Consejo Consultivo. De izquierda a derecha en la primera fila: la Fiscal Superior de Andalucía, Ana Tárrago, el presidente del TSJA, Lorenzo del Río, la alcaldesa de Granada, Marifrán Carazo y el presidente de la Junta, Juan Manuel Moreno.

También el día 5 de diciembre la presidenta del Consejo Consultivo acudió a la entrega de los premios Ideales, unos galardones que alcanzan ya su 37 edición y con los que el periódico granadino reconoce la labor de personas o colectivos que han destacado por su aportación a la sociedad durante 2024. En esta 37 edición los premios recayeron en el Granada Femenino, Paco Herrera, Cuca Casas, David Jiménez Blanco y Niños Mutantes. La gala, que se celebró en el Palacio de Congresos reunió a unas quinientas personas, entre ellas el presidente de la Junta, Juan Manuel Moreno, que estuvo acompañado por los consejeros de Fomento y Justicia, Rocío Díaz y José Antonio Nieto respectivamente.



La presidenta del Consejo Consultivo junto al presidente de la Junta de Andalucía.



El Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI) celebró el 17 de diciembre la entrega de sus premios anuales con los que reconoce los mejores trabajos de investigación sobre gestión local y la investigación científica avanzada de la administración y el gobierno local. La presidenta del Consejo Consultivo asistió al acto de entrega de premios tras haber sido miembro del jurado evaluador de los trabajos. En la sexta edición recibieron una mención especial dentro de la modalidad A el equipo de trabajo del Ayuntamiento de Vallanca (Valencia) bajo el título *Consejo municipal de personas mayores de Vallanca*. En la modalidad B fueron premiados Concepción Campos y Manuel José García por el trabajo *¿Cómo mejorar la contratación pública local?* Mención especial se llevó Patricia Lacal por el trabajo titulado *Las entidades locales como protagonistas del desarrollo urbano sostenible: hacia una planificación holístico-estratégica*.



Foto de familia de los premiados en los galardones anuales del Cemci.

7.5. Presentación Memoria 2023

El 16 de diciembre la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía, María Jesús Gallardo, hizo entrega al presidente de la Junta de Andalucía, Juan Manuel Moreno de la Memoria de 2023; 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

La presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía, María Jesús Gallardo Castillo, recibió el 23 de febrero la Bandera de Andalucía en Jaén en la categoría de Ciencias Sociales y Letras, un galardón con el que la Junta de Andalucía reconoce el talento, el trabajo y el papel destacado de jiennenses que llevan el nombre de su tierra por bandera. El acto, celebrado en el Aula Magna de la Universidad de Jaén, estuvo presidido por la consejera de Salud y Consumo, Catalina García, quien destacó que “estas banderas son el reconocimiento de todos los andaluces a una serie de personas e instituciones jiennenses que son nuestra bandera”.



Foto de familia de los premiados con la Bandera de Andalucía en la provincia de Jaén.

La Cámara de Cuentas de Andalucía celebró el 9 de abril su sesión plenaria en la sede del Consejo Consultivo de Andalucía. La Institución, que celebraba así un pleno por primera vez fuera de Sevilla con su actual presidente, Manuel Alejandro Cardenete, quiso con esta iniciativa dar visibilidad a su labor por toda Andalucía. La presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía alabó la estrecha colaboración existente entre las instituciones de autogobierno reconocidas en el Estatuto de Autonomía de Andalucía.



El presidente de la Cámara de Cuentas de Andalucía (tercero por la dcha.) junto a la presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía.



La presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía asistió el 28 de junio a la reunión del Consejo Asesor de la Revista Española de la Función Consultiva que tuvo lugar en la sede del Consejo Jurídico Consultivo de Valencia. En dicho consejo asesor están representados las presidencias del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos Autonómicos. Durante la reunión se plantearon temáticas comunes y de actualidad para abordar en las siguientes ediciones de la publicación.



Representantes de todos los consejos consultivos de España durante la reunión en Valencia.

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	
1. Anteproyecto de reforma del Estatuto de Autonomía.	
2. Anteproyectos de leyes.	
3. Proyectos de reglamentos que se dicten en ejecución de las leyes, o del derecho de la UE y sus modificaciones.	
4. Recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional.	
5. Convenios o acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas, contemplados en el título IX, del Estatuto de Autonomía.	
6. Conflictos de atribuciones que se susciten entre consejerías o entre algunas de ellas y entidades del sector público andaluz no adscritas a la misma, o entre varias entidades adscritas a distintas consejerías.	
7. Proyectos de decretos de aprobación o modificación de estatutos de las universidades públicas de Andalucía.	
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 €.	
9. Revocación de actos de naturaleza tributaria cuando la deuda supere los 30.000 € y conflictos en la aplicación de la norma tributaria.	

Gráfico 7.- Dictámenes preceptivos solicitados por la Comunidad Autónoma.

DICTÁMENES PRECEPTIVOS

Solicitados por la Comunidad Autónoma

Continuación

10. Procedimientos tramitados sobre:

- a) Reclamaciones administrativas de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 70.000 €.
- 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 cuando no estuvieran previstos, y su cuantía sea superior a un 20% del precio inicial, y su precio sea igual o superior a 600.000 €.
 - Modificaciones de contratos celebrados por poderes adjudicadores, que no sean Administraciones Pùblicas 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 30.000 €.
 - Pliegos de cláusulas administrativas generales.
- e) Modificación de los instrumentos de ordenación urbanística que prevean una diferente localización de dotaciones públicas de espacios libres y zonas verdes, así como los supuestos de suspensión de instrumentos de ordenación urbanística general que competen al Consejo de Gobierno.
- f) Suspensión de los instrumentos de ordenación urbanística por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para salvaguardar la eficacia de las competencias autonómicas.
- g) 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 8.- 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 9.- 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 los instrumentos de ordenación urbanística que prevean una diferente localización de dotaciones públicas de espacios libres y zonas verdes.
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 50.000 €.
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 600.000 €.

Gráfico 10- Dictámenes preceptivos tramitados por la Administración Local.

1.2. Esquema de tramitación

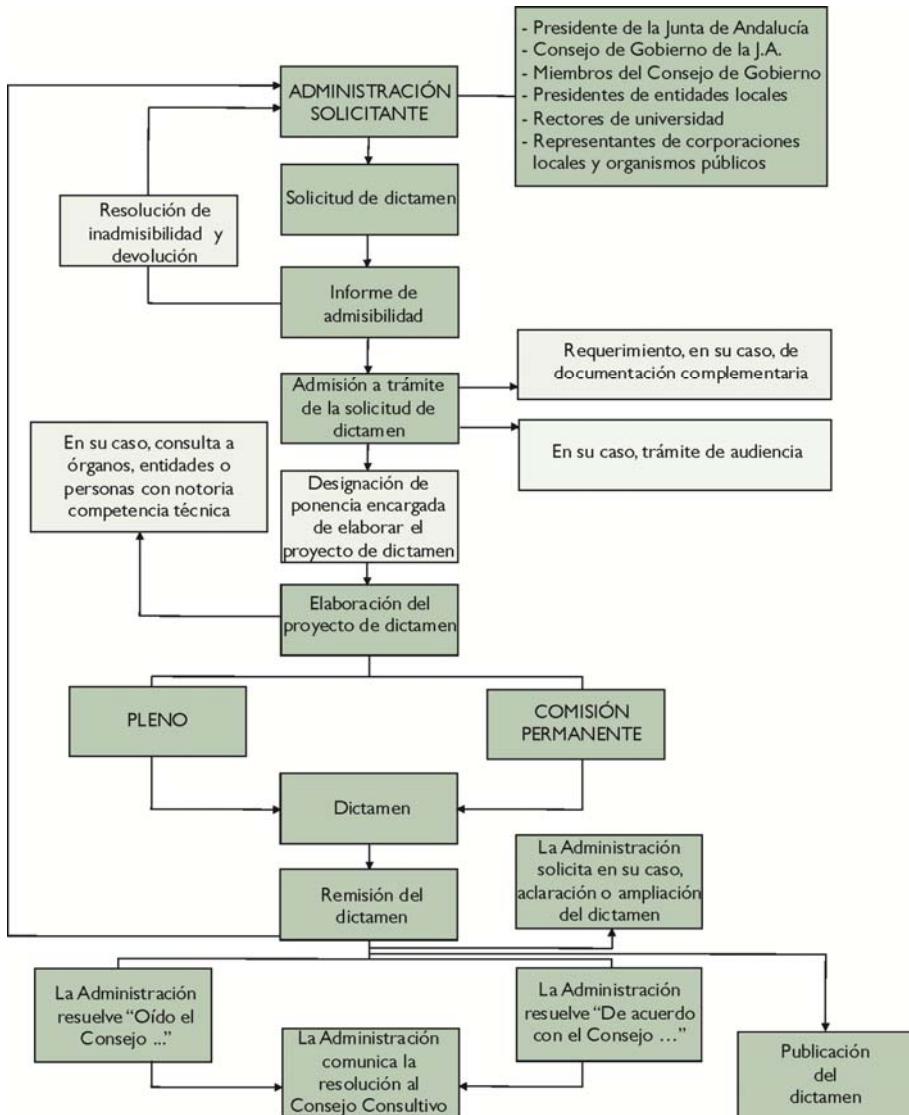


Gráfico 11.- Esquema de tramitación.



1.3. Solicituds de dictámenes

Durante el año 2024 se han dirigido a este Consejo Consultivo un total de 1.054 solicitudes de dictamen.

- Han sido declaradas admisibles: 1.018
- No han sido admitidas: 36

1.3.1. Consultas facultativas

Se han formulado 18 consultas con carácter facultativo. De ellas 8 quedan pendientes de dictaminar y 10 se han declarado inadmisibles al considerarse que no reúnen los requisitos exigidos en el artículo 18 de la Ley del Consejo.

1.3.2. Subsanación de documentación

En 118 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 4 ocasiones las solicitudes de dictamen contenían la mención de urgencia.

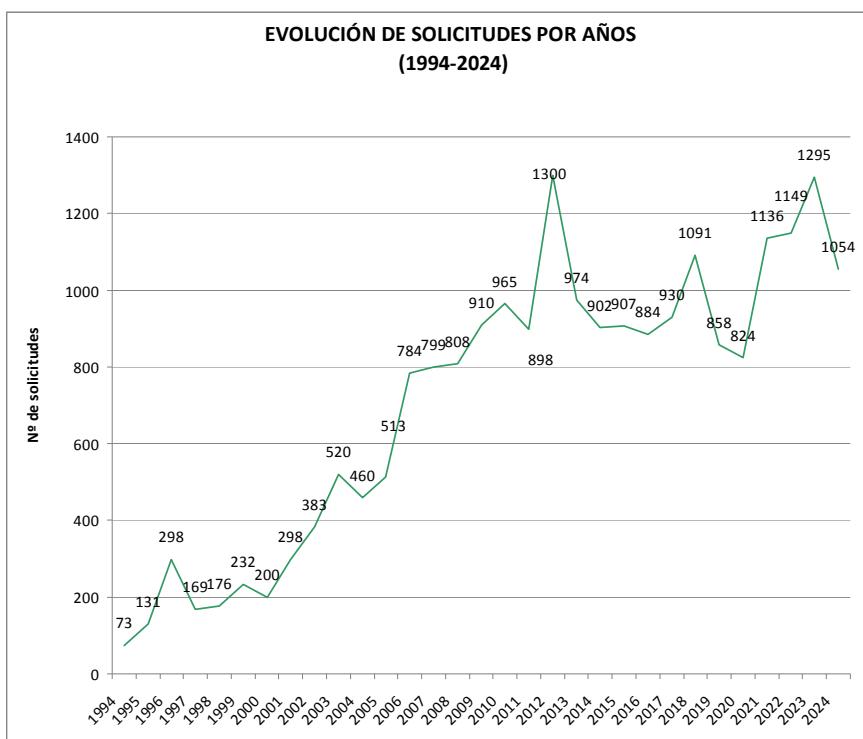


Gráfico 11.- Evolución de las solicitudes por años (1994-2024).

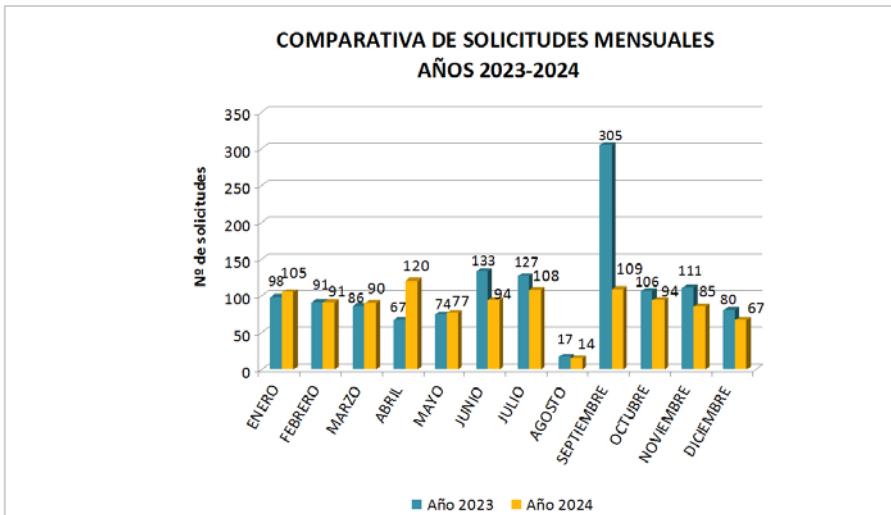


Gráfico 12.- Comparativa de solicitudes mensuales durante los años 2023-2024.

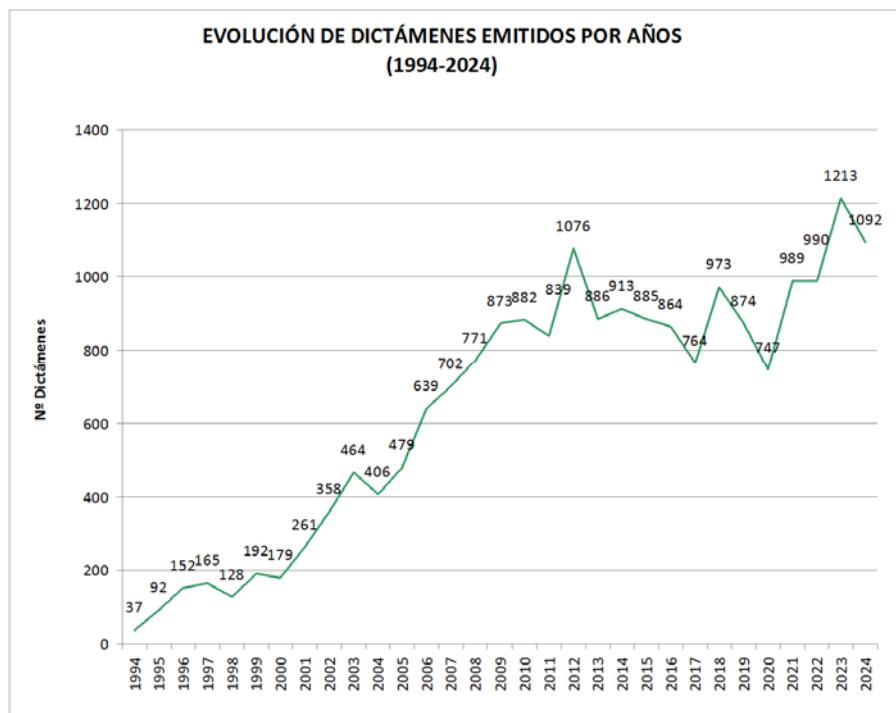


Gráfico 13.- Evolución de dictámenes emitidos por años (1994-2024).

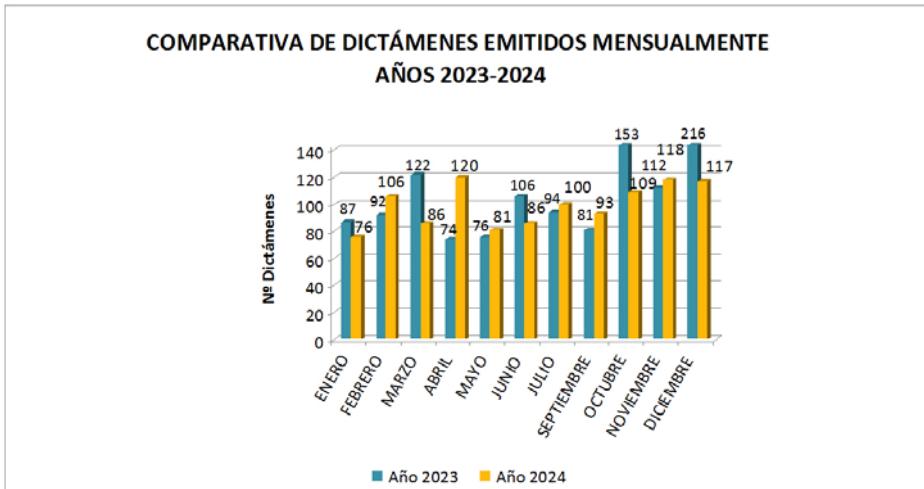


Gráfico 14.- Comparativa de dictámenes emitidos mensualmente durante los años 2023-2024.

* De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.3 del Reglamento del Consejo Consultivo, el plazo de emisión de dictámenes se interrumpe a lo largo del mes de agosto.

1.4. Dictámenes emitidos

En el año 2024 se han emitido 1.092 dictámenes (460 corresponden a solicitudes de ejercicios anteriores), con el siguiente sentido:

- Favorables: 923
- Desfavorables: 111
- Acuerdan la devolución: 58

De los 1.092 dictámenes emitidos, 1.076 se aprobaron por unanimidad y 16 por mayoría.

Entre los dictámenes emitidos, merecen destacarse los siguientes:

- Anteproyectos de Ley: 4
- Proyectos de Decreto: 18
- Proyectos de Orden: 6
- Recursos de Incosntitucionalidad: 1

A 31 de diciembre de 2024 estaba interrumpido el plazo para la emisión de dictamen de 33 solicitudes al no haber sido remitida la documentación complementaria solicitada. Además, 67 solicitudes, con registro de entrada en los últimos días del año, así como 320 solicitudes con entrada anterior a diciembre, se encontraban pendientes de dictamen.

1.5. Votos particulares

Fueron objeto de voto particular los dictámenes: 134, 185, 190, 265, 340, 610 y del 1.072 al 1.075.

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 573. De ellos 291 corresponden a ejercicios anteriores pero con resolución comunicada en 2024.

- De acuerdo con el Consejo Consultivo: 563 (98%)
- Oído el Consejo Consultivo: 10 (2%)



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. Responsabilidad patrimonial

Expediente de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por el Ayuntamiento de Dúrcal (Granada). Dictamen 123/2024, de 8 de febrero.

Expediente de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por el Ayuntamiento de Jaén. Dictamen 214/2024, de 5 de marzo.

Expediente de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por el Ayuntamiento de Jaén. Dictamen 328/2024, de 18 de abril.

Expediente de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por el Ayuntamiento de Almería. Dictamen 429/2024, de 14 de mayo.

Expediente de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por el Ayuntamiento de Jaén. Dictamen 430/2024, de 14 de mayo.

Expediente de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por el Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre (Málaga). Dictamen 438/2024, de 14 de mayo.

Expediente de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por el Servicio Andaluz de Salud. Dictamen 729/2024, de 23 de septiembre.

Expediente de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por el Ayuntamiento de Osuna (Sevilla). Dictamen 124/2023, de 9 de febrero.

Expediente de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por el Servicio Andaluz de Salud. Dictamen 477/2023, de 1 de junio.

Expediente de reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por Ayuntamiento de Arahal (Sevilla). Dictamen 556/2023, de 28 de junio.



2. Órganos remitentes ¹

- Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía	1
- Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía.....	1
- Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.....	1
- Agencia Digital de Andalucía	2
- Agencia Municipal de Urbanismo, Obras e Infraest. de Málaga.....	1
- Agencia Pública Andaluza de Educación	1
- Agencia Pública de Servicios Económicos Provinciales de Málaga	1
- Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión.....	1
- Ayuntamientos	473
- Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural.....	9
- Consejería de Cultura y Deporte.....	1
- Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional	19
- Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos.....	16
- Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo	13
- Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda	32
- Consejería de Fomento, Infraestructura y Ordenac. del Territorio.....	3
- Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad.	18
- Consejería de Industria, Energía y Minas.	1
- Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública.....	25
- Consejería de la Presidencia, Interior, Diál. Social y Simpl. Adtiva.....	7
- Consejería de Salud y Consumo.....	44
- Consejería de Sostenibilidad y Medio Ambiente.....	3
- Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul....	13
- Consejería de Turismo y Andalucía Exterior	1
- Consejería de Turismo, Cultura y Deporte	5
- Consejería de Universidad, Investigación e Innovación	5
- Consorcio Metropolitano de Transportes de la Bahía de Cádiz	1
- Consorcio Parque de las Ciencias (Granada)	1
- Consorcio Provincial de Bomberos de Cádiz	1
- Consorcio Provincial de Bomberos de Málaga.....	96
- Diputaciones Provinciales	16
- Entidad Local Autonoma (ELA) Carchuna-Calahonda.....	1
- Gestión Integral del Agua de Huelva, S.A.	4
- Instituto Municipal de Deportes de Cádiz	1
- Instituto Municipal de Turismo de Córdoba	1
- Servicio Andaluz de Empleo	2
- Servicio Andaluz de Salud.....	223
- Universidades	8

¹ La relación de órganos o entidades solicitantes de dictamen se ha visto afectada por el Decreto del Presidente 06/2024, de 29 de julio.

3. Dictámenes por materias

Anteproyectos de Ley	4
- Estatuto de las Mujeres Rurales y del Mar de Andalucía	1
- Presupuesto de la Comunidad Autónoma para el año 2025 ...	1
- Reconocimiento de Universidades Privadas	2
 Proyectos de Decreto	18
- Aprobación de los estatutos de la Agencia de Seguridad Gestión Integral de Emergencias de Andalucía.....	1
- Aprobación Plan Territ. Emergencias de Protección Civil de Andalucía.....	1
- Aprobación alteración municipal de Málaga y Rincón de la Victoria.....	1
- Aprobación de los estatutos del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico.	1
- Composición y funcionamiento del Comité de Ética de los Servicios Sociales.....	1
- Creación de la Comisión Interdep. Andaluza de Ayuda Humanitaria	1
- Creación del Consejo Andaluz de Reservas de la Biosfera.....	1
- Creación y regulación del Consejo Andaluz de la Cultura.....	1
- Espacio Natural de la Sierra de las Nieves y creación de órganos de gestión	1
- Impulso de ecosistemas industriales sostenibles	1
- Modificación disposiciones en materia de viviendas de uso turístico de la CA.....	1
- Modificación estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.....	1
- Organización y funcionamiento del Rgtro. General de entidades de Voluntariado.	1
- Regulación de la oficina de los expresidentes y expresidentas de la Junta de Andalucía	1
- Regulación del Consejo Andaluz de Cooperación Internacional para el Desarrollo	1
- Regulación complementos retrib. autonómicos personal docente e investigador	1
- Regulación condiciones sanitarias carne de caza para consumo humano	1
- Regulación del Sistema Local de Protección Civil en los municipios de Andalucía.....	1



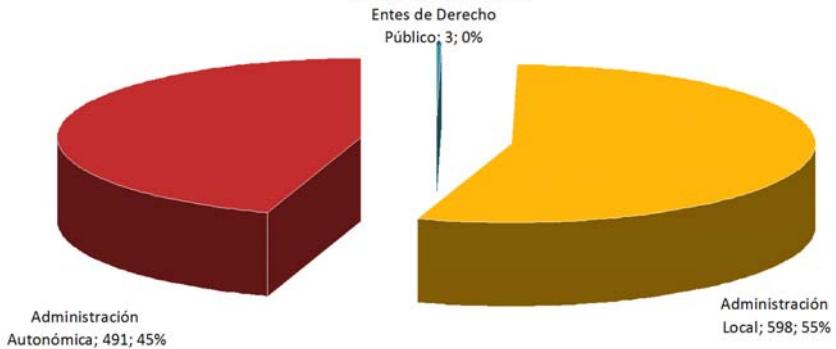
Proyectos de Orden.....	6
- Composición y funcionamiento de la Comisión Estadística y Cartográfica y de la Unidad Estadística y Cartográfica.....	4
- Guía de funcionamiento de la Unidad Asistencial de Medicina Estética	1
- Registro, inventario y catálogo de fondos museográficos de Andalucía	1
 Contratación Administrativa	104
- Modificación	19
- Resolución	85
 Recurso de inconstitucionalidad	1
 Recursos de revisión.....	17
- Documento de valor esencial	8
- Error de hecho.....	9
 Responsabilidad contractual.....	10
 Responsabilidad patrimonial	613
 Revisión de oficio	281
- Adquisición de inmuebles	1
- Asistencia jurídica gratuita	9
- Autorización	1
- Base de empleo temporal	2
- Bolsa de empleo.....	4
- Cambio de titularidad	1
- Capacidad buque de pesca	1
- Cesión gratuita de terrenos	2
- Condonación de deudas	1
- Contratatación administrativa.....	61
- Contrato de alquiler.....	2
- Contrato de seguro.....	1
- Convenio urbanístico.....	1
- Ejecución de servicio no contemplado en contrato.....	2
- Enajenación de muebles.....	2
- Estimación recurso de reposición.....	1
- Expediente disciplinario	1

- Facturas empresas	123
- Indemnización	1
- Interpretación de lenguaje de signos	1
- Jubilación voluntaria	1
- Licencia urbanística.....	10
- Liquidación tributaria.....	18
- Lista convocatoria	1
- Memoria histórica.....	1
- Modificación contrato de servicios.....	4
- Pago nómina	1
- Plaza subinspector.....	1
- Premio de jubilación	2
- Proceso de estabilización de empleo	2
- Prórroga de servicio judicial	1
- Reconocimiento personal.....	3
- Resolución anticipo pagos a justificar	1
- Resolución Licencia de obras	3
- Revisión de precios	1
- Revocación liquidación.....	1
- Sanción por infracción urbanística	2
- Servicio prestado	2
- Subvención	1
- Transporte escolar.....	1
- Urbanismo	4
- Vacaciones no disfrutadas.....	1
- Vigilancia y seguridad	1
 Revocación.....	 3
 Transacción.....	 1
 Urbanismo	 34



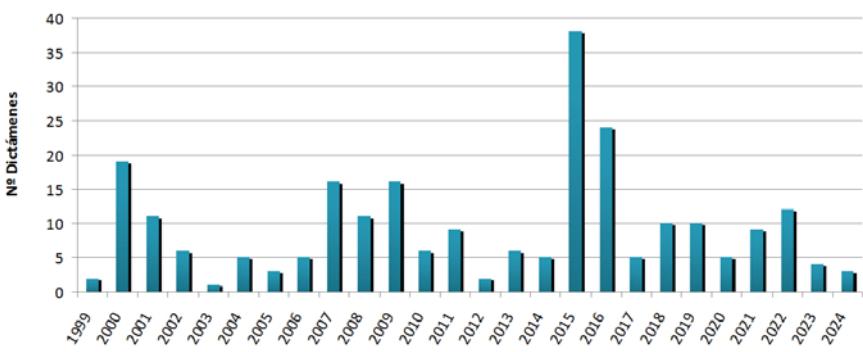
Distribución y evolución de dictámenes según la administración solicitante en 2024

GRÁFICO 15: DISTRIBUCIÓN Y EVOLUCIÓN DE DICTÁMENES SEGÚN LA ADMINISTRACIÓN SOLICITANTE EN 2024



ENTES DE DERECHO PÚBLICO Y UNIVERSIDADES

3 Dictámenes (2024): 0,27 %



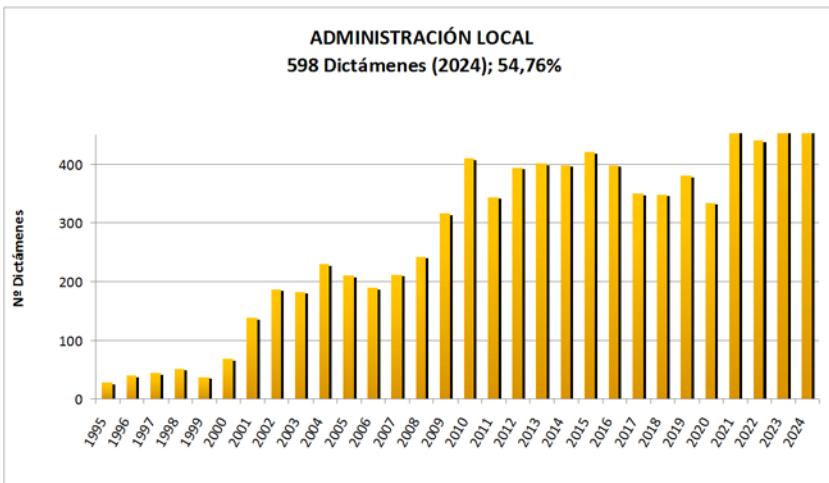
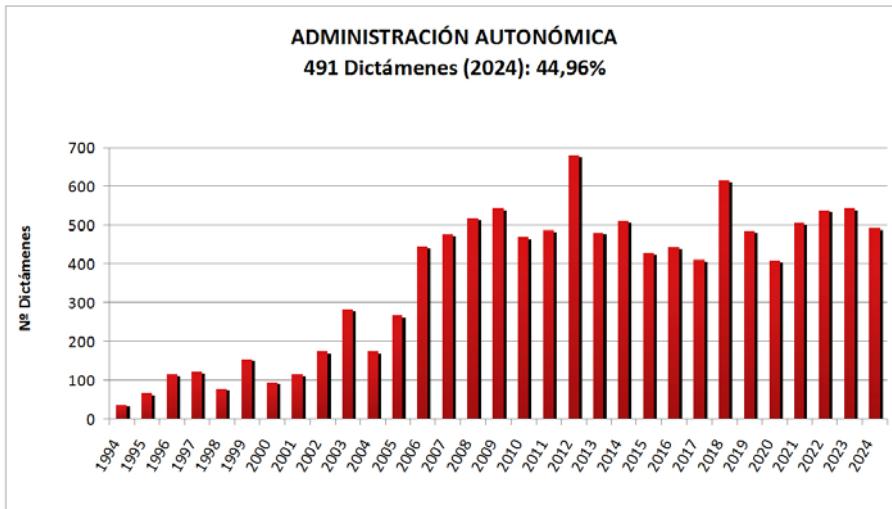
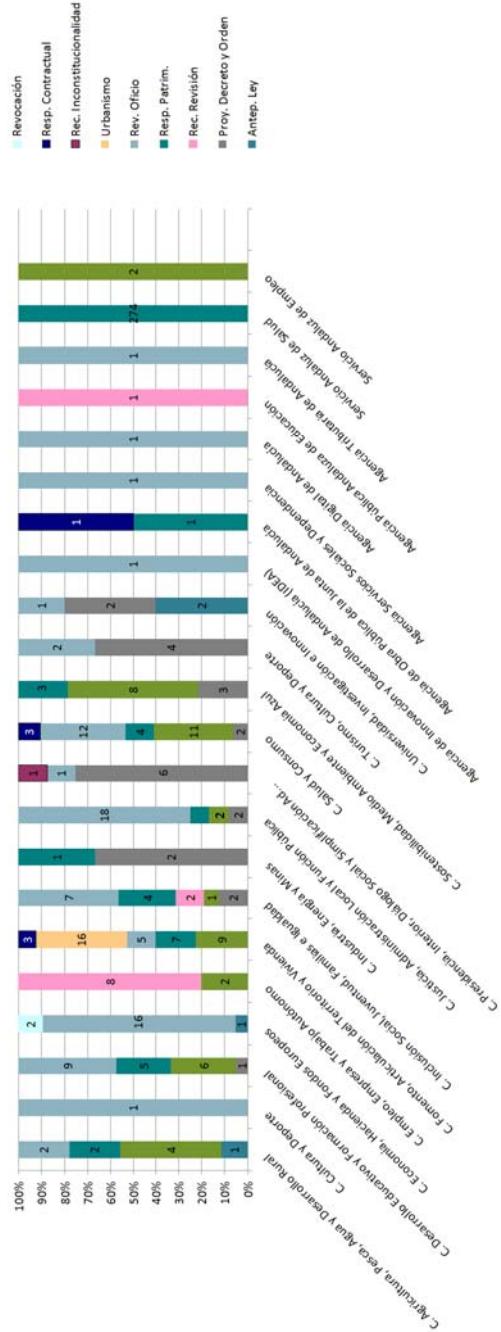




GRÁFICO 19: DICTÁMENES SOLICITADOS POR LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA, SEGÚN LA MATERIA Y EL ÓRGANO SOLICITANTE EN 2024 (Nº Y PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL: 491)



**GRÁFICO 20: DICTÁMENES SOLICITADOS POR LA ADMINISTRACIÓN LOCAL, SEGÚN LA MATERIA Y LA PROVINCIA EN 2024
(Nº Y PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL: 598)**

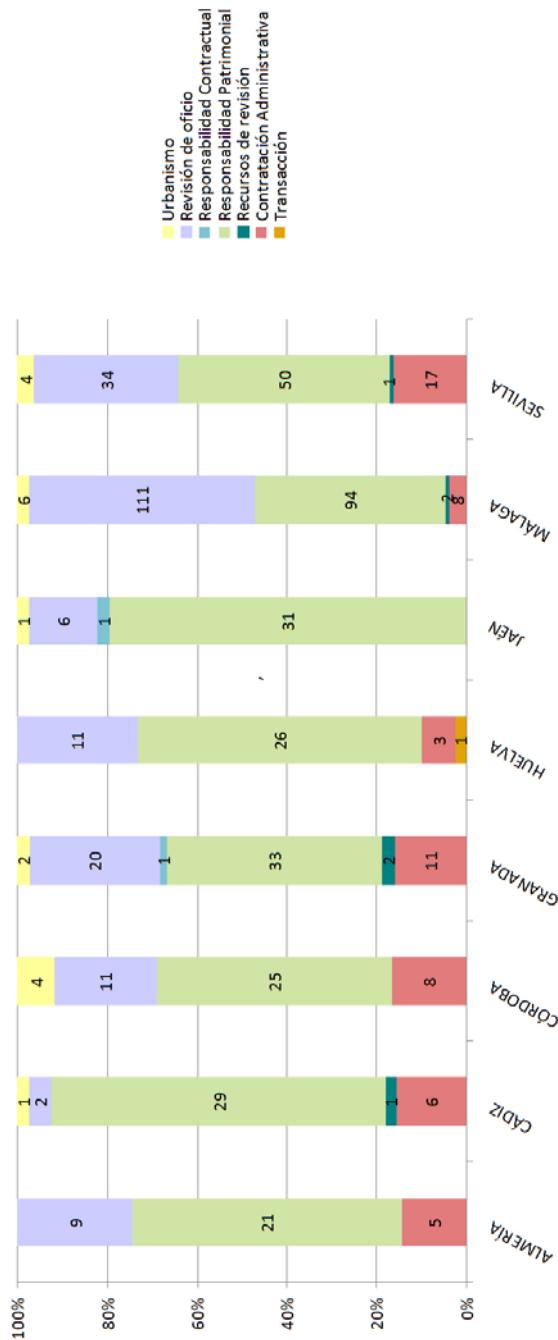




GRÁFICO 21: DICTÁMENES SOLICITADOS POR LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
SEGÚN LA PROVINCIA EN 2024

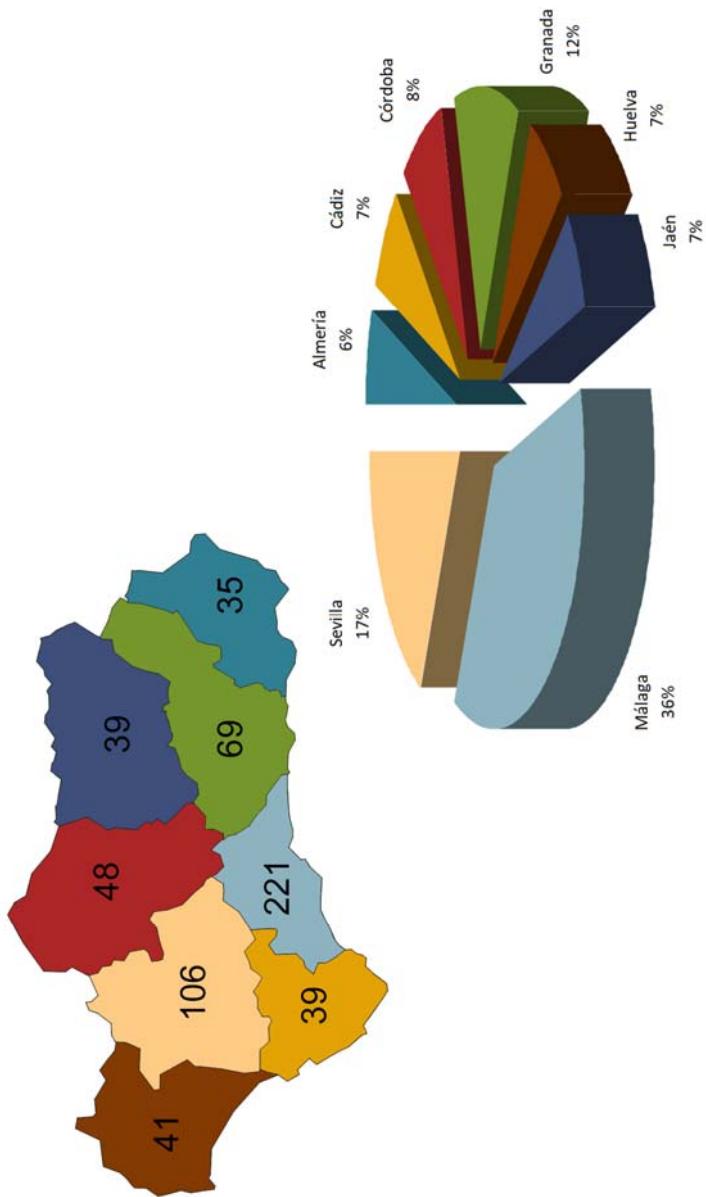


GRÁFICO 22: DISTRIBUCIÓN DE DICTÁMENES SEGÚN LA MATERIA EN 2024

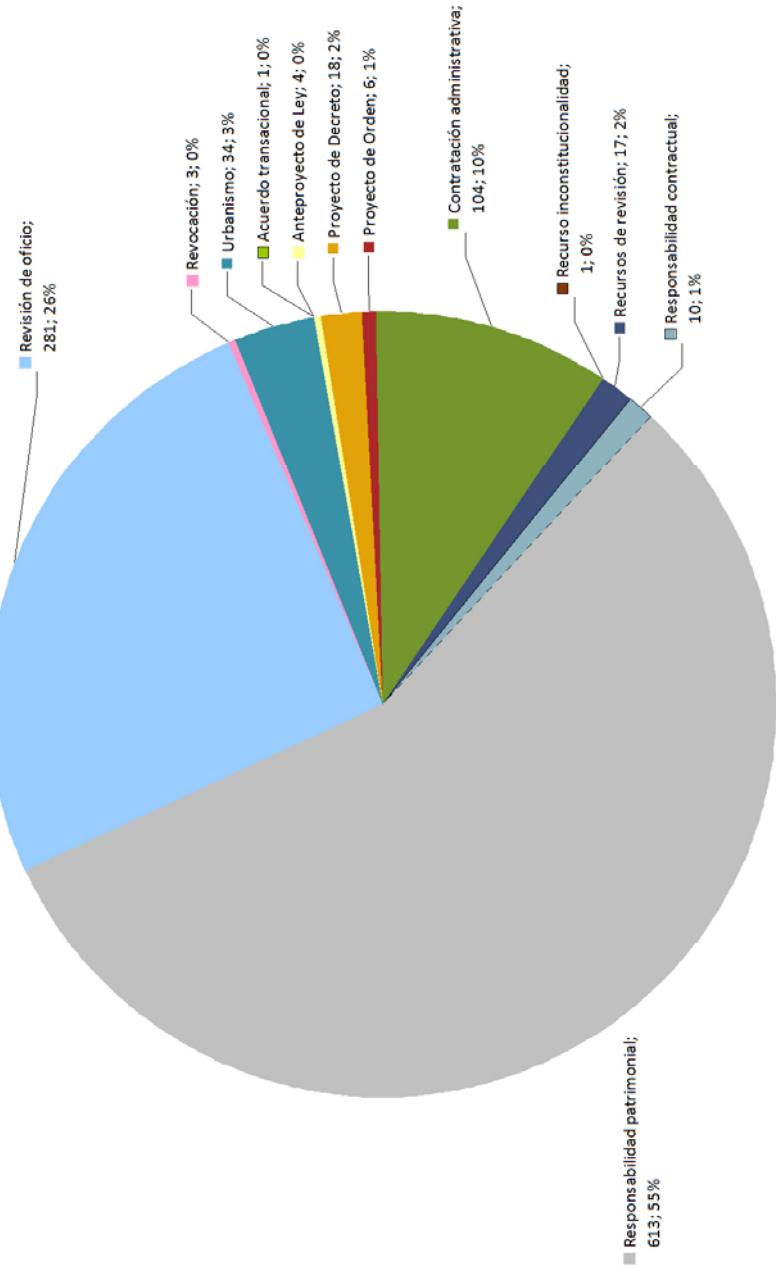
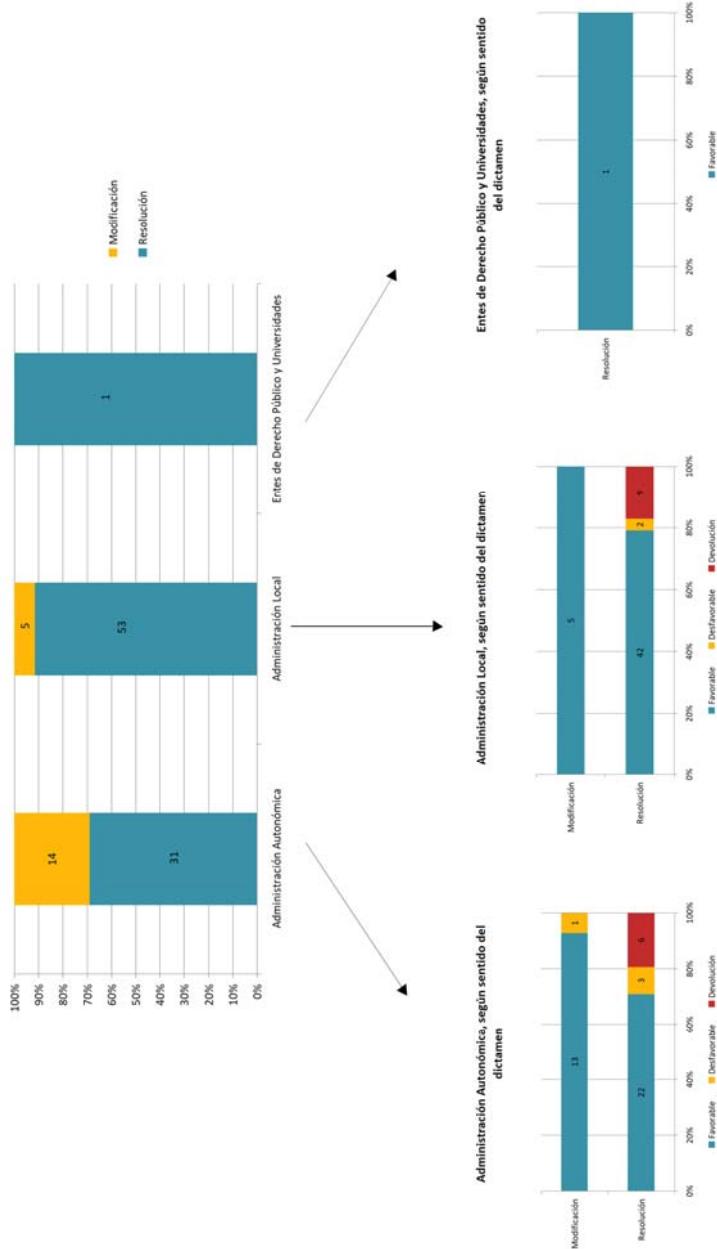




GRÁFICO 23: DICTÁMENES DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SEGÚN EL ÓRGANO SOLICITANTE EN 2024 (Nº Y PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL: 104)



**DICTÁMENES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, SEGÚN EL ÓRGANO SOLICITANTE Y EL SENTIDO DEL DICTAMEN EN 2024
(Nº Y PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL: 613)**

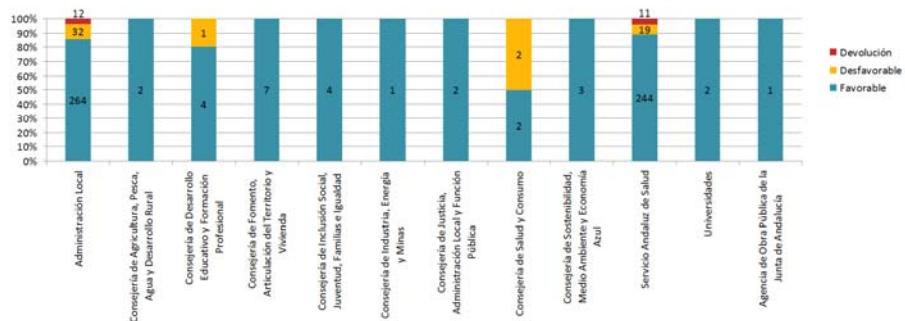


Gráfico 24.- Dictámenes de responsabilidad patrimonial según órgano solicitante y sentido del dictamen (nº y porcentaje sobre el total).

**DICTÁMENES DE REVISIÓN DE OFICIO, SEGÚN EL ÓRGANO SOLICITANTE Y EL SENTIDO DEL DICTAMEN EN 2024
(Nº Y PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL: 281)**

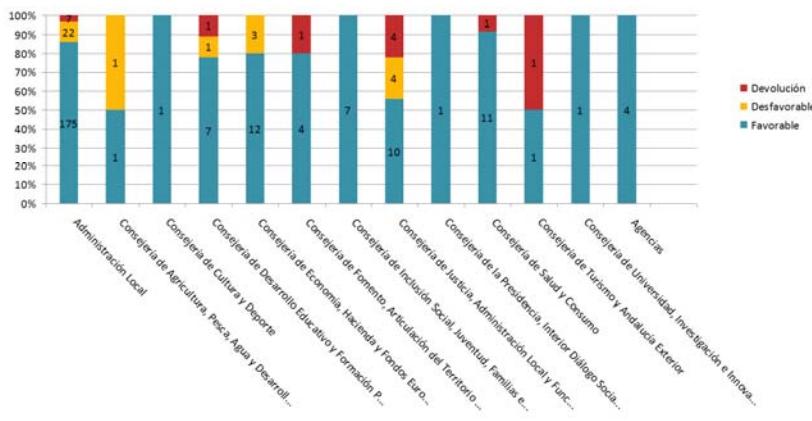
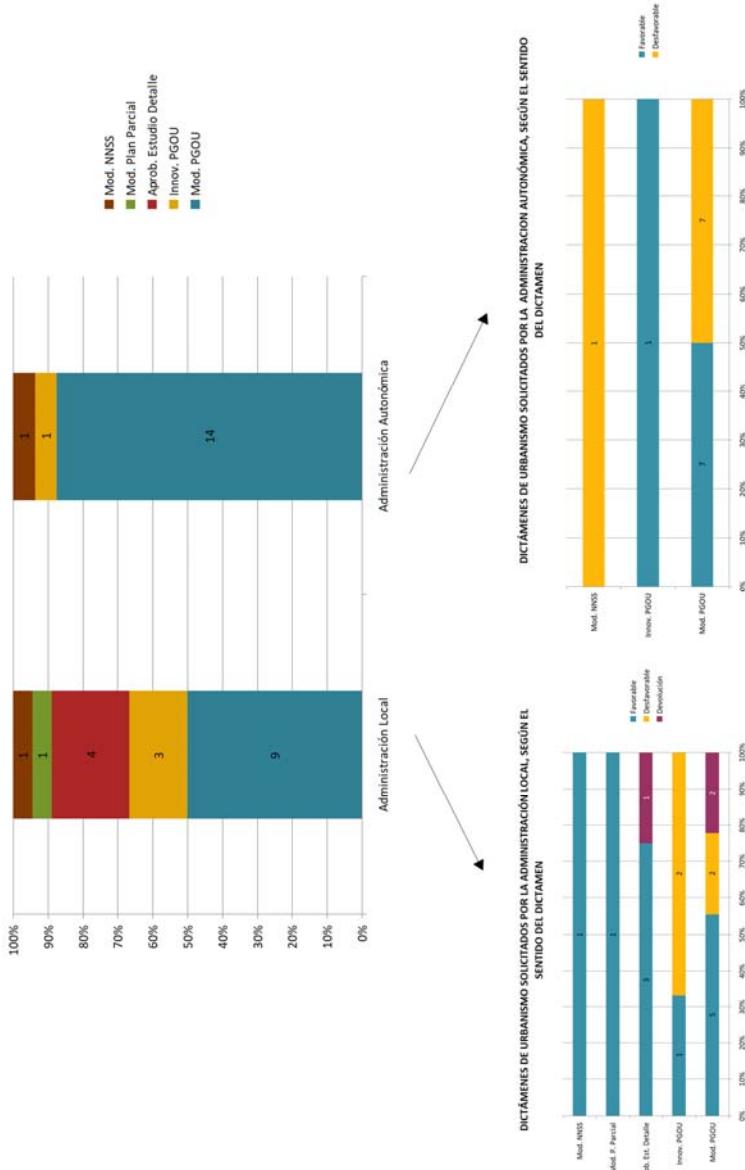


Gráfico 25.- Dictámenes de revisión de oficio según órgano solicitante y sentido del dictamen (nº y porcentaje sobre el total).



**GRÁFICO 26: DICTÁMENES DE URBANISMO SEGÚN EL ÓRGANO SOLICITANTE EN 2024
(NÚMERO Y PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL: 34)**



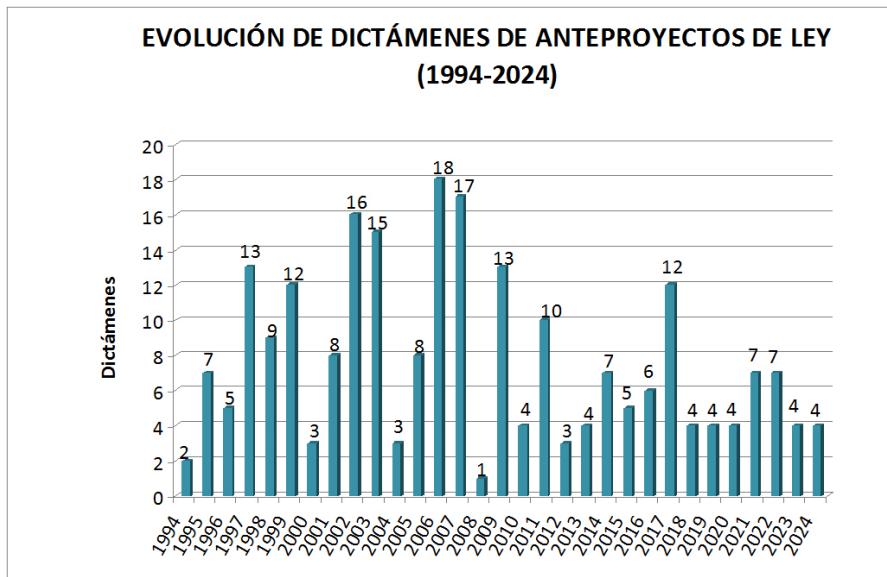


Gráfico 27.- Evolución de dictámenes de anteproyectos de ley (1994-2024).

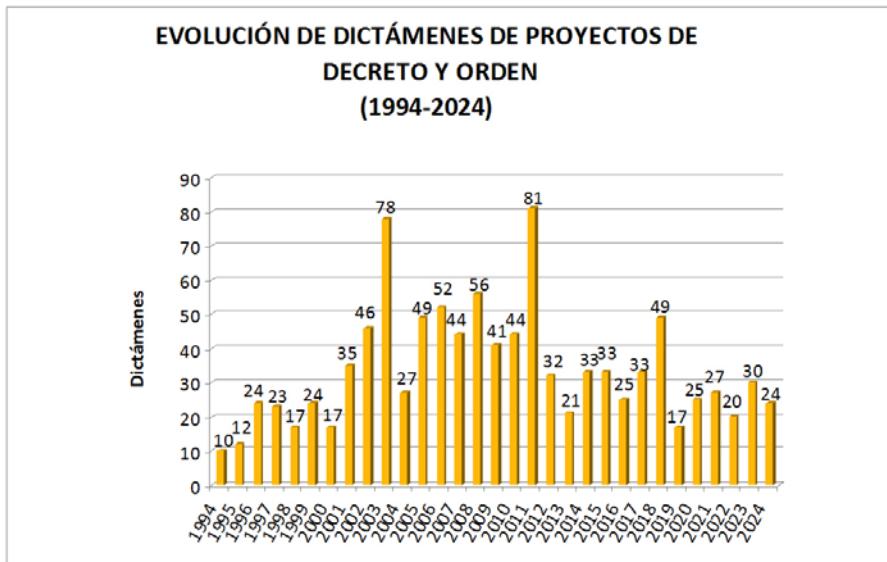


Gráfico 28.- Evolución de dictámenes de proyectos de decreto y orden (1994-2024).



EVOLUCIÓN DE DICTÁMENES DE REVISIÓN DE OFICIO (1994-2024)

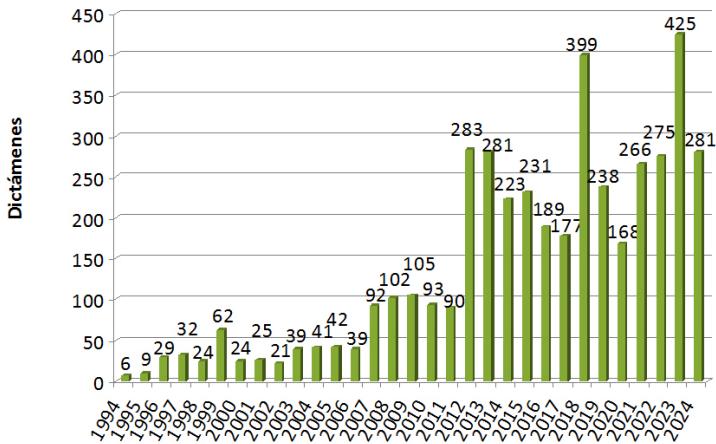


Gráfico 29.- Evolución de dictámenes de revisión de oficio (1994-2024).

EVOLUCIÓN DE DICTÁMENES DE URBANISMO (1994-2024)

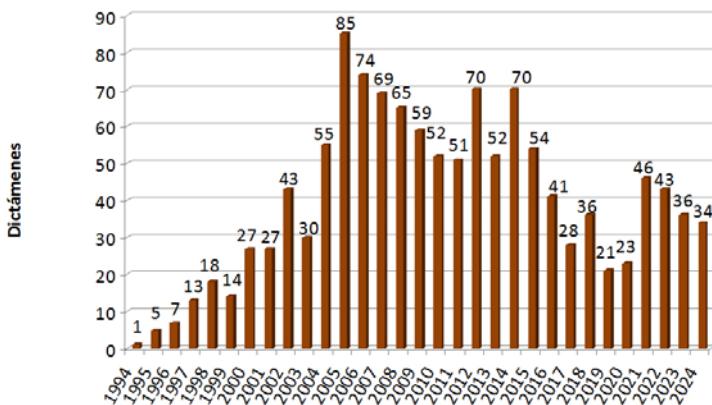


Gráfico 30.- Evolución de dictámenes de urbanismo (1994-2024).

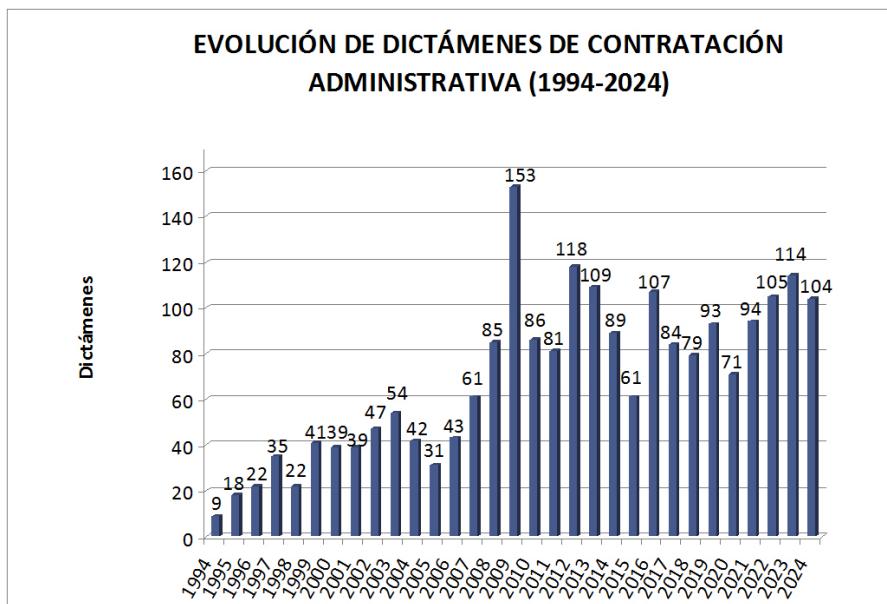


Gráfico 31.- Evolución de dictámenes de contratación administrativa (1994-2024).

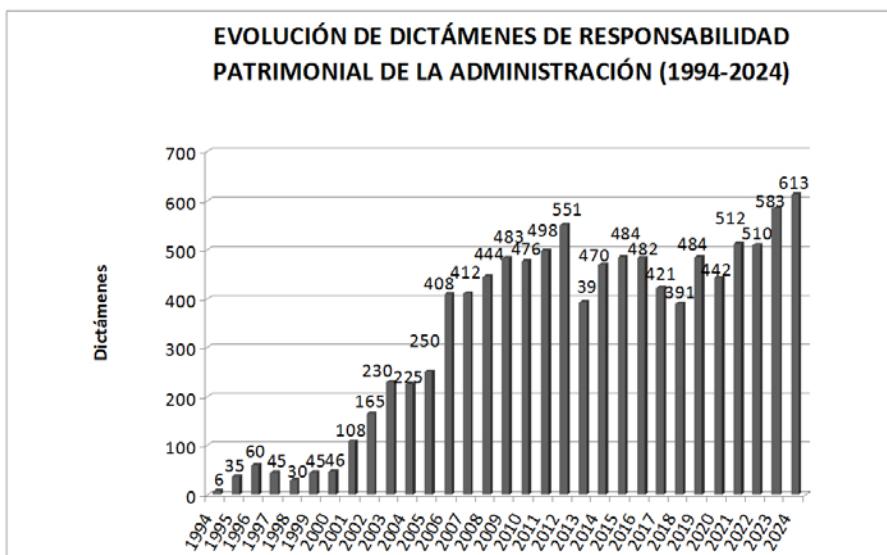


Gráfico 32.- Evolución de dictámenes de responsabilidad patrimonial de la Administración (1994-2024).

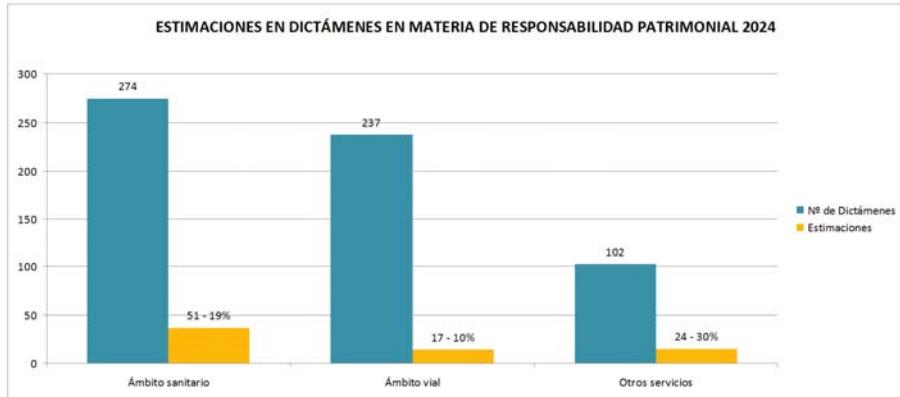


Gráfico 33.- Estimaciones en dictámenes en materia de responsabilidad patrimonial 2024.

TOTAL ESTIMACIONES EN DICTÁMENES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL 2024

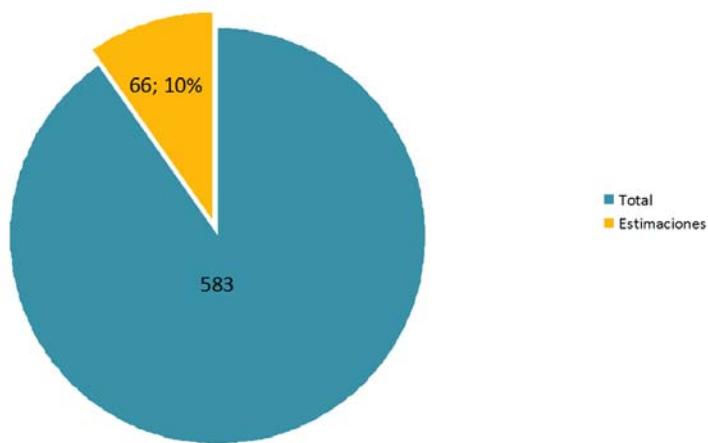


Gráfico 34.-Total estimaciones en dictámenes de responsabilidad patrimonial 2024.

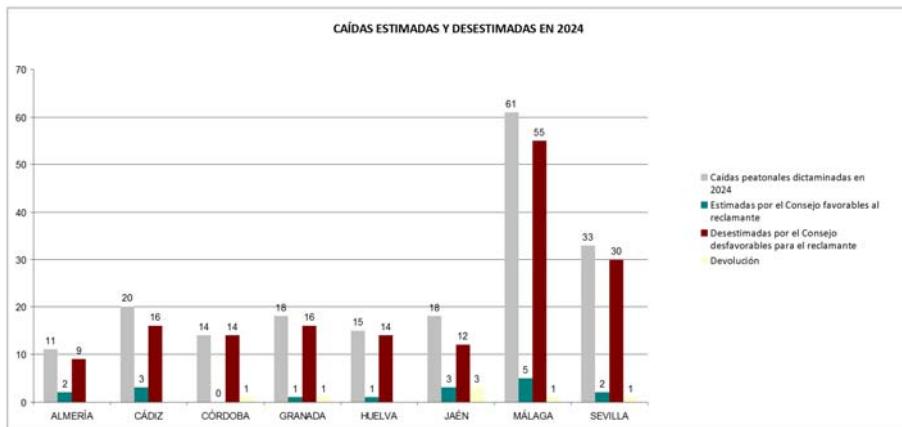


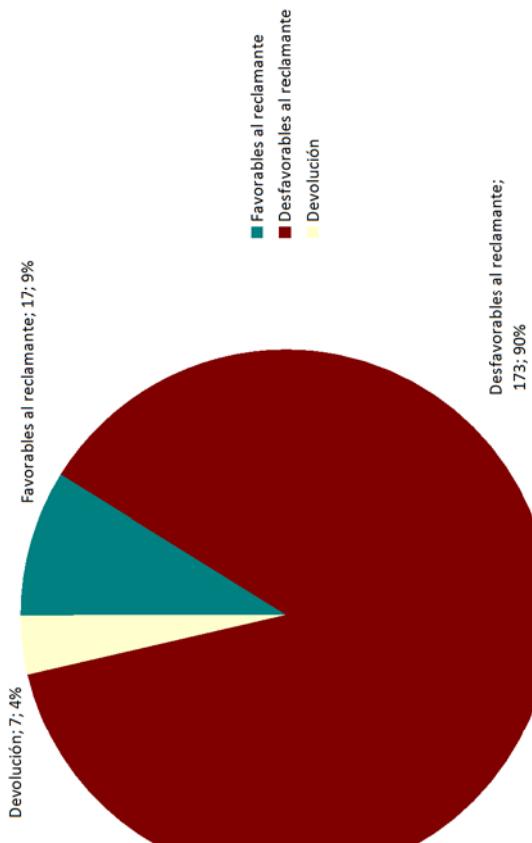
Gráfico 35.- Caídas estimadas y desestimadas en 2024.



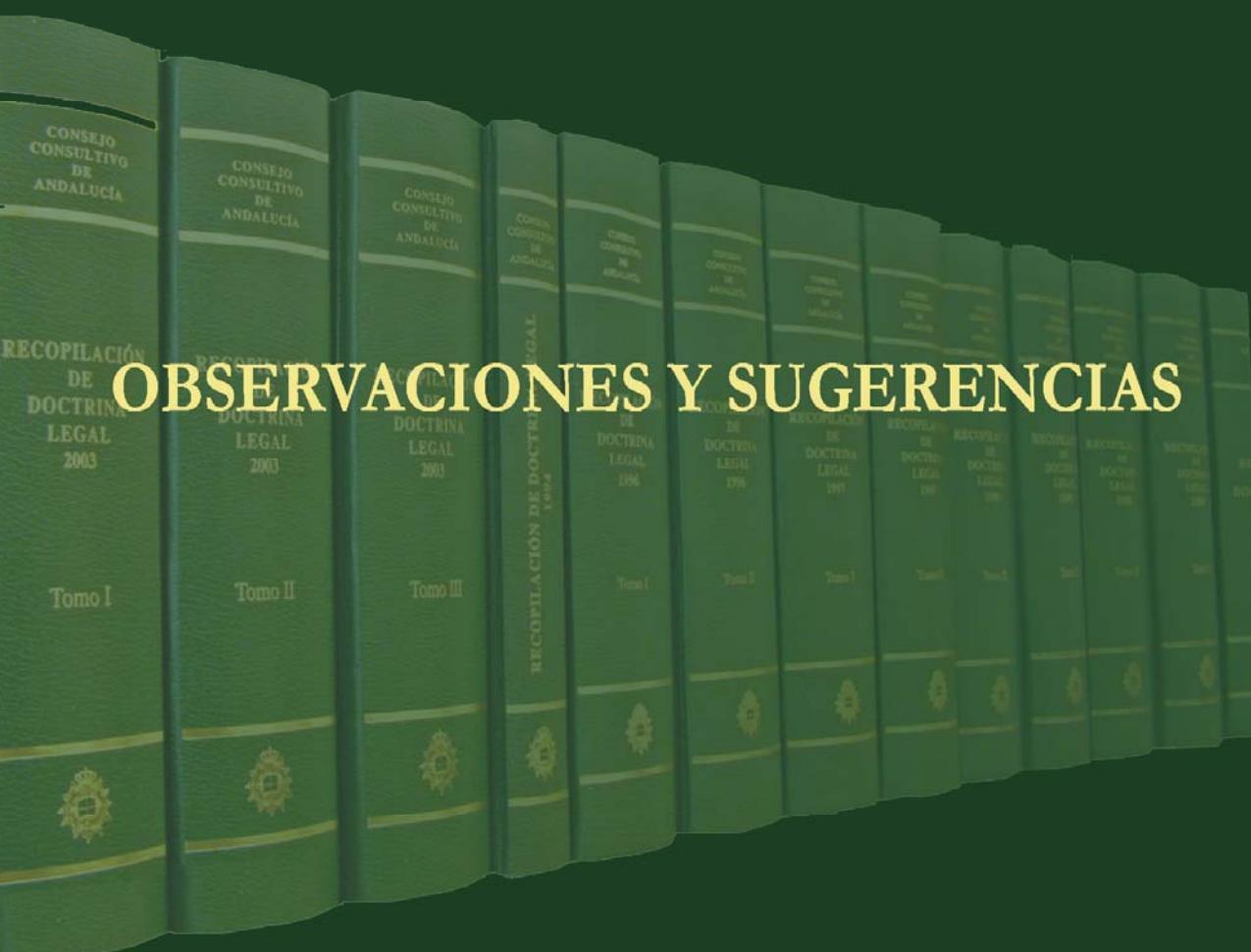
Gráfico 36.- Comparativa de dictámenes emitidos por responsabilidad patrimonial derivada de caída peatonal durante los años 2023 y 2024.



PORCENTAJE DE CAÍDAS PEATONALES 2024



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 20 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 mencionado 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 transcritto; 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 y buena administración

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. En 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 tuvieran 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 anormalidad 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 célebre 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, establece 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 aquélla 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 civitate* 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 aquélla - *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

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 procedural 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 misma 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) también determina 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 desplegarse 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 propium*. 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 procedural 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/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Este Consejo ha seguido poniendo especial énfasis en el necesario respeto a principios tan trascendentales 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. Distinción entre contrato administrativo y contrato privado

Tal y como aclaramos, entre otros, en el dictamen 337/2023 la distinción entre contrato administrativo y contrato privado de la Administración, al margen de los típicos contratos administrativos, presenta contornos no siempre definidos. La jurisprudencia ha ido evolucionando desde un “criterio tradicional” de la contratación administrativa -la referida a “obras y servicios públicos”- a uno más acomodado al concepto de contrato administrativo que vinculaba a éste con el fin público. De esta forma, el Tribunal Supremo ha entendido que nos encontramos ante un contrato administrativo “siempre y cuando el órgano con el que se celebra el contrato, y a través del cual expresa su voluntad la Administración, actúe en la esfera de su propio giro o tráfico, o lo que es igual, dentro del ámbito específico de las competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye genuina misión y característica responsabilidad” (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1982). Las virtualidades del criterio finalista de la contratación administrativa son particularmente determinantes para la jurisprudencia en orden a determinar cuándo un contrato suscrito por un municipio es o no un contrato administrativo. Sólo en aquellos supuestos especiales en que el contrato se dirija a satisfacer un fin público, incluyendo dicho fin público en la causa del contrato como elemento esencial del mismo, puede otorgársele la calificación de administrativo (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1981).

En cualquier caso, el artículo 26.2 párrafo primero de la LCSP dispone que: “Los contratos privados que celebren las administraciones públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado”.

El apartado b) del artículo 27.1 de la LCSP establece que serán competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las administraciones públicas.



Por otra parte el artículo 27.2 de la LCSP en su apartado a) dispone que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no administraciones públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior.

De esta forma, si corresponde a la jurisdicción civil conocer de las controversias en relación con los efectos y extinción de los contratos privados, es evidente que no puede revisarse de oficio ningún aspecto atinente a los efectos o extinción del contrato, pues de la revisión de oficio no puede conocer de la jurisdicción civil.

3.8.3. Modificaciones contractuales

3.8.3.1. *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 (art. 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* (art. 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 (art. 205 de la LCSP), además de la existencia de consignación presupuestaria previa (art. 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 *presetext 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, *presetext 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.

3.8.3.2. 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 600.000 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 insita 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.

3.8.3.3. 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)].

3.8.4. 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».

3.8.5. 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.

3.8.6. 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.

3.8.7. 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 ejercitarse 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 una 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 excede 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 restituídas, y como sucede en el caso de la nulidad, si no pueden ser restituídas *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:

3.9.1.1. 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. Por ello en estos casos, es decir, cuando se reclama por el fallecimiento, no se trata de legitimación iuris hereditatis sino legitimación de los perjudicados, sean estos herederos o no. 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 ejercent un derecho propio, disociado 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*.



Supuesto distinto al anterior es de las reclamaciones patrimoniales de los herederos fundamentadas en el *petrium doloris* y daños morales sufridos por una persona antes de fallecer sin haber formulado ésta reclamación por ello. En relación a ésta controvertida cuestión se ha pronunciado este Consejo Consultivo en su dictamen 643/2023 en el sentido favorable a tal pretensión indemnizatoria de los herederos, no porque resulte transmisible el objeto de resarcimiento dado su carácter personalísimo, sino por su conversión en crédito resarcible, que por su naturaleza económica resulta transmisible por virtud del artículo 659 del Código Civil.

Un tercer supuesto es, como se precisa en la doctrina de este Consejo (dictámenes 71 y 131/1996 y 234/2003, entre otros), aquel en el que, ejercitada la reclamación por la propia víctima por daños anteriores a su fallecimiento, **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 al tratarse de un supuesto de sucesión procesal.

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 relación con este tercer supuesto se ha suscitado en varias ocasiones la duda de la **posibilidad o no de modificar la cuatía indemnizatoria fijada por la víctima en los casos de sucesión procesal**. Dicha duda fue resuelta en la Ponencia

Especial sobre legitimación activa que se celebró en este Consejo Consultivo el 14 de junio de 2023 en la que se concluyó que han de distinuirse dos supuestos en los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial:

- 1.- Si el perjudicado directo ha iniciado la reclamación y ha fijado el importe demandado, los sucesores procesales (herederos) no podrán aumentar la pretensión, pero sí disminuirla, pues en el primer caso sería tanto como variar el objeto del procedimiento en el que suceden al titular originario.
- 2.- Si el perjudicado directo no ha fijado el importe de la indemnización pretendida a la espera de informe pericial ofrecido pero aún no aportado (como es frecuente), habrá de estarse en cuanto a la fijación de la cuantía a lo establecido en dicho informe, que se considerará como cuantía máxima solicitada.

Por otra parte en este Consejo se ha planteado la **possible limitación del número de víctimas secundarias en la acción de responsabilidad patrimonial**. En relación con esta cuestión, en la citada Ponencia Especial sobre legitimación activa se concluyó que el artículo 32 de la Ley 40/2015 se limita a indicar que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos. El Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil seguro en la circulación de vehículos a motor, el cual tiene valor orientativo y no vinculante, establece quiénes son las personas legitimadas para reclamar, concretando en quienes pueden considerarse perjudicados y sus categorías en sus artículos 62 a 67. Pues bien, dichas categorías de perjudicados tienen carácter de autónomas y excluyentes, en el sentido de que, si existiese cónyuge e hijos, reclamarían éstos. En caso de que no los hubiese, el derecho a reclamar correspondería a los ascendientes, y si éstos no existiesen, reclamarían los hermanos y los allegados. Únicamente podrían reclamar de manera conjunta varias de las categorías que refleja la Ley, si se probase la existencia de especiales circunstancias, que acreditasen que los reclamantes dependían del fallecido o convivían con él.

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 ejercitarlo 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.

3.9.1.2. 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 (art. 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.

3.9.1.3. 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.

3.9.1.4. 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 “inequivocidad” 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 inadmisible dicho plazo, ello viene a confirmar la ausencia de justificación de la Administración para tramitar la reclamación mediante la modalidad simplificada del procedimiento.

3.9.1.5. 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”.

3.9.1.6 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 puntuación 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 inadmisible 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.

3.9.1.7. 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 70.000 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 70.000 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 50.000 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 [art. 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.^a 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 intervenientes, 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 atribuidas las entidades instrumentales de ella dependientes (art. 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 [arts. 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 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 intervenientes. 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 inadmisible 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 (arts 3.t) y 5), todo ello en congruencia con los principios comunes, constitucionales y legales, que rigen el funcionamiento de las administraciones públicas (arts. 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 inadmisible 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 desprendía 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 (art. 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 (art. 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 analógico 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 (art. 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 (art. 22.2.k)), correspondiendo la iniciativa al alcalde [art. 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 incursos 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.^a de la Ley 30/1992, apartado segundo, precisamente referida a la revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria, actualmente disposición adicional 1.^a, 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 concurren 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 (art. 213, apartado 2) o bien de actos confirmados por sentencia judicial firme (art. 213, apartado 3); la remisión a las normas sobre capacidad y representación establecidas en la sección 4^a del capítulo II del título II y a las normas sobre prueba y notificaciones establecidas en las

secciones 2^a y 3^a 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 (art. 39 de la Ley 39/2015 (art. 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 (art. 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 previsible 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 intervenientes, 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 sujetos 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 pre establecidos, 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 ineeficacia 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 ineeficacia 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 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 ineeficacia. 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.j) 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 4.1 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 25 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. Recurso de inconstitucionalidad
2. Acuerdo transaccional
3. Recurso extraordinario de revisión
4. Revisión de oficio
5. Responsabilidad patrimonial
6. Responsabilidad contractual



“The most important thing is to have a clear idea of what you want to do, and then go after it with all your might.”

—John D. Rockefeller, Jr.



ANEXO

DICTÁMENES QUE CONFORMAN DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO

1. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.1. Dictamen 610/24, de 25 de julio, en relación con el borrador de acuerdo del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía para la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.

En este dictamen se concluye que se considera justificada la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2024, pudiéndose fundar el mismo en la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el artículo 9.3 de la Constitución.

*Ponencia: Presidenta, María Jesús Gallardo Castillo
Letrado Mayor, Tomás Requena López*

El acuerdo se funda en la infracción de los siguientes preceptos y principios: artículo 66.2 de la Constitución; principio de separación de poderes y, en particular, de la exclusividad jurisdiccional derivada de los apartados 1 y 3 del artículo 117 de la Constitución; el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución; el principio de seguridad jurídica y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ambos recogidos en el artículo 9.3 de la Constitución.

Antes de examinar las razones en que se pretende fundar el recurso, es conveniente formular una serie de consideraciones generales.

1. La institución de la amnistía. La Constitución española como único parámetro de enjuiciamiento.

Antes de ese examen, esto es, prescindiendo de la concreta amnistía de la Ley Orgánica 1/2024, se impone necesariamente un juicio previo sobre si, como

institución, la amnistía es contraria o no a la Constitución. Si la institución de la amnistía es contraria a la Constitución, el examen de la Ley Orgánica deviene innecesario, pero no así en caso contrario, puesto que aunque se concluya que la institución de la amnistía, en abstracto, no es contraria a la Constitución eso no significa que cualquier amnistía no lo sea.

Ese juicio previo ha de partir, en primer lugar, del concepto de amnistía que, de acuerdo con la concepción predominante, constituye una derogación retroactiva, singular y transitoria de delitos, penas y demás efectos previstos en el Código Penal. Y en segundo lugar, tratándose como se trata de determinar la constitucionalidad o no de la citada Ley Orgánica, ha de considerarse cuál es el parámetro para determinar dicha constitucionalidad. La respuesta a esta cuestión parece obvia: el único parámetro que cuenta es la Constitución. En consecuencia, todo el bagaje argumental que pretende fundar la constitucionalidad en disposiciones normativas diferentes de la Constitución carece del más mínimo sustento normativo.

Así, no constituye parámetro válido las referencias que se hacen a disposiciones normativas en las que la utilización de la figura de la amnistía se hace a título puramente anecdótico, carente de disciplina sustantiva, como es el caso del artículo 16 del Reglamento general del régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia (aprobado por Real Decreto 796/2005, de 1 de julio), que no puede utilizarse para sostener que la Constitución ampara la amnistía, por razones obvias que resultan de ese rasgo aludido, ya que se trata de una mera alusión a la misma en el ámbito disciplinario y no en el penal y que no aparece referido a situaciones concretas ni que beneficie a sujetos concretos sino que, en abstracto, señala la amnistía como una de las posibles causas de extinción de la responsabilidad de los funcionarios.

Por otra parte, tampoco puede constituir parámetro válido las referencias a normas preconstitucionales, no sólo por obvias razones de temporalidad (una disposición normativa preconstitucional no es referencia válida para juzgar la constitucionalidad de una institución que nace bajo la vigencia de un texto constitucional), sino porque el carácter y finalidad de tales disposiciones, las inhabilita para cumplir tal función. Es el caso de las amnistías del siglo XIX y principios del XX, que se dictaron bajo el régimen de Constituciones que no eran ni normativas ni democráticas.

Tampoco lo es la referencia al artículo 666.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto que es un precepto procesal y, por tanto, instrumental o fiduciario, es decir, se limita a prever efectos procesales de una medida que podrá o no operar en función del Derecho sustantivo de cada momento histórico. Por eso dicho precepto



tenía su sentido en relación con el artículo 112.3 del preconstitucional Código Penal de 1973 que contemplaba la amnistía como causa de extinción de la responsabilidad penal junto con el indulto. Sin embargo, la amnistía desapareció del Código Penal de 1995, por lo que el citado precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal queda vacío de contenido en tanto que su aplicabilidad sólo es posible si va a remolque de un precepto sustantivo que la regule. De ahí que, tratándose de una norma que data de 1882 es posible sostener su “derogación tácita” *ex apartado 3* de la disposición derogatoria única de la Constitución, de forma que se ha producido la cesación de la vigencia de la norma dada su incompatibilidad objetiva entre el contenido del precepto y la Constitución. En consecuencia, la referencia al citado precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no constituye en modo alguno razón sólida para justificar la constitucionalidad de la amnistía que regula la Ley Orgánica 1/2024 sino al contrario: la desaparición de la figura de la amnistía en el artículo 130 del vigente Código Penal no puede sino interpretarse como un signo inequívoco de la voluntad del propio legislador de acomodar sus preceptos a la Constitución.

2. El silencio constitucional sobre la amnistía y sus implicaciones.

Una vez realizada tal precisión, es fácilmente constatable que la Constitución ni contempla expresamente ni prohíbe explícitamente la institución de la amnistía. La cuestión es si este hecho constituye argumento válido para postular la constitucionalidad de la amnistía en el contexto histórico actual y en los términos en que aparece regulada en la Ley Orgánica 1/2024.

El hecho de que la Constitución no mencione la amnistía no la convierte automáticamente en una figura constitucional, porque ello equivaldría a afirmar que son constitucionales las leyes (o cualquier otra disposición normativa o acto) por no estar expresamente prohibidas por la Constitución y bien sabemos que no es así, puesto que sólo si son conformes a sus preceptos y postulados pueden afirmarse que lo sean. Y lo mismo sucede con la inconstitucionalidad, que no se puede invocar por el sólo hecho de que la Constitución no tenga prevista una materia concreta como posible ámbito de regulación por la ley, sino sólo si la misma es contraria al contenido de la Constitución, a sus normas, principios e instituciones.

Los silencios legislativos no constituyen ninguna excepción en nuestro Derecho y es por ello que el ordenamiento jurídico arbitra mecanismos para intentar averiguar cuál ha sido la voluntad de su autor al omitir la regulación expresa de una figura o de una institución. En este sentido la doctrina viene a distinguir los silencios “de remisión” que permiten acudir por vía de la supletoriedad a otra norma o precepto para que entre en aplicación en un ámbito que no era el previsto originalmente para hacerlo, y los silencios elocuentes o silencios “de exclusión” y que el principio

democrático obliga a respetar no interfiriendo ni rellenando huecos que han sido obra consciente y legítima del propio legislador y que responden a su voluntad de dejar sin regular. Dicho de otro modo, en un Estado democrático el respeto a la voluntad del legislador -en este caso, del constituyente- conduce a rechazar que se colme un vacío normativo cuando, en primer lugar, éste expresa una decisión omisiva que el principio democrático obliga a respetar y, en segundo lugar, este deseo no vulnera ningún principio constitucional ni afecta al correcto funcionamiento del sistema.

Uno de los criterios hermenéuticos para determinar si estamos en presencia de un silencio de remisión o de exclusión es el examen de los antecedentes parlamentarios del texto del que trata de averiguar cuál fue la voluntad, en este caso, del constituyente. Al Anteproyecto Constitucional de 5 de enero de 1978 se presentaron dos enmiendas relativas a la amnistía. La primera, la 505, fue formulada por el Grupo Mixto, y decía: “Las Cortes Generales, que representan al pueblo español, ejercen la potestad legislativa, sin perjuicio de lo dispuesto en el título VIII, otorgan amnistías, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuye la Constitución”. La enmienda no prosperó y, aunque de este hecho no se puede colegir una norma prohibitiva, sí es un dato indicativo de la inexistencia de la voluntad del constituyente de admitir la figura. Y junto a ello, algo que es más significativo aún, si cabe: que dada la excepcionalidad de la medida y de sus trascendentes efectos -que luego se analizarán- el constituyente concebía la amnistía, no como una función integrante dentro de la potestad legislativa, esto es, como uno de sus posibles contenidos, sino como una facultad diferenciada por ser cualitativamente distinta de la potestad legislativa.

En efecto, aunque nuestro ordenamiento admite la posibilidad de leyes singulares -y la ley que regula la amnistía lo es en tanto que excepciona la aplicación general de la ley-, sin embargo, la nota característica de las leyes es su generalidad. Las leyes singulares son admisibles si bien bajo el cumplimiento de dos condiciones: una, que las diferencias introducidas por la ley singular estén objetivamente fundadas en una situación de diversidad fáctica, pues de lo contrario vulnerarían el principio de igualdad; y dos, que la finalidad perseguida por la misma se halle justificada objetivamente, es decir, que su contenido y el régimen singular que establece sean proporcionados al fin perseguido y que éste no sea contrario a ningún principio ni precepto constitucional.

La segunda enmienda, la número 744, fue realizada por UCD y en este caso, sí iba dirigida a establecer una prohibición (respecto de los indultos generales) que sí se admitió, y una concreta delimitación de las amnistías: “Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento”, lo que no prosperó.



El constituyente optó por guardar silencio: ni estableció una prohibición de las amnistías junto a la prohibición de los indultos generales ni tampoco las admitió ni siquiera delimitando la competencia para acordarlas. Ciertamente ello no implica ni una admisión en toda regla ni una prohibición, si bien resulta significativo que la voluntad del constituyente haya quedado perfectamente reflejada en la literalidad del texto constitucional: los indultos, si son singulares, se admiten y los generales, se prohíben. Está claro, pues, en primer lugar, que en caso de haber admitido la amnistía por vía de dichas enmiendas, hubiera sido bajo la premisa de habilitación expresa y, en segundo lugar, que la Constitución rechaza la posibilidad de excepcionar la aplicación del Código Penal de forma general, por eso la excepcionalidad misma que supone el indulto impone que se realice un estudio pormenorizado, y concreto que examine y tenga en cuenta las circunstancias caso por caso y, obviamente, ello no se produce ni en los indultos generales ni en las amnistías que, por definición, no son concretas sino que abarcan a un grupo de personas que se benefician de tal excepcionalidad.

3. Los indultos generales.

Uno de los argumentos tradicionales radica en que si los indultos generales están prohibidos por la Constitución [letra i) del art. 62 de la Constitución], más aún lo debe estar la amnistía, pues si está prohibido lo menos también debe estarlo lo más.

Como es sabido, el indulto general y la amnistía son dos especies de un mismo género: las denominadas “medidas de gracia”, si bien presentan singularidades que las distinguen. Así, la amnistía corresponde acordarla al poder legislativo, mientras que los indultos son competencia del Gobierno; los indultos perdonan, de forma total o parcial, una pena que se ha impuesto en sentencia judicial, por lo que no alcanzan a los antecedentes penales -que siguen subsistentes-, pero la amnistía hace desaparecer retroactivamente el delito como si no hubiera existido nunca, de forma que también se eliminan los antecedentes y las consecuencias del mismo; los indultos sólo producen efectos en relación con penas impuestas por sentencias firmes, mientras que la amnistía también puede alcanzar a procesos judiciales ya iniciados y no resueltos o incluso a causas pendientes de incoación. Todo ello al margen, claro está, de que la amnistía, dada su previsión legal, sólo puede ser sometida al control del Tribunal Constitucional, y los indultos quedan sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. También difiere en relación a los sujetos pasivos a los que afecta uno y otra: los indultos que están contemplados en la Constitución son los que sólo pueden afectar a individuos concretos, en tanto que los indultos generales están terminantemente prohibidos [art. 62.i)]. Este dato no es baladí. Esta nota de generalidad que caracteriza a los indultos generales y que provocó que el constituyente los rechazara es la misma que define la amnistía, puesto que beneficia, asimismo, a un grupo de sujetos.

Pues bien, dado el silencio que la Constitución guarda en relación a la amnistía, que ni la permite ni la prohíbe expresamente, es necesario indagar en la *mens* del constituyente para intentar averiguar su voluntad al respecto.

De las notas diferenciadoras que se han expuesto cabe colegir que los indultos tienen efectos más leves que la amnistía, en tanto que los primeros afectan a la pena -no a los antecedentes ni a la existencia del delito, que continúan intactos- mientras que los segundos lo hacen al delito, haciendo que desaparezca éste y sus consecuencias. Conforme al principio a *minori ad maius*, no parece que pudiera estar en la intención del constituyente prohibir el indulto y permitir la amnistía. Como ha afirmado la doctrina, si conforme al aforismo “quien puede lo más, puede lo menos” (*qui potest plis, potest minus*), cabe afirmar a contrario sensu que “quien no puede lo menos, no puede lo más”.

4. Los motivos en que la Ley Orgánica 1/2024, pretende sustentar su constitucionalidad.

Ya se ha señalado que, como no podía ser de otra manera, sólo la Constitución misma puede servir de parámetro de enjuiciamiento y que, por tanto, sólo la Constitución puede sernos de utilidad para tal examen. En orden al mismo es conveniente analizar las razones en las que la Ley Orgánica pretende sustentar su supuesta constitucionalidad:

a) En regímenes de nuestro entorno.

El Preámbulo (apartado I) alude a que regímenes constitucionales de nuestro entorno, como Italia, Francia o Portugal admiten la amnistía. Ahora bien, este dato, lejos de servir de justificación para fundamentar la constitucionalidad de la medida, juega en su contra, puesto que precisamente es la previsión expresa en sus Constituciones y los requisitos establecidos para aplicarla, lo que marca la diferencia con nuestro caso, que no contempla esta figura, ni para prohibirla ni para permitirla.

En efecto, el artículo 79 de la Constitución italiana prevé expresamente tanto la amnistía como el indulto si bien exige que sean otorgados por ley aprobada “por una mayoría de dos tercios de los miembros de cada Cámara, en cada uno de sus artículos y en la votación final”. El artículo 34 de la Constitución francesa establece la amnistía como uno de los posibles contenidos de las leyes. El artículo 161 de la Constitución de Portugal la establece como una de las competencias de la Asamblea de la República, junto con la posibilidad de conceder “perdones genéricos”.



En cualquier caso, en primer lugar, las constituciones de otros países no constituyen parámetro válido para juzgar la constitucionalidad de las leyes españolas, sino sólo y exclusivamente lo es nuestra Constitución, sus valores, principios y reglas y, en segundo lugar, dichas constituciones regulan expresamente la amnistía, lo que subraya la necesidad de su referencia expresa e inequívoca como manifestación del constituyente de admitirla.

b) Otras normas de nuestro ordenamiento jurídico.

El párrafo séptimo del apartado IV del Preámbulo alude al artículo 666.4^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, como ya se ha razonado, no puede dejar de tenerse en cuenta que un precepto de carácter procesal está al servicio del Derecho sustantivo, que en este caso lo estaba al Derecho del régimen dictatorial preconstitucional (algo que dice mucho sobre las pocas posibilidades de su utilización).

Tampoco resulta válida la referencia a preceptos reglamentarios de carácter puramente disciplinario, como es el caso del artículo 16 del Real Decreto 796/2005, de 1 de julio, cuando señala la amnistía como una de las causas de extinción de la responsabilidad de los funcionarios, ni el que una Ley (Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática) considere vigente la Ley de Amnistía 46/1977, una ley, por cierto preconstitucional por lo que no resulta antecedente válido, no sólo por obvias razones de temporalidad (fue dictada antes de la Constitución) sino porque su legitimidad provenía de los principios constitucionales que con ella se proyectaban sobre los efectos de una normativa dictada bajo el régimen dictatorial.

Ninguna de estas leyes -ni ninguna otra- puede ser parámetro de constitucionalidad de otra y el hecho mismo de plantearse que la normativa autonómica pueda serlo, como parece hacer el preámbulo, prescindiendo de la Constitución misma, supone la inversión misma del sistema constitucional.

En puridad, no es que el Preámbulo contenga tal afirmación, pero el hecho de considerar que la referencia a estas normas pueda coadyuvar a defender la constitucionalidad de la amnistía es lo que pone de manifiesto la debilidad del argumento y revela la ausencia de otro de mayor consistencia.

c) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Otro argumento a favor de la constitucionalidad, según el Preámbulo (apartado IV) es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pero el problema es que no puede hablarse de jurisprudencia en modo alguno, pues ello requeriría que se

hubieran dictado varias sentencias en un mismo sentido del que pudiera afirmarse la existencia de un *corpus doctrinal*. La única referencia que se hace a la doctrina del Tribunal Constitucional es a la contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 147/1986, de 25 de noviembre. Pero tal doctrina no puede servir para el fin perseguido, pues se dicta en una cuestión de inconstitucionalidad (en realidad varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, interpuestas por diversas magistraturas de Trabajo) respecto a la Ley 1/1984, de 9 de enero, de modificación de la Ley 46/1977, que fue declarada (la Ley 1/1984) inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica, en cuanto declaraba imprescriptibles las acciones para solicitar la nulidad de los despidos que se encontraban dentro del ámbito de la medida de gracia, incluso aunque ya existiera pronunciamiento judicial declarando su prescripción. Eso significa que la sentencia se centra en los efectos de la denominada «amnistía laboral» correspondiente al ámbito de las relaciones jurídico-privadas. En cualquier caso, nada tiene que ver este tipo de amnistía con el que estamos analizando. En la llamada “amnistía laboral” no se anularon sentencias condenatorias, ni se impidió a los jueces y tribunales perseguir presuntos delitos, ni se referían o beneficiaban a personas condenadas o en curso de serlo. En consecuencia, el término “amnistía” sólo impropiamente puede ser utilizado y sólo metafóricamente puede ser interpretado cuando se utiliza en el ámbito laboral.

También se alude a las sentencias del Tribunal Constitucional 28/1982, 63/1983, de 20 de julio, y 116/1987, de 7 de julio (apartado V del preámbulo). Pero en todo caso se olvida que todas ellas están tratando de la legislación relativa a las consecuencias de una amnistía preconstitucional (la de la Ley 46/1977), que se dictó en respuesta a un régimen dictatorial preconstitucional, esto es, anticonstitucional. Precisamente lo que hizo la Ley 46/1977 fue irradiar hacia el pasado los valores que empezaban a sustentar nuestro Estado social y democrático de Derecho antes incluso de haberse implantado el régimen constitucional en España. Y fue precisamente esta finalidad lo que legitima ante la Constitución la procedencia de la medida. La diferencia es patente: la amnistía cuya constitucionalidad se está analizando no es una respuesta para reparar una situación anticonstitucional, sino justo al revés. Después se volverá sobre esta cuestión.

Sin embargo, el Preámbulo podría haber citado, y no lo ha hecho, el Auto del Tribunal Constitucional 32/1981, de 25 de marzo, en el que se afirma:

“la aplicación de las medidas generales de gracia (...) prohibidas hoy por norma constitucional expresa artículo 62.i) de la Constitución (...) una Constitución [la de 1978] que instaura un orden jurídico-político dentro del que carecen de sentido y resultan inadmisibles estas medidas generales de gracia” (FJ 2).



d) Está implícito en el Preámbulo, aunque no aparezca desarrollado, el argumento de que las Cortes Generales, como representantes del Pueblo, reflejo del pluralismo político, están habilitadas para dictar una Ley Orgánica de tal contenido. El silogismo sería el siguiente: si la amnistía no está prohibida por la Constitución, las Cortes pueden concederla, pues el poder legislativo no necesita para desenvolverse de “autorizaciones” o “previsiones” expresas en la Constitución. Tal argumento no puede acogerse, pues en él se olvida que no sólo es inconstitucional lo expresamente prohibido en la Constitución, sino toda norma o acto contrario a la misma.

e) En definitiva y recapitulando, para ilustrar sobre el empaque del pretendido (por el Preámbulo) fundamento constitucional de la amnistía, basta con afirmar que el soporte argumental puede resumirse en que la amnistía es aludida en diversas normas, bien preconstitucionales o reglamentarias, que a ella se alude también (sin regulación alguna) en normas internacionales o en Constituciones de otros países, y que una Ley preconstitucional otorgó una amnistía con el fin de reparar daños producidos por un régimen dictatorial y, por tanto, anticonstitucional, sobre cuya legislación de concreción el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, argumentos que a juicio de este Consejo Consultivo son inapropiados para justificar la constitucionalidad de la Ley Orgánica.

5. La inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2024.

Al margen de la retórica del Preámbulo -que carece de naturaleza normativa- para llegar a esta conclusión o a su contraria ha de analizarse el contenido de la Ley Orgánica, que es lo que determinará si la misma es o no inconstitucional puesto que, como ya se ha advertido, no cabe un planteamiento en términos absolutos ni abstractos, esto es, si la institución de la amnistía es o no contraria a la Constitución, sino si resulta o no respetuosa con sus principios y valores.

La respuesta no descansa en la supuesta y apriorística conciliación de los referidos principios referidos en abstracto sino que se halla en la finalidad perseguida por la Ley Orgánica al margen de concretas previsiones, pues son los motivos y carácter de un acto lo que le convierte en distinto. De hecho, los motivos y el carácter de un acto marcan continuamente en Derecho sus consecuencias: la buena fe, la intencionalidad, la imprudencia, la simulación o el fraude. No existe, pues, un acto para el que sean irrelevantes sus motivos y su finalidad. De ahí que la desviación de poder consista precisamente en la utilización de potestades para fines distintos de los asignados por el ordenamiento jurídico. Por ello, una amnistía para “perdonar” delitos tipificados por un régimen autoritario al servicio de su carácter no constitucional es una institución radicalmente distinta de una amnistía para “perdonar” delitos cometidos, no ya dentro de un régimen constitucional, sino contra el mismo orden

formal y materialmente constitucional.

Sobre esa base, podemos ya entrar a examinar las razones aducidas en el borrador de Acuerdo, que merecen las siguientes consideraciones:

a) La infracción del artículo 66.2 de la Constitución.

El borrador de Acuerdo considera que la Ley Orgánica 1/2024 infringe el artículo 66.2 de la Constitución, ya que este no incluye entre las funciones de las Cortes Generales la de otorgar amnistías. El precepto dispone que “las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución”.

La cuestión primordial se centra en si la concesión de amnistías forma parte de la potestad legislativa del Estado, como uno de los posibles contenidos normativos de la ley, o si se trata de una función distinta. Los defensores de la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2024 afirman que la amnistía es una decisión política que puede adoptar el legislador sin necesidad de contar con una habilitación específica en el texto constitucional. Sin embargo, como hemos examinado, en los países de nuestro entorno que admiten la amnistía la establecen expresamente (la Constitución francesa como uno de los posibles contenidos de las leyes, la portuguesa la admite junto con los “perdones genéricos”, y la italiana no sólo la prevé expresamente sino que exige una mayoría cualificada en cada uno de sus artículos y en la votación final). Por tanto, ya sea como contenido posible de la ley o ya sea como función de las Cortes diferenciada de la potestad legislativa, para ser constitucional la amnistía debe estar prevista de forma expresa en el propio texto constitucional, tanto más si consideramos, como después se hará, que se trata de una medida excepcional que, como tal, debe estar contenida en el denominado “Derecho excepcional” y no en el “Derecho ordinario”.

Para los defensores de la constitucionalidad de esta Ley, las Cortes Generales son titulares de la potestad legislativa del Estado. La Constitución no establece un listado de posibles contenidos de la Ley, por lo que cualquier materia y contenido podría ser asumido por ella sin necesidad de que la Constitución le habilite de forma expresa para cada uno de ellos. Y la Ley puede prestar su fuerza propia a cualquier contenido; pero a cualquier contenido que sea constitucional, hay que añadir.

Admitiendo que la Constitución no establece una reserva de materias a la ley y que esta puede acometer la regulación de cualquier materia, ha de tenerse presente que la Constitución impone un condicionante a su validez, cual es la vinculación de su



contenido a la propia Constitución, que le precede en el orden jerárquico, por lo que no puede contradecir sus preceptos y principios, so pena de inconstitucionalidad. Como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 128/2023, de 2 de octubre, “la vinculación de la ley a la Constitución es, aquí también, de carácter negativo, excluyente de toda transgresión constitucional”.

En este sentido no puede admitirse que en nuestro sistema constitucional exista una absoluta libertad de determinación del contenido normativo de las leyes en tanto que, en primer lugar, ha de respetar los preceptos constitucionales (y respetar no es desarrollar ya que las leyes no se dictan “en ejecución” de la Constitución) y, en segundo lugar, porque la Constitución impone a las leyes condicionamientos modales (es decir, contenidos formales concretos) y condicionamientos sustantivos (es decir, respeto a los principios, valores y reglas) que no pueden trasgredir.

Por tanto, que no haya cuestión ni materia que la competencia parlamentaria no pueda asumir no significa que pueda ejercerse de forma incondicional y ajena a cualquier límite. Para empezar, la competencia legislativa de las Cortes ha de resultar respetuosa tanto con el contenido esencial de los derechos fundamentales, como con las reglas, principios y valores constitucionales. Tales son las prohibiciones implícitas que hacen que la ausencia de prohibición expresa de regular ciertas materias no suponga la posibilidad legítima de hacerlo con cualquier contenido (v.gr. la esclavitud no aparece contemplada en la Constitución ni siquiera para prohibirla y ello no significa que las Cortes, amparadas en esta suerte de cláusula abierta habilitante que encierra la expresión “potestad legislativa del Estado” y la innecesariedad de habilitación constitucional expresa, pudieran dictar una ley para regularla, pues es contraria a los postulados constitucionales y a los valores y principios en que se asientan). En consecuencia, no es necesario que la Constitución en su literalidad rechace una institución para entender que la misma vulnera su espíritu, de tal suerte que deben reputarse inconstitucionales todas aquellas disposiciones que por su naturaleza y contenido colisionen con la misma, por lo que para determinar si una ley alcanza el canon de constitucionalidad ha de examinarse bajo el prisma de las reglas y principios constitucionales que representan auténticas prohibiciones implícitas y límite infranqueable que el legislador no puede traspasar.

Es en este limitado sentido en el que se debe entender la vinculación positiva a que las Cortes Generales están sometidas, al igual que el resto de los poderes públicos (artículo 9.1 de la Constitución), por cuanto la sentencia del Tribunal Constitucional 101/1983, de 18 de noviembre, declaró que sobre todos los poderes del Estado pesa el deber positivo de realizar sus funciones conforme a la Constitución, si bien, habría que añadir, que con una diferencia: éstos quedan vinculados a lo que les permitan las leyes, pudiendo actuar con discrecionalidad respecto de la aplicación de las mismas, y

las Cortes, en tanto pueden modificarlas y derogarlas, no quedan vinculadas por ellas sino que gozan de un amplio margen de actuación a la hora de ejercer la potestad legislativa pero, eso sí, dentro de los principios, valores y reglas constitucionales.

En consecuencia, la constitucionalidad de una ley de amnistía no depende tanto de cómo se interprete la ausencia de prohibición expresa como de si es compatible con sus mandatos. Y esta Ley Orgánica, podemos avanzar, no lo es porque, como se analizará a continuación, en primer lugar, supone una vulneración del principio de separación de poderes, en segundo lugar, debería de estar prevista expresamente en la Constitución (precisamente porque es una figura típica del Derecho de excepción) y, por último, porque es contraria a los principios de igualdad y seguridad jurídica y supone un ejercicio arbitrario del poder legislativo.

Por tanto, el recurso puede fundarse en la infracción al artículo 66.2 de la Constitución.

b) Los motivos y finalidad de la amnistía. El Estado social y democrático de Derecho en que España se constituye (art. 1.1 de la Constitución).

Como ya se ha examinado, son escasos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que se refieren a la amnistía, resultando reseñable los que se hacen en relación con la contenida en la Ley 46/1977. Dicha ley ostentaba toda su legitimidad; una legitimidad que se apoya en su fundamento, que no era otro que el deseo común de terminar con la dictadura y con el dramatismo de sus efectos y comenzar con la democracia y sus valores. El propio Auto 32/1981, de 25 de marzo reconoce en aquella amnistía un instrumento que adquiere sentido precisamente por el contexto de tránsito y cambio de régimen político, una medida que se alza frente a un Derecho injusto, por lo que se considera legítimo y procedente borrar los delitos calificados como tales bajo el dominio de un régimen dictatorial y un Código Penal ajeno a los valores democráticos. De hecho, el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/1983 declaró que la amnistía funciona para los cambios de régimen político porque el nuevo régimen viene a considerar que la legislación anterior era injusta.

Pero en este caso no ha existido ningún cambio de régimen político en el que el subsiguiente haya venido a inhabilitar los principios, valores y reglas del anterior. Tampoco el Código Penal, bajo cuya vigencia se han cometido los delitos que la Ley Orgánica 1/2024 pretende amnistiar, vulnera el principio de justicia ni ha recibido cuestionamiento alguno por quebrantar los principios constitucionales. Al contrario: en el caso de la amnistía que examinamos, su finalidad y contenido formales suponen la eliminación del mundo jurídico de sentencias firmes que juzgaban hechos relacionados con atentados contra el régimen constitucional y sus consecuencias, y



elimina la posibilidad de perseguir y a enjuiciar los hechos presuntamente delictivos que aún no han sido objeto de enjuiciamiento. La amnistía que contempla la Ley Orgánica supone, en consecuencia, una renuncia temporal y material a la defensa del orden constitucional y como tal no puede encontrar respaldo en la Constitución, por más que se haya dictado con la mayoría suficiente y respetando el procedimiento, precisamente porque es el régimen constitucional mismo el lesionado por la Ley Orgánica 1/2024, en concreto el Estado social y democrático de Derecho en que se constituye España, tal y como proclama el artículo 1.1 de la Constitución. Y eso es cabalmente lo que hace que el texto suponga una vulneración del conjunto de principios que se invocan en el borrador de acuerdo.

Si se nos permite el símil, una reforma de la Constitución *ex* artículo 168 que suprimiera la democracia no podría considerarse fundada en la Constitución por más que se contara con mayoría suficiente y se utilizara el procedimiento referido en ese precepto, puesto que, como la mejor doctrina tiene afirmado, “establecida la democracia como base del orden constitucional, la Constitución impone implícitamente la prohibición de suprimir la democracia misma”, de modo que “si tal cosa ocurriera la nueva Constitución resultante no tendría el fundamento de su validez en la actual, sino en la eficacia, exactamente igual que ocurre cuando se crea una Constitución nueva tras un proceso constituyente con explícita ruptura con el orden anterior”.

Podría argüirse que los motivos que sustentan la Ley Orgánica son constitucionalmente legítimos, en la medida en que la finalidad confesa perseguida es “la normalización institucional, política y social en Cataluña” si bien existen datos que revelan que la Ley viene a satisfacer una reivindicación de los llamados “partidos políticos separatistas” que no es nueva. En efecto, los Grupos Parlamentarios Republicano y Plural presentaron el día 16 de marzo de 2021 una “Proposición de Ley Orgánica de Amnistía y resolución del conflicto político entre Cataluña y el Estado español”, que el día 23 de marzo de 2021 la Mesa del Congreso inadmitió a trámite por inconstitucional con el aval de un informe de los letrados de las Cortes. El Acuerdo de la Mesa del Congreso era del siguiente tenor: “Comunicar a los Grupos Parlamentarios autores de la iniciativa que no procede su admisión a trámite, en la medida en que de un examen liminar se desprende que la misma, al suponer la concesión de un indulto general que afecta a una pluralidad de sujetos condenados por sentencia firme entraría en una contradicción palmaria y evidente con lo dispuesto en el artículo 62.i) de la Constitución, de acuerdo con el cual no cabe que la ley autorice indultos generales”.

Manifestaciones similares se fueron reproduciendo con reiteración por mandatarios políticos antes de las elecciones de 2023, ningún partido político incluyó

la amnistía en sus programas electorales, y existía univocidad y coincidencia absoluta en el rechazo a la amnistía por inconstitucional.

En este sentido, el preámbulo de la Ley Orgánica falta a la verdad cuando considera que “una amnistía es aplicable en el Estado constitucional en circunstancias de especial crisis política”, porque la ideación de la amnistía por los partidos y fuerzas separatistas era muy anterior y los que ahora son sus actuales precursores sostenían entonces su indudable inconstitucionalidad. En consecuencia, la amnistía no encuentra su justificación en crisis política alguna sino en las exigencias y condiciones -por todos conocidas- de algunos partidos políticos para otorgar los apoyos necesarios a la investidura.

Por eso cabe afirmar que estamos ante una amnistía que no se funda en valor o principio alguno constitucional, que no está al servicio de los intereses generales, que sirve a objetivos puramente de conveniencia política, lo que le sitúa en la desviación de poder y le hace incurrir en la arbitrariedad cuya interdicción garantiza la Constitución en su artículo 9.3.

c) El principio de separación de poderes y la exclusividad de la función jurisdiccional (apartados 1 y 3 del art. 117 de la Constitución).

La separación de poderes constituye un principio nuclear del constitucionalismo, tal y como recoge la sentencia del Tribunal Constitucional 70/2022, de 2 de junio, cuyo fundamento jurídico 5 afirma:

“(...) la separación de poderes es un principio esencial de nuestro constitucionalismo. La idea de que el poder público debe estar dividido en varias funciones, confiadas a autoridades distintas y separadas unas de otras, se encuentra en la raíz del constitucionalismo moderno y en el origen de nuestra tradición constitucional. La separación tripartita de los poderes del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial, quedó consagrada en la Constitución de Cádiz, promulgada el 19 de marzo de 1812, en términos que resuenan en nuestra Constitución vigente, como este tribunal ha tenido ocasión de recordar (STC 37/2012, de 19 de marzo, FFJ 4 y 5).

De este modo, el principio de división y separación de poderes es consustancial al Estado social y democrático de Derecho que hemos formado los españoles mediante la Constitución de 1978 (art. 1.1 CE), pues se trata de un principio político y jurídico que impregna la estructura de todos los Estados democráticos. En efecto, aunque la Constitución de 1978 no enuncia expresamente el principio de separación de poderes, sí dispone que «[l]as Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado» (art. 66.2 CE); que el Gobierno «[e]jerce la función ejecutiva y la potestad



reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes» (art. 97 CE); y que «[el] ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes» (art. 117.3 CE); a lo que se añade que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican» (art. 106.1 CE).

Nuestra jurisprudencia se ha referido reiteradamente al principio de división y separación de poderes (SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 6; 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11; 123/2001, de 4 de junio, FJ 11; 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8; 231/2015, de 5 de noviembre, FJ 4; 33/2019, de 14 de marzo, FJ 3; 149/2020, de 22 de octubre, FJ 4; y 34/2021, de 17 de febrero, FJ 3, por todas), resaltando que se trata de un principio esencial del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), como han recordado las SSTC 48/2001, de 26 de febrero, FJ 4, y 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 6, que se encuentra estrechamente vinculado a las previsiones del art. 66.2 CE (las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado), del art. 97 CE (el Gobierno dirige la Administración civil y militar y ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria) y del art. 117.1, 3 y 4 CE (independencia de los jueces y tribunales integrantes del poder judicial, que ejercen en exclusiva la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, sin perjuicio de las funciones que les puedan ser atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho).

De este modo, debe tenerse en cuenta que si bien «la evolución histórica del sistema constitucional de división de poderes ha conducido a una flexibilización que permite hoy hablar, salvo en reservas materiales de ley y en actividades de pura ejecución, de una cierta fungibilidad entre el contenido de las decisiones propias de cada una de dichas funciones», legislativa y ejecutiva, «a pesar de ello, no puede desconocerse que la Constitución encomienda la potestad legislativa del Estado a las Cortes Generales -art. 66.2- y la ejecución al Gobierno -art. 97- y, por tanto, esta separación debe ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro» (STC 166/1986, FJ 11).

Por otra parte este tribunal también ha recordado que nuestro sistema constitucional, aparte de la regla de atribución de la potestad reglamentaria en el art. 97 CE, no contiene una «reserva de reglamento», lo cual no impide, cierto es, que una determinada materia, por su carácter marcadamente técnico, resulte más propio que sea objeto de una regulación por una norma reglamentaria que por una con rango legal (SSTC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 3; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 24; 77/1985, de 27 de junio, FJ 16, y 104/2000, de 13 de abril, FJ 9). Por lo demás, conforme a lo previsto en el art. 106.1 CE, «el control de legalidad de las normas reglamentarias es

también competencia propia de los órganos del poder judicial que pueden, en consecuencia, sea anularlas, sea inaplicarlas, cuando las consideren contrarias a la ley» (STC 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3).

El principio de separación de poderes se completa por la Constitución de 1978 con diversos mecanismos de frenos y contrapesos, así como mediante la distribución territorial del poder y la creación de nuevos órganos constitucionales, en particular el Tribunal Constitucional, al que corresponde, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC), entre otras funciones relevantes, el control de constitucionalidad de las leyes y la resolución de los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas y de los conflictos entre órganos constitucionales del Estado.

Así, como este tribunal ha recordado en su STC 124/2018, FJ 6, siendo la forma política de nuestro Estado la monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE), las Cortes Generales, que ejercen la potestad legislativa estatal, «tienen, por definición, una posición preeminente sobre el Poder Ejecutivo», si bien ello «ha de conciliarse, como es propio al Estado constitucional y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), con el respeto a la posición institucional de otros órganos constitucionales [STC 191/2016, FJ 6.C.c)]. La Constitución establece un sistema de relaciones entre órganos constitucionales dotados de competencias propias (SSTC 45/1986, FJ 4, y 234/2000, FJ 4), un sistema de distribución de poderes que evita su concentración y hace posible la aplicación de las técnicas de relación y control entre quienes lo ejercen legítimamente (ATC 60/1981, de 17 de junio, FJ 4). En definitiva, un entramado institucional y normativo, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma cuerpo una variable del modelo democrático que es la que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE; STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Esta distribución o equilibrio de poderes que, como hemos adelantado, responde a la forma parlamentaria de Gobierno (art. 1.3 CE), y más específicamente, a lo que se ha dado en denominar ‘parlamentarismo racionalizado’ (STC 223/2006, de 6 de julio, FJ 6), la realiza la Constitución en sus títulos III, ‘De las Cortes Generales’, y IV, ‘Del Gobierno’, definiendo, a su vez, el título V, las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales, que vienen a establecer el sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2)».

De acuerdo con la configuración de tal principio en los Estados constitucionales, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional de juzgar o hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la Constitución) sin posibilidad de compartirlo ni delegarla en ningún otro poder estatal, como derivación directa de la llamada “vertiente positiva de la exclusividad jurisdiccional”.



Ahora bien, como aclaración previa y para situar la cuestión, debe dejarse reseñado que cuando se afirma que la amnistía vulnera el principio de separación de poderes en el sentido de que supone una injerencia en las funciones del poder judicial no quiere decirse que el legislador, al acordar la amnistía, realice un nuevo juicio que sustituya al ya realizado por los jueces y tribunales, ni tampoco que represente un juicio sobre el ejercicio de la función jurisdiccional de los mismos; ni tan siquiera una exclusión de los tribunales en el control y aplicación de las consecuencias de la amnistía, que a ellos sigue correspondiendo.

Pero indudablemente la derogación retroactiva, singular y transitoria de delitos, penas y demás efectos previstos en el Código Penal en que consiste la amnistía despliega importantes consecuencias sobre el resultado del ejercicio de la función jurisdiccional ya que supone la invasión, la injerencia y, en definitiva, la exclusión del Poder Judicial instituido en la Constitución, al bloquear tanto el control en la ejecución de las penas impuestas en sentencias firmes como el enjuiciamiento de las causas criminales en curso o pendientes de ircoación. De este modo sustraen parte de sus funciones jurisdiccionales al dejar sin efecto las sentencias dictadas, al borrar los delitos y penas de los sujetos que han sido enjuiciados y al cerrar el paso a la posibilidad de perseguir y enjuiciar los presuntos delitos que los sujetos amnistiados cometieron al dar vida con sus conductas y con la comisión de los hechos a los tipos penales previstos en un Código Penal aprobado bajo la legitimidad de un régimen democrático y con todas las garantías.

Así pues, la vulneración al principio de separación de poderes no se produce porque el legislativo sustituya al judicial en su función de dictar sentencias, sino por la incidencia que se produce en las dictadas por jueces, que ni pueden ejecutar sus condenas ni pueden perseguir los delitos pendientes de enjuiciamiento. En definitiva, la amnistía de la Ley Orgánica 1/2024 afecta al principio de división de poderes puesto que incide en el ejercicio de la función jurisdiccional al dejar vacío de contenido el fruto del ejercicio de esa función jurisdiccional por un Poder Judicial constitucionalmente instituido.

Por eso esta operación de “borrado y olvido” de los delitos sólo se justifica cuando acontece un cambio de régimen político, en que la función jurisdiccional ejercitada bajo su vigencia no aparece respaldada por la nueva legitimidad política democrática en que los nuevos valores imperantes son los propios de un Estado de Derecho.

De ahí que resulte conveniente reiterar que la amnistía que amparaba la Ley 46/1977 no afectaba al principio de separación de poderes, al desenvolver sus efectos sobre decisiones judiciales de un régimen que no era constitucional. Pero en la

medida en que la Ley Orgánica 1/2024 supone la supresión del ejercicio de la función jurisdiccional con carácter retroactivo por el Poder Judicial instituido en la Constitución no respecto de cualesquiera hechos, sino en gran medida de aquellos que se han considerado “delitos contra la Constitución” (así se intitula el título XXI del Código Penal), resulta contraria a la Constitución. No cabe sostener que la Constitución puede amparar actos y hechos que tienen por objeto atacar al propio orden constitucional.

Por esta razón, para ser respetuosa con la separación de poderes y para considerar su adecuación a la Constitución, la amnistía tendría que encontrarse expresamente prevista en la Constitución (como así lo hizo la Constitución de 1931) y no integrarse en lo que se denomina “legislación ordinaria” sin previa habilitación constitucional que la autorice. Es lo mismo que acontece a los estados de alarma, excepción y sitio. En tanto suponen medidas de excepción que están contempladas en la Constitución y si lo estuvieran en la legislación ordinaria (en ley orgánica o ley ordinaria sin previsión expresa previa en la Constitución) serían inconstitucionales por dos razones: porque las excepciones han de ser expresas y porque, para que sean constitucionales, han de estar previstas en la Constitución como expresión de la voluntad del constituyente de admitirlas.

Esta excepcionalidad que provoca la necesidad de que esté expresamente prevista en la Constitución como premisa para que pueda calificarse como medida constitucional ha sido resaltada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de noviembre de 2013, en la que afirmó:

“La CE, según hemos expresado, ha reconocido el derecho de gracia en los términos establecidos en el art. 62; esto es, limitado, pues, a los indultos particulares, al excluirse del derecho de gracia tanto a los de carácter general (art. 62.i CE), como la amnistía” (FJ 6).

Y el propio Tribunal Constitucional, en la sentencia 147/1986, de 25 de noviembre, con cita de su sentencia 63/1983, llegó a afirmar:

“la amnistía (...) es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa -en sentido amplio- que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional, propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve (...).”



De tal afirmación cabe colegir que no procede admitirla cuando la democracia plena se ha conseguido y consolidado. Hacerlo en este momento histórico es tanto como afirmar que nuestro sistema constitucional es tan antidemocrático que necesita recurrir a la amnistía para hacer justicia material y reparar situaciones jurídicas injustas generadas por perseguir la Justicia hechos y conductas calificadas como delito en su ordenamiento jurídico.

Podría argumentarse en contra de lo que acaba de afirmarse que este mismo efecto de injerencia y exclusión del Poder Judicial podría predicarse del indulto en tanto que constituye también una excepción a tal exclusividad ya que impide juzgar y, sobre todo, ejecutar lo juzgado. Sin embargo, el indulto se halla previsto expresamente en la Constitución (arts. 62.i, 87.3 y 102.3), lo que, por definición, lo hace insusceptible de calificarse como inconstitucional.

También las rebajas de penas por beneficios penitenciarios se suelen invocar como prueba de excepción de la exclusividad porque modifican las penas acordadas en sentencia judicial firme. Pero debe tenerse en cuenta que se autorizan por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, por lo que las mismas forman parte de la función jurisdiccional en su plenitud, de la que no resulta privado por ningún otro poder público.

El borrador de acuerdo acierta, pues, cuando propugna fundar el recurso en el principio de separación de poderes, pero no porque la Ley atribuya a otros poderes el ejercicio de la función jurisdiccional, sino porque supone la exclusión del Poder Judicial y la eliminación del mundo jurídico de la virtualidad de sentencias firmes que han castigado delitos cometidos contra el orden constitucional.

En conclusión, en los términos referidos puede considerarse fundado el acuerdo cuando invoca la infracción del principio de separación de poderes.

d) El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

Como tiene afirmado la jurisprudencia con reiteración, el principio de igualdad no supone la igualación, sino el derecho a no ser discriminado y a la diferenciación justificada, esto es, a que la diferenciación no sea arbitraria o irrazonable. Como expresa la sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril:

“es doctrina reiterada que el principio de igualdad no prohíbe cualquier tratamiento desigual, sino, específicamente, aquellas desigualdades que, de un lado, ‘resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados’, o que, de otro

lado, impliquen consecuencias jurídicas que no ‘sean proporcionadas a la finalidad perseguida’, y que, por ello, generen ‘resultados excesivamente gravosos o desmedidos’. (...). En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas) (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 4)”.

No cabe duda, pues, que es constitucionalmente legítima la diferencia de trato antes situaciones significativamente diferentes. Tal es el sentido del artículo 14 de la Constitución, la prohibición de diferencias de trato no justificadas, desproporcionadas e irrazonables. Ahora bien, siendo el legislador quien debe apreciar si la situación contemplada merece un trato diferente, dicha valoración no puede ser arbitraria sino que tiene límites constitucionales, pues no puede ir contra otros preceptos constitucionales ni contra la esencia de la propia igualdad, esto es, no puede abrazar una desigualdad irrazonable.

La cuestión es si la exigencia objetiva que para el ordenamiento supone la igualdad es aquí satisfecha, es decir, si concurren elementos que permitan calificar como diferentes las situaciones y que tal diferencia puede constitucionalmente legitimar un trato distinto. El propio Tribunal Constitucional así lo ha afirmado en su sentencia 361/1993, en que afirma que la amnistía debe respetar la igualdad, de modo que el legislativo tiene un amplio margen para definir el colectivo beneficiado por ella, pero está sujeto a la Constitución y no puede infringir el derecho a la igualdad de otros colectivos no incluidos en el ámbito de la ley, de forma que si se excluye a otros debe ser en virtud de una diferencia objetiva, razonable y razonada.

También el Tribunal Constitucional afirmó en sus sentencias 345/1993, 116/1987 y 63/1983 que la amnistía responde a un valor de justicia, pero siempre debe respetar la igualdad de los ciudadanos ante la ley. En este sentido, cabe sostener que la amnistía, en tanto supone un privilegio de impunidad, constituye una quiebra de la igualdad formal ante la ley, pues aquellos individuos que realicen esos mismos delitos bajo la vigencia del mismo Código Penal no van a recibir el mismo trato benevolente que otros, cuyas conductas antijurídicas escapan de su aplicación al ser declaradas impunes, siendo el único hecho diferencial que la comisión y sanción de estos últimos se han cometido en el marco y al servicio del llamado proceso independentista. El *quid* de la cuestión está en dilucidar si ese hecho, claramente



contrario a la Constitución, puede legítimamente merecer del legislador un trato favorable diferente del que van a recibir quienes no participaran en ese proceso y hubieran podido cometer los mismos delitos durante la vigencia de la misma normativa punitiva.

No parece que desde la propia Constitución pueda legítimamente sostenerse la discriminación positiva a favor de quienes protagonizaron la alteración del orden constitucional. El resultado es claramente desproporcionado, lo que proscribe el principio de igualdad constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 200/2001), tanto más en relación a aquellos delitos que atentan contra la integridad física o moral de las personas (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de abril de 2001).

En consecuencia, en tanto la amnistía supone que determinados delitos sean excluidos de su condición de ilícitos penales, y en tanto esta derogación retroactiva que ello supone no constituye una derogación *erga omnes*, sino sólo respecto de determinados sujetos, con la consecuente inaplicación de las consecuencias punitivas de la comisión de hechos delictivos sólo a un determinado grupo de personas, y no existiendo un hecho diferencial suficientemente justificativo de tal trato diferente respecto de otros sujetos, la conclusión no puede ser otra que la amnistía que aquí estamos considerando es contraria al principio de igualdad y, por tanto, inconstitucional.

En ese sentido, como el borrador de acuerdo pone de relieve, no resulta constitucionalmente justificado la creación *ad hoc* de tipos penales diferentes de los contemplados en el Código Penal sólo a favor de los beneficiarios de la amnistía, de modo que durante doce años y doce días han existido por obra de la Ley Orgánica en cuestión, dos Códigos Penales. Como el propio borrador afirma, con cita del Auto del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2024, recaído en la Causa Especial 20907/2017:

“El legislador ha estimado necesario abrir un paréntesis a cien años de jurisprudencia y hacerlo para unos hechos y unos protagonistas muy concretos. Un paréntesis que volverá a cerrarse para todos los demás ciudadanos que han sido condenados por un delito de la misma naturaleza.

Y eso es lo que hace en el art.1.4 de la Ley de Amnistía al restringir el concepto de enriquecimiento mediante la exclusión de todas aquellas acciones de apoderamiento o distracción que, dirigidas a lograr la independencia de Cataluña, no hayan estado filtradas ‘(...) por el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial’.

Para ello descompone y fragmenta la tipicidad del delito previsto en el artículo 432 del CP. Crea una malversación *ad hoc* que no considera punible y selecciona, entre todos los fines que pueden animar al autor, uno que santifica el acto de desapoderamiento –‘el contexto denominado proceso independentista catalán’– y libera de toda responsabilidad criminal.”

Por tanto, puede entenderse fundado el acuerdo cuando invoca la infracción del principio de igualdad contemplado en el artículo 14 de la Constitución.

e) El principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la Constitución.

Debe recordarse, en este orden de consideraciones, que desde la sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio (FJ 10) (doctrina reiterada en STC 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 7) el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve que los principios del artículo 9.3 de la Constitución no son “compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho”.

En relación con el principio de seguridad jurídica ha de afirmarse que se ha distinguido en su contenido una doble vertiente, la subjetiva, relativa a la certeza de la norma, y la objetiva, reconducible a la idea de previsibilidad, pero sin desconocer la existencia de otros componentes en el principio (STC 273/2000, de 15 de noviembre, FF. JJ. 9 y ss.) y como destacó la sentencia del Tribunal Constitucional 234/2012, de 13 de diciembre (FJ 8), “sin seguridad jurídica no hay Estado de Derecho digno de ese nombre”, pues “es la razonable previsión de las consecuencias jurídicas de las conductas, de acuerdo con el ordenamiento y su aplicación por los Tribunales, la que permite a los ciudadanos gozar de una tranquila convivencia y garantiza la paz social y el desarrollo económico”.

En palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional 135/2018 de 13 de diciembre, citada en el borrador de Acuerdo, la seguridad jurídica debe ser entendida desde un plano objetivo como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero). El primero de los aspectos se concreta en que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4).

Sobre esa base, la inseguridad jurídica se genera en la Ley Orgánica cuando en una materia de contenido claramente penal introduce las suficientes incertidumbres para dudar de su real alcance:



- Primero, utiliza elementos subjetivos de difícil constatación objetiva, cual son “la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o la independencia de Cataluña” (art. 1.1.a), pues una cosa es “reivindicar, promover o procurar” y otra tener “intención” de hacerlo, y lo mismo sucede con “la intención de convocar, promover o procurar la celebración de las consultas que tuvieron lugar en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017” (art. 1.1.b). Una cosa es la inevitable, en muchas ocasiones, utilización de conceptos jurídicos indeterminados y otra muy distinta la utilización de elementos determinantes del alcance de la amnistía cuya constatación es imposible.

- Segundo, extiende la amnistía a cualquier otro acto tipificado como delito que tuviera idéntica finalidad [art. 1.1.a), párrafo segundo], de forma que la derogación retroactiva que supone la amnistía lo es de todo el Código Penal, que ha dejado de existir durante un periodo de 12 años y 12 días para determinadas personas, sólo para alcanzar la finalidad que con ella se perseguía, una finalidad atentatoria del orden constitucional.

- Tercero, sin límite alguno extiende la amnistía más allá del espacio temporal fijado en el artículo 1.1, al incluir a los actos cuya ejecución finaliza tras el *dies ad quem* (13 de noviembre de 2023) (art. 1.3), pero sin indicar término final alguno, esto es, *sine die*.

- Cuarto, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 147/1986, debe tenerse en cuenta que la revocación de sentencias firmes con valor de cosa juzgada, podría lesionar el principio de seguridad jurídica.

En consecuencia, puede entenderse fundado el acuerdo cuando invoca la infracción del principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución.

f) El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos *ex* artículo 9.3 de la Constitución.

En relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el Auto del Tribunal Constitucional 72/2008, de 26 de febrero, señala:

“En relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actividad legislativa, este Tribunal ha reiterado que el control de constitucionalidad de las leyes debe ejercerse sin imponer constricciones indebidas al Poder legislativo y respetando sus opciones políticas, máxime cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad. De este modo se ha

hecho especial incidencia en que en tales casos el análisis se ha de centrar en verificar si el precepto controvertido establece una discriminación, que entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también supondría una arbitrariedad, sin que resulte pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias. En todo caso, también se ha destacado que no es posible confundir lo que es arbitrio legítimo del legislador con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales”.

Y la sentencia del Tribunal Constitucional 20/2013, de 31 de enero, glosa su doctrina al respecto, señalando que “de acuerdo con nuestra doctrina «la calificación de 'arbitraria' dada a una Ley a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución exige una cierta prudencia. La Ley es la ‘expresión de la voluntad popular’, como dice el preámbulo de la Constitución, y es principio básico del sistema democrático. Ahora bien, en un régimen constitucional, también el poder legislativo está sujeto a la Constitución, y es misión de este Tribunal velar porque se mantenga esa sujeción, que no es más que otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente. Ese control de la constitucionalidad de las Leyes debe ejercerse, sin embargo, de forma que no imponga restricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas. El cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de ese control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad, según han advertido ya algunas de nuestras sentencias. Así, al examinar un precepto legal impugnado, desde ese punto de vista, el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda justificación, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias» (por todas, STC 196/2011, de 13 de diciembre, F. 13). También hemos afirmado que, no obstante lo anterior, «es preciso tener en cuenta que si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del Ordenamiento no es suficiente la mera discrepancia política para tachar a la norma de arbitraría, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales [SSTC 99/1987, de 11 de junio, F. 4.a); 227/1988, de 29 de noviembre, F. 5; 239/1992, de 17 de diciembre, F. 5; 233/1999, de 16 de diciembre, F. 12, y 73/2000, de 14 de marzo, F. 4]» (STC 45/2007, de 1 de marzo, F. 4)” (FJ 8).

Como se ha expuesto, la finalidad, el sustrato político y las razones que han impulsado la aprobación de Ley Orgánica en cuestión, convierten en espuria la utilización de la amnistía y ponen de relieve su uso arbitrario al servicio, no del



régimen constitucional, afectado por los delitos que se quieren derogar, sino meros intereses directamente relacionados con la detención del poder.

Por tanto, el recurso puede fundarse en la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, si bien es inadecuado hacer alusión al artículo 81 de la Constitución, toda vez que al tener una repercusión penal es obvio que la amnistía ha de recogerse en una Ley Orgánica.

2. ACUERDO TRANSACCIONAL

2.1. Dictamen 884/24, de 6 de noviembre, relativo a la propuesta de acuerdo transaccional entre el Ayuntamiento de Minas de Riotinto y la mercantil Atalaya Riotinto Minera S.A.U.

En este asunto el Consejo Consultivo considera adecuada y ajustada a derecho la propuesta examinada ya que está fundada en el estricto cumplimiento de la normativa sustantiva tributaria.

*Ponencia: Consejera, María Luisa Roca Fernández-Castany
Letrado, José Luis Martín Moreno*

En lo que respecta al concepto y requisitos de la transacción, en nuestros dictámenes sobre esta materia venimos recordando que el artículo 1809 del Código Civil define la transacción como “un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”.

La teoría general relativa a las transacciones viene a definir los requisitos necesarios para ello, los cuales se infieren del citado precepto del Código Civil:

1º) La existencia de una relación jurídica entre las partes sobre la que aparezca desacuerdo, incertidumbre o duda o, lo que es igual, una causa o posibilidad litigiosa, bastando con que sea tenida por tal, aun cuando realmente no haya fundamento para la duda. El contrato de transacción requiere una cuestión anterior que le dé vida, ya sea judicial o extrajudicial, porque no sólo tiene lugar para poner fin a un pleito ya comenzado, sino para evitar la provocación de una cuestión judicial.

2º) La intención en los contratantes de poner fin a la situación de inseguridad, sustituyendo la relación dudosa por una relación cierta e incontestable.

3º) Una recíproca concesión de las partes, por virtud de la cual cada una de ellas, dando, reteniendo o prometiendo algo, sufra un sacrificio de un modo definitivo y no provisional. Este elemento es el que imprime a la transacción el carácter de contrato bilateral y el que la distingue de la renuncia, del allanamiento, del reconocimiento unilateral y de otros negocios que llevan consigo abandono de una pretensión.



4º) Que el acuerdo no sea lesivo al interés público ni a terceros y que no sea manifiestamente contrario a Derecho.

Prima facie, cabe afirmar que la propuesta de acuerdo transaccional sometida a dictamen responde a la noción y a los requisitos antes expuestos, y vendría a poner fin al litigio existente entre las partes, considerando el objeto del procedimiento ordinario 346/2021 que se sigue en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número Uno de Huelva en virtud del recurso contencioso-administrativo interpuesto por (...), en el que figura como demandada la Agencia Provincial Tributaria de la Provincia de Huelva y el Ayuntamiento de Minas de Riotinto como codemandado.

III

Antes de examinar la cuestión de fondo, procede realizar algunas consideraciones sobre los antecedentes normativos de la vigente regulación de la transacción en el ámbito de las administraciones públicas, así como el procedimiento seguido por el Ayuntamiento consultante.

1. Caracterización histórica de la transacción.

La transacción en el ámbito de las administraciones públicas ha sido históricamente caracterizada como un procedimiento excepcional, en el que destacan las notas de rigor y solemnidad para la salvaguarda del interés general. En este sentido, recordamos que el artículo 6 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 estableció que: “En ningún caso se podrán hacer transacciones respecto de los derechos de la Hacienda, sino mediante un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, con audiencia del Consejo de Estado en pleno”. Ha sido la legislación presupuestaria la que tradicionalmente ha contemplado el instituto de la transacción con las notas antes apuntadas. Así, el artículo treinta y nueve de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria (LGP), dispuso que: “No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Estado en pleno”.

Tanto la actual legislación presupuestaria del Estado (art. 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), como la de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 21.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo) han mantenido en esencia la regulación de la vieja Ley de Administración y

Contabilidad de 1 de julio de 1911. Asimismo, en el caso del Estado, el artículo 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las administraciones públicas, dispone que: “No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno”. La cautela se acentúa en el citado artículo 21 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, ya que requiere autorización del Parlamento de Andalucía cuando la cuantía litigiosa comprometida en el acuerdo transaccional sea superior a ocho millones de euros, o cuando la cuantía litigiosa sea inferior, siempre que se acredite de forma motivada que el acuerdo transaccional pueda incidir en los principios de estabilidad presupuestaria o de afectación de los ingresos o que concurren para suscribirlo los requisitos legales para la tramitación de un crédito extraordinario o un suplemento de crédito.

En la misma línea, recordamos que el Texto Refundido la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 prohibió a las Entidades Locales enajenar o hipotecar sus derechos y propiedades y la concesión de exenciones, perdones, rebajas, moratorias o aplazamientos para el pago de los recursos provinciales o municipales o de los créditos, por cualquier concepto, con las únicas excepciones previstas en la Ley, en los casos y en la forma que en ella se determinen (apdo. 1). El mismo artículo estableció en su apartado 2 que: “Tampoco se podrá, en ningún caso, hacer transacciones respecto de los derechos de las Haciendas Locales, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, con audiencia del de Estado en pleno”.

El artículo 180.2 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, se refirió a las transacciones y arbitrajes entonces previstos en el artículo treinta y nueve de la LGP de 1977, para disponer “cuando afecten a derechos de las Haciendas de las Entidades locales, el acuerdo del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente que tuviera asumida esa competencia”; norma que, junto a las restantes del título VII (destinado a “haciendas locales”), fue derogada por la disposición derogatoria 1.d) de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, dando lugar a una regulación más acorde con la autonomía local.

En este sentido, el artículo 73.1 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, dispone que las Entidades Locales podrán allanarse a las demandas que afecten a sus bienes y derechos, celebrar transacciones sobre sus bienes o derechos y someter a arbitraje los litigios que se susciten sobre éstos mediante acuerdo del pleno de la Corporación con el voto favorable de la



mayoría absoluta del número legal de miembros de la misma. En su apartado 2, dicho artículo contempla la ya referida intervención preceptiva de este Consejo Consultivo en las transacciones que superen el cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto. Ya en su momento, el Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952, dispuso en su artículo 340 que: “Para transigir o allanarse a las demandas deberán cumplir las corporaciones los mismos requisitos que para comparecer en juicio y atenerse, en su caso, al *quorum* señalado en el artículo 303 de la Ley”. Y el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, se refiere a la competencia del pleno en los supuestos de transacción en él referidos (art. 70.14).

2. Procedimiento.

Sentado lo anterior, analizaremos el procedimiento objeto de dictamen. En este plano, hacemos notar con la doctrina del Consejo de Estado que las singularidades formales en esta materia provienen de la intervención de la Administración, lo que explica que en la celebración de la transacción se imponga «un gran rigorismo formal que contrasta con la amplia libertad de procedimiento que preside el contrato cuando se celebra *inter privatos*» (dictamen 252/1999, de 18 de febrero, entre otros).

En este caso, consta el informe del secretario general del Ayuntamiento, preceptivo de conformidad con lo expresamente previsto en el artículo 164.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, aprobado por Decreto 18/2006, de 24 enero, así como en virtud de lo previsto en el artículo 3.3.c) del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, que exige la emisión de informe previo siempre que se trate de asuntos para cuya aprobación se exija la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación o cualquier otra mayoría cualificada, en concordancia con lo establecido en el artículo 54.b) del TRRL.

Asimismo, figura en el expediente el informe de intervención sobre el proyecto de acuerdo transaccional, de conformidad con la función de control interno prevista en el artículo 213 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, desarrollada reglamentariamente en el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local, y según lo previsto en el artículo 4.1.b).5º del ya citado Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, que en ejercicio del control financiero a cargo del órgano interventor incluye la emisión de informes cuando se trate de materias para las que legalmente se exija una mayoría especial.

Hay que hacer notar que el expediente incorpora el informe emitido por el director de gestión-inspector actuaria, con el visto bueno del director general de la Agencia Provincial Tributaria de Huelva, que opera como fundamento a la propuesta de acuerdo transaccional, en la medida en que justifica la existencia de errores en el proceso de determinación de la base imponible de las obligaciones tributarias en cuestión.

Finalmente se ha solicitado este dictamen completando el expediente en el sentido indicado en el requerimiento de este Consejo Consultivo, mediante la inclusión de copia completa autenticada de los expedientes de inspección de los que dimanan las liquidaciones controvertidas, así como el convenio de delegación de la Inspección de Tributos a la Agencia Provincial Tributaria de Huelva, entre otros extremos.

El procedimiento finalizaría, como se indica en el expediente, con el acuerdo del pleno adoptado por mayoría absoluta, firma del acuerdo transaccional y remisión del mismo al juzgado para su homologación judicial, solicitando la terminación del procedimiento por satisfacción extraprocesal. En este punto, el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) dispone lo siguiente: “1. En los procedimientos en primera o única instancia, el juez o tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad [...]. 3. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el juez o tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.”

IV

Para la correcta comprensión del contexto en el que surge la propuesta de acuerdo transaccional, hay que hacer notar que las liquidaciones en cuestión, en las que figura (...), como obligado tributario, fueron practicadas como consecuencia de las actuaciones de la Inspección de Tributos de la Agencia Provincial Tributaria de Huelva (APTH), en virtud de la delegación efectuada por el Ayuntamiento de Minas de Riotinto.



Al amparo de dicha delegación, la APTH giró dos liquidaciones, la número 0164.2019.0062.49, cuyo importe asciende a 1.505.381,99 euros, por aplicación del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO), y la número 500079087071-221005, por importe de 946.240,11 euros, correspondiente a la “Tasa por Otorgamiento de Licencia Urbanística” (TLU). Aunque (...), procedió al pago de las liquidaciones, consta que las impugnó, primero mediante recurso de reposición, solicitando su anulación por incorrecta determinación de la base imponible (y, consiguientemente de la deuda tributaria). Una vez rechazadas todas las alegaciones por el Servicio de Gestión Tributaria de Huelva (coincidentes con las que la mercantil formuló en el procedimiento de inspección), consta la interposición del recurso contencioso-administrativo ya referido, en el que (...) solicita la anulación de las liquidaciones controvertidas por los mismos motivos expuestos en el recurso de reposición, expresamente desestimado por la Administración.

Señala el Ayuntamiento consultante que, “en el curso del procedimiento contencioso, dentro del ámbito de las conversaciones mantenidas entre las partes interesadas se reconoció, que el asunto principal de conflictividad estribaba en los criterios establecidos, por parte de la APTH, para la determinación de la 'Base Imponible' de los tributos objeto de regularización”.

Como ya hemos anticipado, la propuesta de transacción viene avalada por un informe de la APTH de 10 de octubre de 2023, del que se desprende “un análisis más pormenorizado” justifica la exclusión de los importes de facturas que fueron tenidas en cuenta en el procedimiento inspector para la determinación de la base imponible, ya que la APTH de la Diputación de Huelva ha apreciado la existencia de errores en la determinación de la misma. Del informe se desprende que dichos errores se produjeron como consecuencia de la ingente cantidad de información que se barajó durante la instrucción en el procedimiento de regularización tributaria, así como del complejo tratamiento de la misma, lo que motivó que la labor inspectora se centrara “en mayor medida, en los apuntes contables” de los que se extrajo la conclusión de que procedía incluir en las bases imponibles del ICIO y de la tasa de licencia urbanística los importes de determinados elementos que se consideraron “afectos y permanentes a la unidad de explotación industrial”. Sin embargo, dicho informe viene a señalar que, de acuerdo con la normativa reguladora de ambos tributos, no debieron integrarse en la base imponible los importes correspondientes a conceptos de consumibles, equipos móviles auxiliares, equipos móviles principales, movimientos de tierra, reparación de equipos eléctricos, reparaciones y mantenimiento y tuberías móviles.

El informe de referencia concluye que “del total de la ‘Base Imponible’ inicialmente determinada, tanto para el ICIO, como para la TLU, en el curso de las

actuaciones con un alcance de 43.010.914,01 euros, se estima una minoración de 23.620.614,32 euros, dando como resultado una ‘Base Imponible’ de 19.390.299,69 euros que al aplicarle los respectivos tipos de gravámenes del 3,5% (ICIO) y 2,2% (TLU)”.

Por dicha razón, la proyectada transacción se formula apelando en su estipulación primera al informe de la APTH, conviniendo que se recoge como documento 1 anexo, señalando que “las bases imponibles, tanto del ICIO como de la tasa por licencias urbanísticas dimanantes del expediente de inspección número 0164.2019.0062.49 y que han dado lugar al procedimiento ordinario nº 346/2021 [...], ascienden a un total de 19.390.299,69 euros, y en consecuencia las liquidaciones resultantes de las actuaciones de inspección por el concepto de Impuesto sobre Construcciones Instalaciones y Obras (ICIO) ascienden a 678.660,49 euros, y por Tasa por Otorgamiento de Licencia Urbanística (TLU), ascienden a un total de 426.586,59 euros”.

Precisado lo anterior, conviene recordar que nos movemos en un ámbito en el que opera la reserva de ley, que cubre, como se indica en el artículo 8.a) de la Ley General Tributaria, “la delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria (...)", sin que resulte concebible una transacción que quiebre los principios de justicia, generalidad e igualdad en el cumplimiento del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 de la Constitución Española y art. 3 de la LGT). Partiendo de estas premisas, la Ley General Tributaria dispone que el crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa.

Ciertamente, trayendo a colación lo que en otro contexto se razona en la sentencia del Tribunal Constitucional 65/2020, de 18 de junio (FJ 17), cabe afirmar que ni siquiera el legislador (autonómico en ese caso) podría autorizar que la Administración pudiera negociar libremente con el contribuyente el importe de sus obligaciones fiscales en caso de régimen fiscal controvertido (y al margen de él), “ya que estaría atribuyendo a la voluntad conjunta de las partes una eficacia constitutiva de obligaciones tributarias equivalente a la de la propia ley de ordenación material del tributo, sustituyendo injustificadamente la fuerza de ley por el acuerdo entre las partes”. En ese caso, precisa el Tribunal Constitucional (*ibidem*) “si el precepto autonómico impugnado permite, en supuestos de controversia doctrinal del régimen fiscal aplicable, determinar mediante pacto o convenio la deuda tributaria del contribuyente apartándose del régimen tributario sustantivo ‘controvertido’ que, según la ley, correspondería a los hechos considerados, procede afirmar que el precepto vulnera el art. 31.3 CE, al establecer una habilitación en blanco para el pacto



en materia tributaria al margen de la ley y de la Constitución, deslegalizando la obligación tributaria”. Y sólo el legislador estatal compete el establecimiento legal de los supuestos en los que se puede acudir a fórmulas acordadas para la concreción de elementos de la obligación tributaria predeterminados legalmente; “competencia exclusivamente estatal *ex art. 149.1.14.^a* CE (hacienda general) a fin de obtener un tratamiento unitario en todo el territorio español”. Además, esas fórmulas concordadas contempladas por el legislador estatal «deberían asegurar en todo caso el imperio de las normas sustantivas reguladoras de los elementos esenciales de la obligación tributaria». En este sentido, la STC 65/2020 subraya que “los elementos esenciales del tributo, identificadores y cuantificadores, se definen en la ley, y sólo su concreción puede confiarse a fórmulas administrativas de tipo concordado” (FJ 17).

Situados en el plano aplicativo de la norma, hay que hacer notar que la propuesta de transacción no evidencia otra cosa que la voluntad de las partes de atenerse a la normativa reguladora de la determinación de la base imponible en los dos tributos en cuestión (ICIO y TLU), corrigiendo los errores producidos en el procedimiento de inspección, antes de que recaiga un pronunciamiento judicial. Siendo así, no se cuestiona la reserva de ley que rige la determinación de la base imponible como elemento esencial del tributo, ni el principio de indisponibilidad del crédito tributario, como tampoco puede apreciarse una quiebra de la justicia tributaria y el principio de igualdad en la aplicación de ambos tributos. En absoluto cabe apreciar una voluntad de las partes de apartamiento de la normativa reguladora de ambos tributos. Antes al contrario, lo que se desprende de los informes emitidos en relación con la propuesta de transacciones es que se postula la rectificación de los errores cometidos en el procedimiento de regularización que dio lugar a las liquidaciones impugnadas. En este sentido, al referirse a la base imponible del ICIO, el artículo 102 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales dispone en su apartado 1 que “la base imponible del impuesto está constituida por el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra, y se entiende por tal, a estos efectos, el coste de ejecución material de aquélla”. Por su parte, la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por Otorgamiento de Licencia Urbanística (Boletín Oficial de la Provincia de Huelva número núm. 107, de 6 de junio de 2013) regula la base imponible en su artículo 5, en el que se señala que en el caso de actos sujetos a licencias no contemplados anteriormente y que requieren proyecto técnico visado por el Colegio Oficial correspondiente, la base imponible vendrá determinada por el presupuesto de ejecución material (en el cual no se consideran incluidos los capítulos correspondientes a seguridad y salud y a control de calidad). Y en el caso de actos sujetos a la licencia no contemplados anteriormente y que no necesiten un proyecto técnico visado, dicho artículo indica que la base imponible vendrá determinada por el coste real y efectivo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acotado el significado de la expresión empleada por el legislador, descartando la inclusión en la base imponible de determinados conceptos, y lo ha hecho en el sentido que ahora asume el informe en el que se fundamenta la propuesta de transacción, admitiendo que en la práctica de las liquidaciones impugnadas por la contribuyente se incluyeron conceptos que no deben integrar la base imponible del ICIO y la TLU.

En efecto, en la línea asumida por el informe que avala la propuesta de transacción, el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1999 da respuesta a un recurso de casación para unificación de doctrina declarando que «en la base imponible del ICIO viene determinada por el “coste real y efectivo” o por el “presupuesto de ejecución material” de la construcción, instalación u obra, sin incluirse en la misma los gastos generales, el beneficio industrial del contratista ni los honorarios técnicos por redacción del proyecto ni por la dirección de la obra.»

En la misma dirección la sentencia del Tribunal Supremo de 9 abril de 2012 estima un recurso para la unificación de doctrina y declara que: «el “coste real y efectivo” es el “presupuesto de ejecución material”, y no más. Por tanto, la base imponible del ICIO está constituida por el “coste real y efectivo” de la construcción, instalación u obra, sin que puedan incluirse en aquélla los “gastos generales”, el “beneficio industrial” ni los “honorarios técnicos”, ya de redacción del proyecto, ya de dirección de la obra.»

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 noviembre de 2005 precisa lo siguiente: «El concepto tributario de coste real y efectivo de la obra, en el ICIO, es un concepto estricto del que no forman parte, conforme a reiterada jurisprudencia de la que se hacía eco la sentencia recurrida, los gastos generales, el beneficio industrial y el IVA. Pero, además, entre las partidas que determinan el coste de ejecución material de la obra no se incluyen tampoco el coste de la maquinaria e instalaciones mecánicas (sí el coste de su instalación o colocación); tampoco se incluye el coste de las instalaciones sobre la obra civil. En este sentido nuestras sentencias de 24 de julio de 1999, 15 de abril de 2000, 16 de diciembre de 2003, y 30 de marzo de 2002, ya citada.

En cuanto a la inclusión en el presupuesto de ejecución material de la partida relativa a seguridad e higiene en el trabajo, hemos dicho ya en nuestras sentencias de 15 de abril de 2000, 30 de marzo de 2002 y 16 de diciembre de 2003 que la partida de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aunque haya de incluirse en los proyectos de edificación y obras, es un gasto ajeno al estricto costo del concepto de obra civil y no puede integrar la base del ICIO.”



La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1999 considera que «deben comprenderse, para definir la base imponible del ICIO y, en su caso, también (con las modulaciones correspondientes), de la tasa por licencia de obras, las partidas correspondientes a los equipos, maquinaria e instalaciones que se construyan, coloquen o efectúen -como elementos técnicos inseparables de la propia obra e integrantes del mismo proyecto que sirvió para solicitar y obtener la correspondiente licencia- en el conjunto constructivo de lo que, según ocurre en el caso de autos, va a constituir, o constituye, a modo de un sólo todo (...».

A su vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2013 recuerda la relevancia que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite que la base imponible del ICIO no puede quedar limitada de modo exclusivo al importe del presupuesto de ejecución de la obra civil de instalación, ya que alcanza a los “elementos estables y configuradores de una instalación permanente” frente a los montajes sustituibles.

Puesta en conexión dicha jurisprudencia con el informe de la Agencia Provincial Tributaria de Huelva que avala la propuesta de transacción, consideramos que dicho informe motiva la minoración de la base imponible en lo que se refiere a consumibles, equipos móviles auxiliares, equipos móviles principales, movimientos de tierra, reparación de equipos eléctricos, reparaciones y mantenimiento y tuberías móviles; frente a su inclusión en las liquidaciones impugnadas. De hecho, en su escrito de alegaciones al acta de disconformidad, la mercantil (...), ya había subrayado la improcedencia de incluir en la base imponible de ambos tributos los importes atribuibles a los elementos antes referidos, destacando que en el procedimiento de regularización no se había tenido en cuenta que algunos de los elementos valorados no se hallan unidos de manera permanente al suelo, sino que son móviles y se desplazan según las necesidades. En este sentido, pone el ejemplo de los equipos de bombeo de agua que no forman parte de ninguna instalación y se utilizan cuando hay inundaciones, desplazándolas en ese momento al lugar donde proceda. También se refiere a tuberías que se basan en elementos móviles ubicados sobre el terrenos (dejados caer en superficie), haciendo notar que “no implica cimentación ni obra civil” y señala el error en el que incurre la Administración al considerar parangónables los casos que se abordan en la sentencias que aquélla cita en el procedimiento de regularización, ya que se refieren a elementos unidos de forma permanente al suelo, que no es el caso de los elementos que el contribuyente pretendió excluir de la base imponible.

Se aprecia aquí que el compromiso de transigir llega, como suele ser frecuente, según la doctrina, cuando las posibilidades de obtener un fallo favorable son muy limitadas y la continuación del litigio puede ocasionar un daño mayor para la Entidad

Local. Quizá puede afirmarse que el margen de incertidumbre es escaso para el Ayuntamiento consultante, siendo esa la razón que lleva al informe de Intervención a señalar que “resulta más que previsible que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Huelva, estime la procedencia de dicha reducción de la cuota, en atención a dicho informe, entre otros aspectos, que obran en el expediente judicial y que se considera que deben ser tenidos en cuenta”. Por ello estima que la propuesta de transacción resulta adecuada y beneficiosa para el interés público.

Antes de llegar a esta conclusión se plantea en el expediente la viabilidad de la transacción por razón de la materia. Tal y como se desprende de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 2 noviembre de 2004 (citada en el informe de la Agencia Provincial Tributaria de Huelva), podemos afirmar que la propuesta sometida a dictamen no recae sobre una materia no susceptible de transacción, cosa que ocurriría, como señala dicha sentencia, si la transacción versara sobre la cuantía de la deuda tributaria (que incluye el principal, intereses y en su caso el recargo de apremio) y sobre la procedencia misma de la exacción, dada su indisponibilidad. En esta línea la sentencia considera que el ámbito transaccional propio es de la apreciación o valoración de los hechos económicos conducentes a la determinación de la deuda tributaria.

Señala dicha sentencia que, en el actual marco normativo, puede afirmarse que “no cabe sino admitir la posibilidad de que la Administración llegue a acuerdos transaccionales en el ámbito administrativo y en particular en el tributario que nos ocupa”; marco normativo en el que la sentencia incluye el artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual art. 86.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las administraciones públicas). En este sentido, señala la sentencia que “el hecho de que no haya una normativa que regule específicamente la transacción en los procedimientos de ejecución de deudas tributarias por vía de apremio no empieza a estimar que la normativa citada *ut supra* no cubra de manera suficiente”.

En nuestro caso, ya hemos señalado que el artículo 73.1 de la Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía permite que las entidades locales puedan allanarse a las demandas que afecten a sus bienes y derechos, celebrar transacciones sobre sus bienes o derechos y someter a arbitraje los litigios que se susciten sobre éstos mediante acuerdo del pleno de la corporación con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación. Con las prevenciones antes señaladas en materia tributaria, consideramos que la propuesta objeto de dictamen está fundada en el estricto cumplimiento de la normativa sustantiva tributaria y así lo justifica el informe de la APTH, reconociendo los errores en los que se incurrió en el procedimiento de inspección.



Por lo demás, como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 2 noviembre de 2004, resulta exigible que los acuerdos, convenios o pactos transaccionales no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni lesivos del interés público, lo que conlleva, particularmente, la apreciación de la proporcionalidad de las concesiones recíprocas establecidas.

Aunque no esté expresamente formulada, la idea del equilibrio o proporcionalidad de las recíprocas concesiones debe ligarse al margen de incertidumbre que presenta para las partes el asunto litigioso.

En este plano, el Consejo de Estado ha subrayado que “la transacción no exige igualdad o paridad de concesiones o prestaciones de cada parte, debido a la ductilidad y flexibilidad que caracterizan al pacto transaccional, tanto en sus posibles términos como en cuanto a la finalidad que desean alcanzar con el mismo» (dictamen 3385/1996, de 3 de octubre). Del mismo modo el Consejo de Estado ha destacado que se admite que, frente a una concesión material de una de las partes, la otra haga una concesión puramente moral o inmaterial, que puede incluso consistir en el simple ánimo de eliminar el riesgo o la molestia de un proceso judicial. En efecto, a este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1993 señala lo siguiente: «la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que no constituye requisito esencial de la transacción la entrega recíproca de prestaciones, ya que en ocasiones el designio de poner término a un litigio, soslayar discusiones y no extraer del olvido hechos y actos ya ocurridos, mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances y paridad de condiciones (sentencias de 5 de marzo de 1962 y 30 de octubre de 1989), y aunque si una de las partes no da, promete o cede su derecho, existiría una mera renuncia de la otra, no obstante las prestaciones pueden ser sacrificios de orden moral y no han de tener necesariamente contenido económico (sentencia de 26 de junio de 1969 y 14 de marzo de 1955), radicando sus medios en cierto y recíproco sacrificio de parte de las respectivas posiciones y pretensiones de las partes, con el fin de evitar la provocación de un pleito o poner término al que habían comenzado (sentencia de 26 de abril de 1963) pudiendo afectar la transacción a una relación jurídica no litigiosa, pero susceptible de serlo (sentencias de 9 de marzo de 1948, 19 de diciembre de 1960 y 2 de junio de 1989).”

En el caso aquí examinado, la propuesta de transacción parte de la premisa de que el archivo del procedimiento contencioso-administrativo, “redunda también en beneficio del interés público que ambas representan, en tanto en cuanto la posibilidad de que la impugnación fuere estimada, podría conllevar una significativa imposición de costas, habida cuenta de la cuantía del asunto”. Podría pensarse que los efectos pretendidos son similares a los que se conseguirían con el allanamiento. Sin embargo, si se optara por el allanamiento operaría el criterio sentado en la sentencia del

Tribunal Supremo 1100/2019, 17 de julio, que se pronuncia sobre si, “tras la reforma operada en el artículo 139.1 LJCA por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, resulta o no procedente imponer las costas procesales causadas a la Administración codemandada que se allanó a las pretensiones de la parte demandante en el plazo de contestación a la demanda”, cuestión a la que responde la Sala declarando que: «la regla objetiva del vencimiento es la que deriva de lo dispuesto en ese nuevo artículo, y, por consiguiente, resulta procedente la imposición de costas, salvo criterio subjetivo del juzgador, quien habrá de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso y quien, igualmente, podrá también acudir al apartado 4 del artículo 139 LJCA y antes en el apartado 3 en moderación del criterio objetivo.»

En lo que respecta a la “concesión” a la demandante, hay que señalar que, ciertamente, estamos ante una relevante minoración de 23.620.614,32 euros en la base imponible de ambos tributos, que dará lugar a cuota tributaria significativa menor (1.105.247,08 euros) que la resultante de la suma de las liquidaciones impugnadas (con una cuota tributaria conjunta de 2.451.622,10 euros), a lo que se suma la liquidación de intereses conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la LGT, también prevista en la propuesta de transacción. Sin embargo, ello no es más que la consecuencia del ajuste a tales liquidaciones a la normativa sustantiva, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por esa razón se indica en el informe de Intervención que no se aprecia por el contrario “una merma de expectativas razonables para el erario público, vistos los razonamientos y conclusiones del informe adjunto”.

En cualquier caso, hay que señalar, como viene haciendo el Consejo de Estado en su doctrina, que en la valoración de un proyecto de transacción debe concederse un lugar primordial al interés público que con ella se vaya a realizar, y desde esta perspectiva el Consejo Consultivo considera adecuada y ajustada a Derecho la propuesta examinada. Sin perjuicio de lo anterior, en el acuerdo de transacción debe quedar claro que (...) renuncia no sólo a continuar con la impugnación de los actos objeto del procedimiento contencioso-administrativo referido, sino a cualquier otra acción que le pueda corresponder en relación con la actuación administrativa de la que trae causa la propuesta de transacción.



3. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

3.1. Dictamen 78/24, de 8 de febrero, relativo al recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de un recurso de alzada formulado contra una resolución por la que se deniega el acceso a la renta mínima de inserción social en Andalucía.

El Consejo Consultivo no admite a trámite el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la desestimación presunta de un recurso de alzada, ya que subsiste la obligación de la Administración de resolver dicho recurso.

*Ponencia: Consejera, María del Carmen Mingorance Gosálvez
Letrado, José Luis Martín Moreno*

El examen de la documentación remitida por la Consejería consultante permite afirmar que la tramitación del recurso extraordinario de revisión se ajusta a Derecho, teniendo en cuenta la aplicación de los principios generales de los recursos administrativos contenidos en los artículos 112 y siguientes de la Ley 39/2015, toda vez que los artículos 125 y 126 de la citada Ley no regulan de manera concreta la tramitación del recurso extraordinario de revisión.

La propuesta de resolución de la Dirección General de Protección Social y Barriadas de Actuación Preferente no aprecia ningún obstáculo para el pronunciamiento de fondo y considera que procede la desestimación del recurso extraordinario de revisión, al no concurrir “error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente”, que es el motivo de interposición al que expresamente apela el interesado, con cita del artículo 125.1.a) de la Ley 39/2015. Según la propuesta objeto de dictamen, el interesado estaría confundiendo el error de hecho con el error de derecho (que tampoco existe en este supuesto, por las razones que después se expresan), pretendiendo abrir un debate jurídico a través de un cauce extraordinario de revisión de los actos administrativos.

En este sentido, la propuesta se remite a la doctrina de este Consejo Consultivo sobre la distinción entre el error de hecho y el error de derecho, así como a lo subrayado en numerosos dictámenes sobre la naturaleza excepcional o extraordinaria de este recurso, como su propia denominación indica, que se refleja en la definición

de su objeto y causas de impugnación. En cuanto a la referida distinción, es cierto que este Consejo Consultivo viene subrayando (dictamen 241/2019, entre otros) lo siguiente: “existe una consolidada interpretación jurisprudencial que exige que el error de hecho verse ‘sobre un hecho, cosa o suceso’, es decir, sobre ‘algo que se refiere a una realidad independiente de toda opinión, criterio o particular calificación, poseyendo las notas de ser evidente, indiscutible y manifiesto’ (SSTS de 6 de abril de 1988 y 4 de octubre de 1993, entre otras). En esta dirección, la jurisprudencia ha venido manifestando la inviabilidad de que, con ocasión de la interposición del recurso extraordinario de revisión, se susciten nuevas cuestiones propias de los recursos de carácter ordinario, considerando que de otro modo se superaría el ámbito y naturaleza excepcional del recurso”. Asimismo, en el dictamen 567/2008 destacamos que el recurso extraordinario de revisión ha sido concebido como único recurso frente a los actos firmes en vía administrativa, en contraposición a los recursos ordinarios; carácter extraordinario que justifica que el legislador sólo permita su interposición si concurren los supuestos tasados ya referidos, “que han de ser interpretados de manera estricta para evitar que el recurso extraordinario de revisión pueda ser utilizado como si de un recurso ordinario se tratase, aduciendo frente a actos firmes los más variados motivos de invalidez que pudieran concurrir, con daño para la seguridad jurídica”.

Partiendo de estas premisas procede examinar si en el supuesto objeto de dictamen concurre o no el ‘error de hecho’ al que alude el interesado en su recurso. No obstante, antes de pronunciarnos sobre dicha cuestión es preciso dilucidar si el recurso se interpone contra un acto firme en vía administrativa (arts. 113 y 125.1 de la citada Ley). A este respecto, consta que, tras requerir la Administración diversas aclaraciones en relación con la solicitud del interesado de acceso a la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, regulada por Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre, la Delegación Territorial de la Consejería en Sevilla dictó resolución denegatoria (17 de febrero de 2023), por no cumplirse el requisito del artículo 7.1.e) del Decreto-Ley 3/2017 (disponer la unidad familiar de unos recursos mensuales inferiores a la cuantía que les correspondiera de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía). El interesado presentó dentro de plazo recurso de alzada contra dicha resolución (28 de marzo de 2023), aduciendo error en la aplicación del artículo 7 del Decreto-ley 3/2017, falta de motivación y arbitrariedad en la resolución recurrida, es decir, los mismos motivos que hace valer en el recurso extraordinario de revisión ahora examinado. Dado que la Administración no ha resuelto dicho recurso, resulta de aplicación el artículo 122.2 de la Ley 39/2015, del que resulta que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso de alzada será de tres meses. Transcurrido dicho plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 24.1, tercer párrafo, de la Ley 39/2015.



Así pues, no resulta dudoso que el interesado interpuso recurso extraordinario una vez transcurrido dicho plazo, de modo que lo hizo una vez producidos los efectos del silencio administrativo, entendiendo desestimada su pretensión. En este sentido, el recurrente recuerda que el artículo 122.3 de la Ley 39/2015 establece que “contra la resolución de un recurso de alzada no cabrá otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión, en los casos establecidos en el artículo 125.1 de la Ley 39/2015”. Aunque la interposición de un recurso extraordinario de revisión contra la resolución de un recurso de alzada constituye una suerte de ‘revisión de la revisión’, que acentúa el carácter excepcional de aquel recurso, lo cierto es que estos supuestos vienen siendo examinados en la práctica de los órganos consultivos y cuentan actualmente con el respaldo del legislador. Sin embargo, a juicio de este Consejo Consultivo la aplicación del artículo 122.3 de la Ley 39/2015 debe ceñirse a los supuestos de resolución expresa del recurso de alzada, ya que en los casos de desestimación presunta del recurso de alzada se permite a los interesados formular recurso contencioso-administrativo, pero subsiste el deber de la Administración de dar respuesta expresa al recurso de alzada.

En efecto, el artículo 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispone que el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa. Y el artículo 36.1 de dicha Ley contempla la ampliación del recurso contencioso-administrativo cuando antes de la sentencia se dicte o se tuviere conocimiento de la existencia de algún acto, disposición o actuación que guarde con el que sea objeto del recurso en tramitación la relación prevista en el artículo 34. En este contexto, hay que hacer notar que el mismo artículo prevé en su apartado 4 que será asimismo aplicable lo dispuesto en el apartado 1 del mismo cuando en los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra actos presuntos la Administración dicte durante su tramitación resolución expresa respecto de la pretensión inicialmente deducida. En tal caso, precisa dicha norma, podrá el recurrente desistir del recurso interpuesto con fundamento en la aceptación de la resolución expresa que se hubiere dictado o solicitar la ampliación a la resolución expresa.

La finalidad de la previsión legal que da lugar a la generación del acto presunto frente al silencio de la Administración es facilitar el acceso a la jurisdicción, es decir, abrir la posibilidad de que los interesados ejerzan el derecho a obtener la tutela de jueces y tribunales para que se pronuncien sobre las pretensiones a las que no ha dado respuesta alguna la Administración. Esta configuración del silencio opera en defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a los actos de la Administración, lo cual debe relacionarse, como ha manifestado el Tribunal

Constitucional en reiteradas ocasiones con el derecho de los administrados a que el juez enjuicie los actos administrativos que les afectan (art. 24.1 de la Constitución, CE), controlando la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 de la CE), ya que la Constitución proclama su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1).

Precisado lo anterior, hay que recordar con la jurisprudencia constitucional sentada a partir de la STC 6/1986, de 21 de enero (FJ 3) y resumida en la STC 52/2014, de 10 de abril (FJ 3) que el silencio administrativo de carácter negativo se ha venido configurando como “una ficción legal que responde a la finalidad de que el ciudadano pueda acceder a la vía judicial, superando los efectos de la inactividad de la Administración”. Como reitera la STC 52/201, “la Ley no obliga al ciudadano a recurrir un acto presunto y sí a la Administración a resolver, de forma expresa, la solicitud o el recurso presentado por aquél”. Y en este sentido, el la STC 52/2014 subraya (*ibidem*) lo siguiente: “Si el silencio negativo es una institución creada para evitar los efectos paralizantes de la inactividad administrativa, es evidente que ante una resolución presunta de esta naturaleza el ciudadano no puede estar obligado a recurrir, siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento con el acto presunto, exigiéndosele un deber de diligencia que no le es exigido a la Administración” (STC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 6, en un razonamiento reafirmado luego en incontables supuestos). Es decisiva la apreciación de que “la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos, deber éste que entraña con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), así como con los valores que proclaman los arts. 24.1, 103.1 y 106.1 CE” (SSTC 86/1998, de 21 de abril, FJ 5; 71/2001, de 26 de marzo, FJ 4, y 188/2003, de 27 de octubre, FJ 6)”.

El propio recurrente cita en su escrito de interposición del recurso extraordinario de revisión el artículo 21 de la Ley 39/2015, en el que se plasma un deber general que obliga a la Administración a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

Siendo así, dado que el interesado interpuso un recurso ordinario, el recurso de alzada que formuló en plazo y forma, y dicho recurso se halla pendiente de resolución expresa, consideramos que la reproducción de los motivos de impugnación en alzada, empleando la vía del recurso extraordinario de revisión, no es acorde con el espíritu del artículo 122.3 de la Ley 39/2015, subsistiendo como subsiste la obligación de la Administración de resolver el recurso de alzada. En estos supuestos, no resulta lógico admitir la interposición del recurso extraordinario de revisión, con idéntico motivo de impugnación que el planteado en alzada, y sin que exista ninguna circunstancia sobrevenida que permite un nuevo enjuiciamiento de la cuestión de fondo en el



estricto marco del artículo 125.1 de la Ley 39/2015. Así pues, por las razones antes expresadas consideramos que procede inadmitir el recurso de extraordinario de revisión y dar respuesta al recurso de alzada, que, a diferencia del recurso extraordinario de revisión, puede fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley 39/2015, como claramente indica el artículo 112.1 de dicha Ley.

La propia Consejería consultante aclara que, en cumplimiento de la obligación legal de resolver contenida en el artículo 21 de la Ley 39/2015, dictará resolución expresa del recurso de alzada interpuesto y la notificará a don (...). No obstante, afirma que no lo hará de manera inmediata para guardar en el despacho de expedientes el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia en el expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.2 de la citada Ley. Y en este sentido se indica que actualmente se están estudiando los recursos de alzada interpuestos en el primer semestre del año 2022, “por lo que la resolución expresa del recurso de alzada, aún no ha tenido lugar”.

Una vez tramitado el recurso que ahora nos ocupa y examinada con todo detalle la cuestión de fondo, considerando lo anteriormente razonado sobre la respuesta que debería darse al recurso extraordinario de revisión, el Consejo Consultivo estima que no sólo no existe obstáculo, sino que resulta aconsejable y acorde con los principios generales del artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el “derecho a una buena administración”, garantizado por el artículo 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que en una única resolución se inadmita el recurso extraordinario de revisión y se desestime el recurso de alzada por los motivos que se exponen en la propuesta objeto de dictamen. Dicha denegación debe hacerse superando la escueta motivación que se dio en la resolución denegatoria impugnada en alzada. Es probable que el interesado no entendiera por qué se le denegaba el acceso a la prestación, pues el motivo que expresa literalmente el acuerdo denegatorio es el de “disponer la unidad familiar de recursos mensuales inferiores a la cuantía que les corresponde de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, según Art. 7.1.e) del Decreto-Ley 3/2017 (...).”

Lo que se cuestiona es si en el expediente queda acreditado que el interesado percibía unos ingresos económicos superiores al umbral máximo permitido de conformidad con el referido precepto. Ahora sí se precisa que, encontrándose la unidad familiar formada por una sola persona, sería de 451,64 euros mensuales, de acuerdo con el IPREM vigente en la fecha de presentación de la solicitud. La propuesta dictaminada aclara que consta que en el mes siguiente al de presentación de la solicitud, el interesado percibió unos ingresos por importe de 463,21 euros.

La misma propuesta subraya que la redacción del artículo 7.1.e) citada por el interesado, en la que el importe a comprobar para determinar el acceso o mantenimiento de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía se determina de acuerdo con el importe anual de las pensiones no contributivas fijadas anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado vigente en la fecha de presentación de la solicitud, “no resulta de aplicación al presente caso, ya que se trata de una redacción que entró en vigor el día siguiente al de la publicación del Decreto-ley 14/2022, de 20 de diciembre, por el que se adoptan medidas de carácter extraordinario y urgente en materia de Renta Mínima de Inserción Social, bono social térmico y de simplificación de los procedimientos de expedición del título de familia numerosa y de atención a las personas con discapacidad en Andalucía, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, que se produjo el 27 de diciembre de 2022”. Y, ciertamente, de conformidad con la disposición transitoria primera de dicha disposición, “la modificación del Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, no será de aplicación a los procedimientos de solicitudes iniciales y de ampliación de esta prestación económica que se encuentren iniciados y pendientes de resolución en la fecha de entrada en vigor del presente Decreto-ley”.

Finalmente, y en relación con lo que acabamos de exponer, invitamos a realizar una reflexión sobre la mejora de la motivación de los actos administrativos que se dictan en este ámbito, para facilitar la comprensión de los mismos por parte de sus destinatarios. Si bien la motivación no tiene que ser prolífica o extensa, sí debe ser suficiente para que los interesados puedan entender las razones que fundamentan las decisiones de la Administración, garantizando la legalidad y la transparencia en la actuación administrativa, así como, en su caso, que los potenciales beneficiarios de estas prestaciones puedan impetrar la tutela de sus derechos e intereses legítimos.



3.2. Dictamen 750/24, de 10 de octubre, relativo al recurso extraordinario de revisión interpuesto contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Otura (Granada) por el que se deniega una licencia de obras.

En este dictamen se estudia por una parte si el silencio administrativo tiene consecuencias en la apreciación de la firmeza de un acto administrativo y, por otra, se analiza la delimitación entre el recurso extraordinario de revisión y la revocación.

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

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo en relación con el procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Otura (Granada) relativo al recurso extraordinario de revisión interpuesto por doña (...), contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 1 de octubre de 2021, por el que se deniega la licencia de obras solicitada para la construcción de vivienda unifamiliar y piscina privada en la urbanización (...), parcela (...), de la Villa de Otura, con referencia catastral 2041106VG4024S0001ML.

En este caso, aunque la interesada señala que el acto recurrido (denegatorio de la licencia) ha adquirido firmeza en la vía administrativa, ella misma manifiesta que interpuso recurso de reposición contra el acto en cuestión el 28 de octubre de 2021, sin que se haya notificado resolución expresa. En su escrito alega que el recurso de reposición debió ser resuelto en el plazo de un mes, de conformidad con lo establecido en el artículo 124.2 de la Ley 39/2015. Partiendo de esta premisa la interesada subraya que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de dicha Ley, la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación. También aduce que el sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados, como resulta del artículo 24.1 de la Ley 39/2015. Siendo cierto lo anterior, hay que precisar que el hecho de que haya operado el silencio administrativo desestimatorio, sin que la interesada lo haya impugnado, no convierte el acto impugnado en un acto firme en vía administrativa, ya que el recurso ordinario se halla presentado, sin que la Administración haya dado respuesta al mismo, y, como señala la propia interesada, dicho silencio no exime a la Administración de la

obligación de resolver. En esta dirección recordamos, *mutatis mutandis*, la doctrina que estableció el Tribunal Constitucional en relación con la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio, precisando que no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya que tras la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común operada en 1999, “en los supuestos de silencio negativo ya no existe acto administrativo alguno finalizador del procedimiento (...) ni un acto administrativo denominado ‘presunto’ basado en una ficción legal como se desprendía de la redacción originaria de la Ley 30/1992” (STC 52/2014, de 10 de abril). En efecto, así puede comprobarse hoy en el artículo 21 de la Ley 39/2015 y, además, la Administración sigue estando obligada a resolver expresamente, sin vinculación al sentido desestimatorio del silencio [actualmente art. 21.1 en relación con art. 24.3.b) de la Ley 39/2015].

Por tanto, no puede considerarse que el acto era firme cuando la interesada presentó el recurso extraordinario de revisión. Sin embargo, consta en el expediente que la Junta de Gobierno Local adoptó acuerdo el 22 de abril de 2022, desestimatorio del recurso potestativo de reposición presentado contra la denegación de la licencia de obras derivada del expediente 2197/2021, por entender que la presentación de documentación adicional con posterioridad a la adopción del acuerdo por el órgano municipal competente, no puede desvirtuar la decisión acordada, ya que esta se adopta de conformidad con la documentación incorporada al expediente en el momento de dictarse dicha resolución. Según se desprende del expediente la interesada no impugnó dicho acto, dejando que ganara firmeza. Posteriormente, el 29 de abril de 2024 reitera la interposición del recurso extraordinario de revisión en los mismos términos que el anteriormente presentado, adjuntando nuevamente documentación. En atención al nuevo escrito, presentado ya contra un acto firme, entramos a conocer la cuestión de fondo.

Por otro lado, en lo que atañe al procedimiento seguido por el Ayuntamiento de Otura, debemos recordar que resultan de aplicación los principios generales de los recursos administrativos, contenidos en los artículos 112 y siguientes de la Ley 39/2015, ya que los artículos 125 y 126 de la citada Ley no regulan de manera concreta la tramitación del recurso extraordinario de revisión. En este caso se han incorporado al expediente los antecedentes necesarios para el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, y se acredita la emisión de informe jurídico por la Secretaría municipal, así como la notificación a la interesada del trámite de audiencia que se acompaña de certificado emitido por la Secretaría municipal en el que se hace constar que no se han presentado alegaciones.



IV

En lo que respecta a la cuestión de fondo, recordamos que el recurso se dirige frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 1 de octubre de 2021, por el que se deniega la licencia de obras solicitada para la construcción de vivienda unifamiliar y piscina privada en la urbanización (...).

La interesada aduce que el acto se dictó incurriendo en error de hecho, dado que las deficiencias observadas en el informe técnico municipal fueron corregidas voluntariamente, razón por la que se solicita que se continúe con la tramitación de la licencia de obras solicitada el 27 de julio de 2021, dictándose resolución por la que se retrotraigan las actuaciones al momento en el que se presentó el nuevo proyecto de obra, de manera que sea concedida la licencia.

Sin embargo, hay que hacer notar que el artículo 125.1.a) de la Ley 39/2015 se refiere a la comisión de un error de hecho en el acto dictado que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. Como indicamos en nuestro dictamen 512/2024, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, el error de hecho debe versar sobre “un hecho, cosa o suceso, es decir, algo que se refiere a una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, debiendo ser excluido lo relativo a cuestiones jurídicas, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración de pruebas e interpretación de las disposiciones legales y calificaciones que puedan establecerse” (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1993 que posteriormente ha sido reiterada en numerosas ocasiones). Dicho en otros términos, “el ‘error de hecho’ debe ser indiscutible, evidente y manifiesto con realidad independiente, como se ha expuesto, de la opinión o criterio de interpretación de las normas jurídicas y pudiendo observarse de los meros datos del propio expediente administrativo”. Tal y como señalamos en dicho dictamen, el segundo de los requisitos citados exige que el error de hecho resulte de los documentos obrantes en el expediente, de manera que es preciso que el documento sobre el que recae el error formase parte del expediente en el momento de resolver, circunstancia que no concurre en este caso. Precisamente por ello se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la interesada, como ya hemos señalado, dado que la decisión sólo podía adoptarse teniendo en cuenta la documentación incorporada al expediente en el momento de dictarse dicha resolución.

En el recurso extraordinario de revisión examinado se subraya que el artículo 16.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, aprobado por Decreto 60/2010 de 16 de marzo, establece que “si del contenido de dichos informes resultasen deficiencias subsanables, con carácter previo a la redacción de la propuesta

de resolución, se requerirá al solicitante por una sola vez, con indicación de las deficiencias detectadas y de los preceptos de la normativa urbanística infringidos, para que, en plazo no superior a un mes, pueda subsanarlas”. La parte recurrente considera que debió aplicarse este precepto por tratarse de deficiencias subsanables, pero subraya que no recibió requerimiento alguno de subsanación en relación con los motivos que fundamentan la denegación de la licencia de obras. Según el recurso la deficiencia observada en el proyecto era subsanable y así se hizo voluntariamente por ésta con la presentación de un nuevo proyecto (7 de octubre de 2021) en el que se corregían esas deficiencias.

La propuesta de resolución, sin atenerse al recurso formulado por la interesada, considera que procede la revisión del acto administrativo por concurrir causa de nulidad. Concretamente, por haberse dictado la licencia “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...)” y en este sentido subraya que se prescindió del trámite de subsanación previsto en el artículo 302 del Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, aprobado por Decreto 550/2022, de 29 de noviembre.

Pues bien, este Consejo Consultivo entiende que no procede resolver un recurso extraordinario de revisión con una declaración de nulidad, sino que lo que procede es la aplicación del artículo 109.1 de la Ley 39/2015, dado que la denegación de la licencia es un acto desfavorable y en tal caso, el referido precepto permite a las administraciones públicas revocarlo, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

En suma, procede desestimar el recurso extraordinario de revisión, sin perjuicio de que el Ayuntamiento consultante acuerde de oficio la revocación del acuerdo denegatorio de la licencia por la infracción producida en la tramitación de la misma, que vicia dicho acto de anulabilidad.



4. REVISIÓN DE OFICIO

4.1. Dictamen 344/2024, de 30 de abril, sobre el procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad de una resolución desestimatoria de un recurso de reposición interpuesto frente a la liquidación provisional que trae causa de la inspección practicada por la ATA en Almería en relación con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En este supuesto se produce una infracción de la normativa que regula las notificaciones electrónicas, cuya validez depende del efectivo cumplimiento de los presupuestos que permiten su práctica, y de las garantías establecidas por el legislador para evitar que los actos comunicados por medios electrónicos ocaſionen indefensión.

*Ponencia: Consejera, María Luisa Roca Fernández-Castanyas
Letrado, José Luis Martín Moreno*

La Excma. Sra. consejera de Economía, Hacienda y Fondos Europeos solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de revisión de oficio de la notificación de la resolución desestimatoria del recurso de reposición R201040008952, interpuesto por don (...) frente a la liquidación provisional y comprobación de valores que trae causa de las actuaciones de inspección practicadas por la Gerencia Provincial de la Agencia Tributaria de Andalucía (ATA) en Almería en relación con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones devengado por fallecimiento de doña (...), acaecido el 1 de julio de 2016.

Hay que hacer notar, en lo que respecta a la cuestión de fondo, que la causa que motiva la solicitud de revisión de oficio y los razonamientos empleados por el obligado tributario para solicitarla son idénticos a los que dieron lugar al dictamen 343/2024, en el que concluimos que la práctica defectuosa de la notificación del recurso de reposición interpuesto por otro heredero contra la liquidación provisional y la comprobación de valores derivada de las actuaciones inspectoras en el expediente del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones generado por el fallecimiento de doña (...), lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva del interesado. En estos supuestos, que impiden al obligado tributario la defensa de su derecho, procede la declaración de nulidad por aplicación de la causa prevista en el artículo 217.1.a) de la LGT, tal y

como señalamos en nuestro dictamen 577/2022, citado en el informe que emite la Asesoría Jurídica de la ATA.

Siendo así, la misma solución debe darse en el supuesto ahora examinado, en aras de la unidad de doctrina y de la igualdad de trato de los interesados al dar respuesta a solicitudes idénticas en lo sustancial. Por ello, en los párrafos siguientes, reproducimos, *mutatis mutandis*, los razonamientos empleados en el dictamen 343/2024.

El representante del contribuyente que insta la revisión de oficio invoca las causas de nulidad previstas en el artículo 217.1, párrafos a), e), f) y g), de la LGT; calificación que asocia a la actuación de la Administración, que comunicó al correo electrónico del representante “la apertura de oficio de la DEHÚ a nombre del representado, sin estar este obligado a comunicarse por medios electrónicos con la Administración”. Tal proceder habría impedido recurrir la desestimación del recurso de reposición, dando lugar a que adquiriera firmeza el acto notificado.

El representante del interesado aduce que el acto en cuestión se habría practicado “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido” y “lesionando derechos susceptibles de amparo constitucional”. Aunque la argumentación de la solicitud de revisión de oficio se centra en las diversas irregularidades que se atribuyen a la notificación y no es muy precisa a la hora de justificar el encaje de los vicios que se alegan en las causas de nulidad del artículo 217.1 de la LGT, entendemos que la referencia a la lesión de derechos susceptibles de amparo constitucional apunta a la lesión de la tutela judicial efectiva, como hemos adelantado. A este respecto recordamos que el Consejo Consultivo viene señalando la relevancia que puede tener el incumplimiento de las exigencias formales de la comunicación de actos administrativos, como instrumento de garantía al servicio del principio de contradicción y del derecho a la defensa. Como indicamos en nuestro dictamen 511/2017, el vicio de nulidad puede apreciarse en supuestos muy cualificados cuando la infracción de determinadas formalidades acarrea una sustancial alteración del *iter* procedimental o indefensión, frustrando el derecho de los obligados tributarios a la defensa de sus derechos. Nuestra doctrina se ha venido inspirando en la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo sobre los supuestos en los que los vicios de las notificaciones administrativas pueden acarrear la nulidad de los actos combatidos en sede de revisión de oficio.

En el supuesto que nos ocupa, salta a la vista la existencia de una infracción de la normativa reguladora de las notificaciones electrónicas, cuya validez depende del efectivo cumplimiento de los presupuestos que permiten su práctica y de las garantías establecidas por el legislador para evitar que los actos objeto de comunicación por medios electrónicos den lugar a indefensión.



Antes de referirnos a dicha infracción, hay que hacer notar que la Administración no podía desconocer las consecuencias jurídicas del apoderamiento realizado por el obligado tributario. En efecto, el expediente permite comprobar que el recurso de reposición del interesado frente al “acta de inspección, comprobación de valores y liquidación provisional” fue presentado electrónicamente por su abogado (la representación queda acreditada mediante convenio del Colegio de Abogados de Almería), que expresa su domicilio y su correo electrónico. La propia Administración Tributaria había instruido al contribuyente con anterioridad sobre su derecho a designar representante. Se trata de un derecho que tiene su formulación general en el artículo 53.1.g) de la Ley 39/2015, en el que se reconoce que los interesados tienen derecho a “actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses”. En efecto, el artículo 46.1 de la LGT establece que: “Los obligados tributarios con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante que podrá ser un asesor fiscal, con el que se entenderán las sucesivas actuaciones administrativas salvo que se haga manifestación expresa en contrario”. El artículo 214.1 de la LGT señala que en los procedimientos especiales de revisión, recursos y reclamaciones previstos en su título V resultan de aplicación las normas sobre capacidad y representación establecidas en la sección 4.^a del capítulo II del título II de la misma Ley, y las normas sobre prueba y notificaciones establecidas en las secciones 2.^a y 3.^a del capítulo II del título III de la propia LGT. Y el artículo 110.1 de la LGT establece que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar señalado a tal efecto por el obligado tributario o su representante o, en su defecto, en el domicilio fiscal de uno u otro.

El corolario lógico del derecho reconocido en el artículo 46.1 de la LGT es la obligación de la Administración de actuar en consecuencia, sin desconocer el alcance de la representación, de manera que, una vez otorgado y aceptado el apoderamiento, incluyendo la recepción de comunicaciones y notificaciones, la Administración debe remitir la notificación al representante; obligación que no puede transformarse en una libre elección del destinatario y modo de realizar la notificación, como si ésta fuese intercambiable en dichos extremos. Si se aceptara semejante planteamiento se crearía una ceremonia de confusión en la que saldría malparada la seguridad jurídica. En este contexto se explica que la solicitud invoque la protección de la confianza legítima y cite diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo, de las que se desprende algo obvio, cual es que la Administración debe actuar respetando la relación de representación con todas sus consecuencias.

En este caso, está fuera de toda duda que el contribuyente no está obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración y, desde luego, no pasa a estarlo por el hecho de haber otorgado el apoderamiento en favor de un profesional, que sí

está obligado a relacionarse electrónicamente con la misma, como deriva del artículo 14.2 de la Ley 39/2015, cuyo párrafo c) se refiere a quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las administraciones públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. El representante voluntario, interviene como abogado del contribuyente y consta que figuraba adherido al convenio de colaboración social entre la ATA y el Colegio de Abogados de Almería. Dicho abogado representa a una persona física no obligada a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, aunque pudiera hacerlo voluntariamente, pudiendo modificar el medio elegido en cualquier momento, de conformidad con lo que dispone el artículo 14.1 de la Ley 39/2015.

Sin embargo, la Administración puso la notificación a disposición del obligado tributario y no de su representante, asignándole a aquél, de oficio, una dirección electrónica habilitada única, DEHú, infringiendo de manera patente la regulación legal. En efecto, así lo describe la propuesta de resolución objeto de dictamen: “(...) resulta evidente que la Administración cometió un error a la hora de notificar de forma electrónica al obligado tributario, el cual no estaba obligado a ello. Parece que la intención de la Administración era notificar la resolución del recurso de reposición al representante a través de su DEHú, ya que éste sí estaba obligado a relacionarse por medios electrónicos. De hecho, se realizó un aviso de la notificación al correo electrónico del mismo. No obstante, en lugar de ponerla a disposición del mismo, lo hizo a la dirección electrónica del representado, dándole previamente de alta en la plataforma sin que este lo hubiese solicitado”.

Como indica la propuesta de resolución, dicha actuación dio lugar a que “la puesta a disposición de la resolución del recurso de reposición fue defectuosa, pues al tener el acceso a la Dirección Electrónica Habilitada Única un carácter personal y restrictivo, la única persona habilitada para acceder al contenido de la misma era el obligado tributario, persona física que, en ningún caso estaba obligado a relacionarse por medios electrónicos, siendo del todo imposible que el representante accediese al contenido de la misma”. La misma propuesta subraya que en el propio documento de la notificación, figura un DNI que no es el del representante, sino el del representado, lo que vendría a confirmar el fallo antes referido.

Sin necesidad de entrar en las irregularidades denunciadas en la solicitud de revisión de oficio con respecto al procedimiento seguido para la inclusión del contribuyente en el sistema de Dirección Electrónica Habilitada Única, al faltar la premisa legal para dicha inclusión y no haberse realizado la notificación al representante, facultado para la recepción de la misma, que necesariamente debía producirse por medios electrónicos (en su condición de representante del



contribuyente, que interviene en calidad de abogado ejerciente), consideramos que la notificación en cuestión se halla viciada de nulidad, por lo que procede retrotraer las actuaciones para que se proceda a la notificación de la resolución del recurso de reposición, restableciendo al interesado en su derecho a poder impugnar dicha resolución si lo estima procedente.

4.2. Dictamen 443/2024, de 23 de mayo, sobre el procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad de una resolución de la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos por la que se reconoce al interesado el tiempo de servicios prestado en otro país de la Unión Europea.

El Consejo Consultivo concluye en este dictamen que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resultan computables los servicios prestados como maestro en otro país de la Unión Europea.

*Ponencia: Consejero, Luis Manuel García Navarro
Letrado, José Luis Martín Moreno*

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo, sobre el procedimiento tramitado por la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, para la revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos, de 8 de febrero de 2023, por la que se reconoce, con carácter definitivo, el tiempo de servicios prestados en otra Administración educativa a don (...).

Seguidamente procede dilucidar si la Resolución de 8 de febrero de 2023, de la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos, por la que se reconoce a don (...), con carácter definitivo, el tiempo de servicio prestado en otra Administración educativa incurre en el vicio de nulidad previsto en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015.

Lo que viene a concluir la Consejería consultante es que la resolución en cuestión reconoció improcedentemente al interesado como tiempo de servicio la experiencia docente de cinco años y quince días adquirida en un centro educativo del Reino Unido (Hampden Gurney, Church of England Primary) entre el 1 de septiembre de 2015 y el 15 de septiembre de 2020.

La propuesta de resolución dictaminada señala que la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración pública, prevé en su artículo 1.2 que serán reconocibles todos los servicios retribuidos prestados al Estado Español, en cualquiera de sus administraciones; requisito que no



se cumpliría en este caso, “puesto que los servicios cuyo reconocimiento pretende no han sido prestados en ninguna de las administraciones del Estado Español, entendidas estas como los órganos de la Administración General del Estado y de las administraciones de las comunidades autónomas competentes en materia educativa, tal y como establece el apartado 2 del artículo 2.bis de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación”.

A juicio de la Consejería consultante, lo anterior desvirtúa la argumentación esgrimida por el Sr. (...) en sus alegaciones formuladas, en las que pretende que se realice “una interpretación amplia” del concepto las administraciones públicas considerando que en dicho concepto “están incluidos aquellos organismos o entidades que pueden entenderse integrados en las administraciones públicas de los estados miembros de la Unión Europea, a los efectos de reconocimiento de servicios previos al amparo de lo regulado en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre”. De acuerdo con la argumentación empleada en la propuesta de resolución, en el supuesto que nos ocupa cabría concluir que “no queda, por tanto, suficientemente acreditada su condición de funcionario interino de alguna de las administraciones educativas del Estado Español según establece el apartado 2 del artículo 2.bis de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación”. Por dicho motivo la propuesta sostiene que la resolución objeto de revisión habría dado lugar a la adquisición de derechos o facultades, careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, como se ha dicho.

Expuesto lo anterior, conviene traer a colación lo dicho en relación con esta causa de nulidad, teniendo en cuenta que este Consejo Consultivo ha venido señalando desde su creación que la apreciación de las causas de nulidad deben ajustarse a los criterios interpretativos de moderación y cautela, suministrados por la abundante doctrina y la jurisprudencia en esta materia. En efecto, como indicamos en nuestro dictamen 11/2024 en numerosas ocasiones hemos destacado que el legislador, al regular la invalidez de los actos administrativos, ha reservado la nulidad a los vicios más graves, mientras que las restantes infracciones del ordenamiento jurídico se sancionan con la anulabilidad, la cual se descarta también por el legislador en los defectos de forma, salvo que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. Por ello, a partir de nuestro dictamen 6/1997 indicamos 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 simple anulabilidad.

En esta dirección hemos venido recordando que si no se hace una interpretación rigurosa y mesurada de las causas de nulidad se corre el riesgo de confundir las

categorías jurídicas y la propia gradación que el legislador ha establecido al regular la invalidez de los actos administrativos, con grave riesgo para la seguridad jurídica. Volvemos a insistir en que lo anterior es especialmente predecible de la causa de nulidad consistente en la adquisición de derechos o facultades “careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición”, cuyos perfiles, poco nítidos, se prestan a interpretaciones que pueden poner en peligro el delicado equilibrio entre los cauces previstos para el restablecimiento de la legalidad que se estima conculcada y la seguridad jurídica.

La citada causa de nulidad se contempló por primera vez en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y su origen se explica como respuesta a la problemática planteada por la adquisición de derechos por silencio administrativo, especialmente en el ámbito urbanístico, al constatarse una amplia controversia al respecto, aunque el legislador extendió dicha causa de nulidad a los actos expresos que dan lugar a la adquisición de derechos o facultades careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

En todo caso, como indicamos en el dictamen 566/2019 (entre otros muchos), conviene subrayar que la referida causa de nulidad de pleno derecho no puede identificarse con el dictado de actos contrarios al ordenamiento jurídico incurso en vicios de anulabilidad.

En esta misma línea, como se recuerda en el dictamen 274/2007, cabe destacar lo expuesto por este Consejo Consultivo en sus dictámenes 175 y 176/1999, en los que, considerando la gravedad y consecuencias que toda nulidad comporta, se insistía en la cautela y medida que debe presidir la aplicación de esta causa de nulidad, advirtiendo que el legislador “utiliza un concepto jurídico indeterminado que el intérprete tiene que precisar caso por caso”.

En el supuesto que nos ocupa, el acto en cuestión se dicta en el contexto de una convocatoria para la cobertura, con carácter provisional, de puestos de trabajo docentes vacantes. El Decreto 302/2010, de 1 de junio, por el que se ordena la función pública docente y se regula la selección del profesorado y la provisión de los puestos de trabajo docentes, contempla la selección del personal funcionario interino de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y en este contexto se prevé que la Consejería competente en materia de educación creará bolsas de trabajo por cada una de las especialidades de los cuerpos docentes; bolsas de trabajo que, según su artículo 18.2, estarán integradas por el personal funcionario interino con tiempo de servicio a que se refiere la disposición adicional cuarta, así como por el personal aspirante a un puesto de trabajo en régimen de interinidad seleccionado en la forma a que se refieren los artículos 19, 20 y 22.



Del artículo 21 del Decreto 302/2010 (destinado a regular la ordenación en las bolsas de trabajo) se deriva que el personal integrante de dichas bolsas de trabajo se ordenará en la bolsa de trabajo correspondiente al cuerpo y especialidad en función de la puntuación obtenida por la aplicación del baremo que se establecerá por Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de educación. De conformidad con lo anterior se dictó la Orden de 10 de junio de 2020, por la que se regulan los procedimientos de provisión, con carácter provisional, de puestos de trabajo docentes, la movilidad por razón de violencia de género y víctimas de terrorismo, las bolsas de trabajo docentes, así como las bases aplicables al personal integrante de las mismas, en cuyo título II se regulan las bolsas de trabajo de personal funcionario interino y personal aspirante a interinidad. En su artículo 36.2 se dispone que “los servicios prestados en centros públicos serán objeto de reconocimiento a través de las resoluciones por las que se hagan públicas las bolsas de trabajo docentes a que se refiere este artículo”, añadiéndose que “en las referidas resoluciones se reconocerán, en su caso, los servicios prestados en cualquier Administración educativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.8”. Al ocuparse de la ordenación de las bolsas de trabajo y la permanencia en las mismas, el artículo 46.1.a) de la Orden establece que la ordenación del personal funcionario interino se hará “en función del tiempo de servicios en centros públicos reconocido por la Administración educativa andaluza”. Asimismo, el apartado 8 del artículo 46 dispone lo siguiente: “De conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Decreto 302/2010, de 1 de junio, el reconocimiento de los servicios prestados en cualquier Administración educativa tendrá lugar, una vez que la persona interesada, siguiendo el orden con que figure en las bolsas, haya comenzado a prestarlos en la Administración Educativa Andaluza. Para ello, la Dirección General competente en materia de recursos humanos establecerá un plazo durante el mes de octubre de cada año para solicitar dicho reconocimiento. A tal efecto, el reconocimiento se hará efectivo por resolución de la Dirección General competente en materia de recursos humanos, previa solicitud de la persona interesada durante el plazo habilitado al efecto. Dicha resolución de reconocimiento surtirá efectos en las bolsas correspondientes el 1 de septiembre del curso siguiente al de la fecha de la referida resolución”.

En este caso, dentro del plazo establecido en la correspondiente resolución, el interesado cumplió el modelo denominado: “Reconocimiento de tiempo de servicio en cualquier Administración educativa”, solicitando el reconocimiento del tiempo de “servicios prestados en un centro educativo público de un país miembro de la Unión Europea” (pág. 23 del expediente). Concretamente, como ya hemos dicho, solicita el reconocimiento de la función docente ejercida en el centro educativo Hampden Gurney, Church of England Primary, entre el 1 de septiembre de 2015 y el 15 de septiembre de 2020.

Hay que hacer notar que en la resolución provisional de la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos publicada el 13 de diciembre de 2022, sobre reconocimiento de tiempo de servicio en otras administraciones, no se reconoció al solicitante dicho período de servicios por los motivos G (“no aporta certificado acreditativo de los servicios prestados u hoja de servicios”) y J (“el tiempo solicitado no es objeto de esta convocatoria”). Sin embargo, el interesado vio reconocidos dichos servicios al admitirse las alegaciones formuladas contra la mentada resolución provisional. En dichas alegaciones, expone que sí aportó certificado acreditativo de los servicios prestados como maestro (asignaturas de arte y diseño, español y matemáticas), en contra de lo que se dice en la resolución provisional desestimatoria. En este sentido, subraya que aportó certificado del Westminster City Council, firmado y sellado por la inspección educativa correspondiente, junto con traducción jurada y Apostilla de la Haya, así como reconocimiento de dicho período de servicios por el Ministerio de Educación.

En cuanto al motivo de desestimación consistente en que “el tiempo solicitado no es objeto de esta convocatoria”, el interesado alega que sí lo es, pues se trata de cinco años como docente en un centro público, perteneciente a la red pública de educación de Reino Unido.

Llegados a este punto, debemos destacar que tales alegaciones fueron admitidas por la Consejería consultante y ello dio lugar al reconocimiento, con carácter definitivo, del tiempo de servicios prestados por don (...) en el centro educativo Hampden Gurney, Church of England Primary.

A este respecto, debe recordarse que tales alegaciones responden al derecho del interesado a “interponer las reclamaciones o alegaciones que se estimen oportunas” frente a la resolución provisional de reconocimiento de servicios previos y al deber de la Administración consultante de aprobar el reconocimiento definitivo de servicios prestados en cualquier Administración educativa, “una vez resueltas las reclamaciones presentadas”. Así se prevé en la base cuarta, apartado 2, de la Resolución de la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos de 14 de octubre de 2022, por la que se establece el procedimiento para el reconocimiento de los servicios prestados en cualquier Administración educativa para el personal funcionario interino integrante de las bolsas de trabajo docentes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional. Esa es la trascendencia de la Resolución de 8 de febrero de 2023, dictada por la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos, admitiendo las alegaciones del interesado. Y aunque ello no veda la posibilidad de revisar de oficio la resolución definitiva, si ésta se halla viciada de nulidad, lo cierto es que lo que ahora se postula en la propuesta de resolución dictaminada es una suerte de “revisión de la revisión”, y ello acentúa el ya



de por sí carácter excepcional de la revisión de oficio, tal y como este Consejo Consultivo ha expuesto en supuestos similares, obligando a la Administración a redoblar el esfuerzo argumental que de ordinario debe realizar cuando pretende declarar de oficio la nulidad de los actos declarativos de derechos.

No resulta controvertido que los servicios en cuestión se prestaron en un centro público, perteneciente a la red pública de educación de Reino Unido, como alega el interesado. Asimismo, el interesado no sólo aportó certificado del Westminster City Council, sino que también adjuntó a su solicitud telemática a través del Sistema de Provisión de Interinidades (SIPRI) certificado del Ministerio de Educación y Formación Profesional, que responde al modelo denominado “certificación de servicios previos”. En él, la subdirectora general de personal certifica la exactitud de la prestación de servicios docentes en el Reino Unido por parte del interesado, durante el período ya referido en este dictamen; servicios que fueron prestados en el centro educativo Hampden Gurney, Church of England Primary, según los “antecedentes obrantes en dicho Departamento Ministerial”. Tal y como reconoce la propuesta de resolución dictaminada, dicho certificado daría cumplimiento a lo previsto en el apartado 2 de la base tercera (‘documentación acreditativa’) de la resolución de 14 de octubre de 2022.

El informe de la letrada de la Junta de Andalucía, jefa de la Asesoría Jurídica de la Consejería consultante plantea una duda no resuelta en la propuesta de resolución en los siguientes términos: “Si como hemos visto, normativamente se exige en estos casos que los servicios prestados se acrediten mediante un certificado u hoja de servicios expedidos por los órganos competentes de las correspondientes administraciones educativas (entendidas estas tal y como establece el apartado 2 del artículo 2.bis de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación), ante esa manifestación surge la duda de si -reconociéndose en el presente caso que consta esa hoja de servicios correspondientemente expedida lo que pudiera haber generado el error y la confusión sea el propio documento del Ministerio y si desde la Administración autonómica se pudiera llegar a obviar o discutir las manifestaciones y los efectos de las valoraciones del propio Ministerio competente. En línea con dichas dudas se presentan alegaciones expuestas de contrario que no han sido objeto de análisis debido, a nuestro entender, en la propuesta de resolución remitida”.

Efectivamente, el interesado alega que el certificado del Ministerio fue emitido en virtud de la Ley 70/1978 y resulta conforme con el Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio, por el que se dictan normas de aplicación de la Ley 70/1978, de manera que despliega plenos efectos, gozando de validez y eficacia, dado que no ha sido revocado por la administración emisora.

Es cierto que la base 3.2 de la Resolución de 14 de octubre de 2022 se refiere a certificados u hojas de servicios expedidos por órganos competentes de las correspondientes administraciones educativas, entendidas estas tal y como establece el apartado 2 del artículo 2.bis de la Ley Orgánica 2/2006, en el que se señala que: “Las Administraciones educativas son los órganos de la Administración General del Estado y de las administraciones de las comunidades autónomas competentes en materia educativa”. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicho precepto se refiere al “sistema educativo español”, del que obviamente no forma parte el centro educativo Hampden Gurney, Church of England Primary, pero de ello no puede extraerse la conclusión de que la Resolución de 14 de octubre de 2022 veda el reconocimiento de los servicios previos prestados en un Estado miembro de la Unión Europea, como lo estaba el Reino Unido en el período en que el interesado prestó dichos servicios. La Resolución de 14 de octubre de 2022 no fuerza a realizar dicha interpretación ni podría hacerlo sin infracción de la jurisprudencia sobre la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión Europea; libertad reconocida en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 39 del TCE) que obliga a garantizar su efectividad y la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Asimismo, debe tenerse en cuenta el Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión y el principio de igualdad de trato que se deriva de su artículo 7. Además, el artículo 3.1.a) dispone que en el marco de dicho Reglamento no serán aplicables las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, ni las prácticas administrativas de un Estado miembro que limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros.

A estos efectos, debe traerse a colación, *mutatis mutandis*, la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 23 de febrero de 2006, citada por el interesado, en la que se declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la normativa entonces vigente (arts. 39 TCE y 7 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad) por el hecho de no haber considerado la antigüedad y experiencia profesional adquiridas en la función pública de otros Estados miembros. La sentencia tiene su origen en un recurso de la Comisión de las Comunidades Europeas, tras constatar la persistencia en el incumplimiento de la normativa comunitaria tras haber requerido a las autoridades españolas la modificación de la normativa nacional en relación con las quejas de ciudadanos comunitarios que, después de haber trabajado durante varios años en el sector público de un Estado miembro distinto del Reino de España, se encontraron con dificultades



en el momento de su incorporación a la función pública de este último Estado en lo que atañe a la consideración de su actividad profesional anterior a efectos de determinar su clasificación y su antigüedad, a pesar de que las propias autoridades españolas reconocían en ese momento que resultaba necesario, en cualquier caso, modificar la Ley 70/1978 a fin de garantizar expresamente que se tuvieran en cuenta los períodos de servicio anteriores en la función pública de otros Estados miembros. El recurso se fundamenta en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [sentencias de 23 de febrero de 1994, Scholz (C 419/92, Rec. p. I 505); 15 de enero de 1998, Schöning-Kougebetopoulou (C 15/96, Rec. p. I 47); 12 de marzo de 1998, Comisión/Grecia (C 187/96, Rec. p. I 1095); 30 de noviembre de 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C 195/98, Rec. p. I 10497), y 30 de septiembre de 2003, Köbler (C 224/01, Rec. p. I 10239)] para concluir que el Reino de España debe garantizar que se tengan efectivamente en cuenta la antigüedad y experiencia profesional adquiridas por los ciudadanos comunitarios en la función pública de otro Estado miembro y concederles, a este respecto, los mismos derechos y ventajas en materia de clasificación y retribución que los reconocidos a los ciudadanos comunitarios que han adquirido una experiencia similar en la función pública española. Y fuera del ámbito de aplicación del artículo 39.4 TCE (actualmente art. 45.4 del TFUE), rigurosamente interpretado por el Tribunal de Justicia, la sentencia recuerda que cuando un organismo público de un Estado miembro se propone tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en una Administración «dicho organismo no puede efectuar distinciones, respecto a los nacionales comunitarios, en función de que tales actividades hayan sido ejercidas en el Estado miembro al que pertenece dicho organismo o en otro Estado miembro».

De hecho, poco tiempo antes de dictarse dicha sentencia, la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, añadió con efectos de 1 de enero de 2005 y vigencia indefinida una nueva disposición adicional, la vigésima sexta, a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, con la siguiente redacción:

“Disposición adicional vigésima sexta. Reconocimiento de servicios prestados en las administraciones públicas de cualesquiera Estados miembros de la Unión Europea.

“1. Se computará a efectos de trienios, el período de prestación de servicios en las administraciones públicas de los Estados miembros de la Unión Europea, previos al ingreso o reingreso en los correspondientes cuerpos y escalas, clases o categorías de cualesquiera administraciones públicas, excepto aquellos servicios que tuvieran el carácter de prestaciones obligatorias.

“El cómputo establecido en el párrafo anterior, será asimismo de aplicación a los servicios prestados en la Administración pública de aquellos Estados a los que, en virtud de tratados internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores en los términos en que ésta se halla definida en el tratado constitutivo de la Comunidad Europea” [...].

“El apartado 3 de dicha disposición establece que: “tendrá la consideración de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución”.

Es cierto que el artículo primero de la Ley 70/1978, al que apela la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, sigue refiriéndose en su apartado uno al reconocimiento a los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la Local, de la Institucional, de la de Justicia, de la Jurisdicción del Trabajo y de la Seguridad Social de la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en dichas administraciones, previos a la constitución de los correspondientes cuerpos, escalas o plazas o a su ingreso en ellos, así como el período de prácticas de los funcionarios que hayan superado las pruebas de ingreso en la Administración pública. Y en su apartado dos establece que se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados en las esferas de la Administración pública señaladas en el párrafo anterior, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se hayan formalizado o no documentalmente dichos contratos.

Sin embargo, aunque la modificación introducida por la Ley 2/2004, no se proyectó igualmente sobre la Ley 70/1978, la contestación de la Secretaría de Estado de la Función Pública en relación con el reconocimiento de servicios en determinadas instituciones susceptibles de ser consideradas administraciones públicas (documento C25/7_3) sostiene que, teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos de la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2006, antes citada, “debe hacerse una interpretación amplia del concepto las ‘administraciones públicas’ considerando que en el mismo están incluidos aquellos organismos o entidades que pueden entenderse integrados en las administraciones públicas de los Estados miembros de la Unión Europea, a los efectos de reconocimiento de servicios previos al amparo de lo regulado en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre.” Dicha interpretación, compartida por este Consejo Consultivo, lleva a la Secretaría de Estado de la Función Pública a señalar la posibilidad de reconocer los servicios prestados en los hospitales y universidades públicas (entre otros) siempre que se trate de servicios prestados en un Estado miembro de la Unión Europea o que, en virtud de tratado internacional celebrado por la Unión Europea y ratificado por España, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.



Más recientemente, y en la misma dirección de la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2006, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) ha dictado la sentencia de 28 de abril de 2022, y ha dado respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el contexto de un litigio en el que la demandante impugna la negativa del director gerente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León a tomar en consideración la experiencia profesional adquirida por la interesada en Portugal, al no estar previsto en el sistema de reconocimiento de la carrera profesional de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; negativa que se produce a los efectos del cómputo de la antigüedad en el contexto de una convocatoria de acceso al grado I de carrera profesional para personal interino de larga duración, a pesar de que este período había sido tomado en consideración para el cálculo de los trienios del personal estatutario temporal.

La sentencia de 28 de abril de 2022, que traemos a colación *mutatis mutandis*, subraya (apdo. 24) que “el artículo 45 TFUE tiene por objeto, en particular, evitar que un trabajador que, en ejercicio de su derecho a la libre circulación, haya ocupado empleos en más de un Estado miembro sea tratado, sin justificación objetiva, de modo menos favorable que aquel que haya efectuado toda su actividad profesional en un sólo Estado miembro (sentencia de 12 de mayo de 2021, CAF, C-27/20, EU:C:2021:383, apartado 32 y jurisprudencia citada)”. Asimismo, la sentencia de referencia hace notar (apdo. 25) que «la libre circulación de personas no se realizaría plenamente si los Estados miembros pudieran negar el disfrute de dicha disposición a aquellos de sus nacionales que hayan hecho uso de las facilidades previstas en el Derecho de la Unión y hayan adquirido, al amparo de estas, unas cualificaciones profesionales en un Estado miembro distinto del Estado cuya nacionalidad poseen (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de diciembre de 2020, Onofrei, C-218/19, EU:C:2020:1034, apartado 28 y jurisprudencia citada)». Del mismo modo, la sentencia recuerda (apdo. 26) que «el Tribunal de Justicia ha declarado que una normativa nacional que no tenga en cuenta la totalidad de los períodos anteriores de actividad equivalente realizados en un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen del trabajador migrante puede hacer menos atractiva la libre circulación de los trabajadores, en contra de lo dispuesto en el artículo 45 TFUE, apartado 1 [sentencia de 23 de abril de 2020, Land Niedersachsen (períodos anteriores de actividad pertinente), C-710/18, EU:C:2020:299, apartado 26 y jurisprudencia citada]». Por todo ello, la sentencia (apdo. 27) realiza la siguiente consideración: “Por consiguiente, una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal, que sólo permite tomar en consideración la experiencia profesional que el trabajador que solicite el reconocimiento de su carrera profesional haya adquirido en los servicios de salud españoles, en la misma categoría profesional desde la que pretenda acceder a la modalidad correspondiente de carrera profesional, puede disuadir a este de ejercer su derecho a la libre circulación previsto en el artículo 45 TFUE. El

trabajador se verá disuadido de abandonar su Estado miembro de origen para trabajar o establecerse en otro Estado miembro si con ello se le priva de la posibilidad de que se tome en consideración su experiencia profesional adquirida en ese otro Estado miembro". Es importante destacar que dicha sentencia precisa que: «el principio de igualdad de trato establecido tanto en el artículo 45 TFUE como en el artículo 7 del Reglamento n.º 492/2011 prohíbe no sólo las discriminaciones directas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación indirecta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado (sentencia de 2 de marzo de 2017, Eschenbrenner, C-496/15, EU:C:2017:152, apartado 35 y jurisprudencia citada)».

Lo que la sentencia viene a interpretar es que la medida en cuestión puede calificarse de indirectamente discriminatoria, y en este sentido considera (apdo. 33) que al no tomar en consideración la experiencia profesional adquirida por un trabajador migrante en los servicios de salud de un Estado miembro distinto del Reino de España, la normativa nacional controvertida en el litigio principal puede afectar en mayor medida a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales, perjudicando particularmente a los primeros, en la medida en que estos habrán adquirido muy probablemente una experiencia profesional en un Estado miembro distinto del Reino de España antes de incorporarse a los servicios de salud de este último Estado miembro. Así, el Tribunal de Justicia razona (*ibidem*) que "el trabajador migrante que haya adquirido al servicio de empleadores establecidos en Estados miembros distintos del Reino de España una experiencia profesional pertinente y de la misma duración que la adquirida por el trabajador que haya trabajado siempre en los correspondientes servicios de salud españoles se verá perjudicado, al no tomarse en consideración esa experiencia profesional a efectos de su acceso a un grado en el marco del reconocimiento de su carrera profesional (véase, por analogía, la sentencia de 5 de diciembre de 2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken, C- 514/12, EU:C:2013:799, apartado 28)".

Y en cuanto a la posibilidad de que la medida en cuestión pudiera tener alguna justificación compatible con el Derecho de la Unión, la sentencia recuerda (apdo. 35) que "las medidas que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado FUE sólo son admisibles a condición de que persigan un objetivo de interés general, sean adecuadas para garantizar la realización de dicho objetivo y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo (sentencia de 20 de diciembre de 2017, Simma Federspiel, C-419/16, EU:C:2017:997, apartado 38 y jurisprudencia citada)".



En suma, la sentencia concluye (apdo. 50) que del conjunto de consideraciones anteriores, “procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 45 TFUE y el artículo 7 del Reglamento n.º 492/2011 que deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional relativa al reconocimiento de la carrera profesional en el servicio de salud de un Estado miembro que impide tomar en consideración, en concepto de antigüedad del trabajador, la experiencia profesional adquirida por este en un servicio público de salud de otro Estado miembro, a menos que la restricción a la libre circulación de los trabajadores que implica dicha normativa responda a un objetivo de interés general, permita garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo”.

En el contexto en que nos movemos, y siguiendo la interpretación no literal sobre las referencias a la nacionalidad que se realiza en la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 2022, conviene recordar que el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, dispone en su artículo 57 que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las administraciones públicas (apdo. 1). Y en el mismo sentido, damos por reproducido lo establecido en el artículo 107 de la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía.

Asimismo, son ilustrativas sobre la interpretación que debe prevalecer a los efectos aquí considerados, las sentencias del Tribunal Supremo 1203/2021, de 4 de octubre, y 1244/2022, de 4 de octubre, que en relación con la experiencia profesional adquirida en Suiza (Estado no miembro de la Unión Europea ni parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo), pueden ser invocadas, nuevamente *mutatis mutandis*, dado que concluyen que vulnera el derecho a la igualdad y a la libertad de circulación de personas, la exclusión de la prestación de servicios en instituciones sanitarias públicas de Suiza, como mérito evaluable en un proceso selectivo al que concurre una nacional española, al igual que la negativa a considerar la actividad desarrollada en el ámbito de la formación y de la investigación.

Del mismo modo, difícilmente puede hacerse abstracción, aunque se trate de procedimientos diferentes, de la alegación del interesado en el sentido de subrayar que el mismo período de tiempo ahora cuestionado le fue reconocido a efectos de trienios por la Delegación de Educación en Sevilla. También debe señalarse que en las alegaciones frente a la resolución provisional alegó que, según los sindicatos y las consultas de la web SIPRI, el tiempo de servicio que a él se le cuestiona se ha reconocido a muchas personas en idéntica situación.

En definitiva, el Consejo Consultivo considera que debe prevalecer la interpretación que la propia Consejería consultante realizó al estimar las alegaciones formuladas por el interesado contra la negativa a valorar la experiencia docente adquirida en el centro educativo público Hampden Gurney, Church of England Primary, sin que la Resolución de 8 de febrero de 2023, dictada por la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos, por la que se reconoce, con carácter definitivo, el tiempo de servicios en dicho centro como prestados en “otra Administración Educativa” pueda calificarse como la adquisición de un derecho o facultad mediante acto expreso, careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición. Antes al contrario, la interpretación que consideramos correcta lleva a descartar la existencia del referido vicio de nulidad, aduciendo, como ya sabemos, que “dicha escuela de primaria no pertenece a la Administración educativa del propio Ministerio del Estado Español” y los servicios cuyo reconocimiento pretende “no han sido prestados en ninguna de las Administraciones del Estado Español”. El Consejo Consultivo llega a la conclusión antes expuesta en virtud de las consideraciones que hemos efectuado sobre las consecuencias que derivan de la libre circulación de los trabajadores en el artículo 45 del TFUE, al prevalecer el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, directa o indirecta, en este ámbito, en los términos expuestos por la jurisprudencia del Tribunal, obsequiando los principios de primacía y efectividad del Derecho de la Unión Europea.



4.3. Dictamen 475/2024, de 13 de junio, sobre el procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de Gibraleón (Huelva) para la declaración de nulidad de un Decreto por el que se resuelve un expediente sancionador.

Este dictamen analiza el grado de invalidez que se produce como consecuencia de la caducidad, cuyo automatismo no exime de que deba declararse el archivo del procedimiento caducado, sin cuyo trámite no puede entenderse abierto un nuevo procedimiento.

*Ponencia: Consejero, Antonio Dorado Picón
Letrado, Manuel del Castillo Gutiérrez*

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo relativo al procedimiento incoado por el Ayuntamiento de Gibraleón (Huelva) para la revisión de oficio del Decreto N° 2020-0716, de 30 de junio de 2020 (rectificado por Decreto N° 2020-0718, de 1 de julio de 2020) por el que se resuelve el expediente sancionador N° 855/2020, por haber sido dictado una vez producida la caducidad del expediente.

Entrando a conocer el fondo del asunto, el Ayuntamiento incoa el procedimiento de revisión de oficio a instancia de don (...), quien alega que el Decreto de la Alcaldía de 30 de junio de 2020, por el que se le imponía una multa de 48.435,20 euros, es nulo de pleno derecho por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [art. 47.1.e) de la Ley 39/2015] porque según el interesado “la caducidad de los procedimientos en los que se ejercitan potestades de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen o potestades sancionadoras es un vicio de nulidad de pleno derecho de los previstos en el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015 porque como bien decía la STS de 29-04-2008 la resolución se habría dictado «sin que exista procedimiento previo, pues el existente había ya finalizado de otra manera»“.

En efecto, según el interesado “al haberse iniciado el día 26 de mayo de 2018, se ha producido la caducidad del expediente 1195/2017 el día 26 de mayo de 2019, lo que afectaría al expediente 855/2020 que también habría caducado, si es que se considerara a ambos como un único procedimiento sancionador como refiere en su informe la Técnico de Secretaría, al haber transcurrido el plazo máximo de 1 año sin que se haya notificado resolución expresa”, de tal forma que “en el expediente 855/2020, se ha dictado el decreto número 2020-0716 de fecha 30 de junio de 2020

(rectificado por decreto número 2020-0718, de 01 de julio de 2020), resolviendo el expediente e imponiendo sanción a este administrado, por lo que, si se considerara junto con el número 1195/2017 como un único procedimiento, dicho decreto es nulo de pleno derecho al haberse producido la caducidad más de 1 año antes y, por tanto, al haberse dictado en un procedimiento inexistente”.

Antes de entrar en el fondo del asunto, la primera cuestión que ha de dilucidarse es determinar si el procedimiento de revisión de oficio es el adecuado, para lo que es necesario determinar previamente el grado de invalidez que afecta a aquéllas resoluciones que se dicten una vez transcurrido el plazo máximo para hacerlo, esto es, si las resoluciones sancionadoras extemporáneas incurren en una causa de nulidad de pleno derecho o en una causa de anulabilidad. Como acabamos de reconocer, la cuestión no es baladí, puesto que en el primer caso resulta procedente la revisión de oficio, que ha sido instada en este caso por el interesado, y en el segundo, estaría vedada esta posibilidad, siendo únicamente viable exigir su revocación frente a la Administración y, en su caso, la posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2018 (núm. 436/2018 y 438/2018) han fijado doctrina en relación con la interpretación de la caducidad del procedimiento, poniendo fin a la polémica jurisprudencial existente hasta entonces en torno a la cuestión señalada de si la perención o caducidad de los procedimientos en los que se ejercitan potestades de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen o potestades sancionadoras supone un vicio de nulidad o de mera anulabilidad. Ambas sentencias determinan que se trata de un vicio de nulidad radical o de pleno derecho que se incardina en la letra e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, esto es, la inexistencia del procedimiento porque el que existía ya había finalizado de otra manera, por la propia caducidad.

Hasta las citadas sentencias, la jurisprudencia no había sido unánime en esta calificación. Así, las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 29 de enero de 1999, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 2 de junio de 2000 y por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) el 17 de marzo de 2005 no dudaron en considerar nula de pleno derecho la resolución dictada en un procedimiento caducado, si bien se abstuvieron de indicar la causa específica del artículo 62 de la entonces vigente Ley 30/1992 que les conducían a mantener esta conclusión.

Por el contrario, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de mayo de 2001, recondujo la cuestión a una simple irregularidad no invalidante, pues “la realización de actuaciones fuera del plazo establecido no



determina la nulidad”, (salvo que se hubiera producido la prescripción de la infracción), y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 12 de junio de 2000, lo hace bajo la consideración de la inexistencia de previsión normativa que imponga “eficacia y celeridad de la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora, lo que implícitamente desvela que el legislador no considera adecuado imponer el presunto derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas entre los derechos del presunto responsable”.

En parecido sentido se expresaron las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004, de 4 de julio de 2013 y de 16 de julio de 2013 al situarlo en un supuesto de anulabilidad porque “no resulta manifiesto que concurra en al actuar administrativo el presupuesto de lesión de los derechos y libertades o el de prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido a que alude el artículo 62.1.a) y e) del referido texto legal”.

Contrariamente a esta doctrina, las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1988 y 2 de noviembre de 1999 sostuvieron la nulidad de pleno derecho por cuanto la validez de una sanción administrativa depende, entre otras cosas, de que se imponga en el plazo exigido por la ley: “el transcurso de ese plazo sin que se imponga sanción, determina la imposibilidad legal de efectuarlo, y si se ha hecho, se produce la nulidad radical de la sanción impuesta”. En igual sentido, la sentencia de 10 de enero de 2017, de 3 de febrero de 2010 y de 24 de septiembre de 2008, que afirmaron “si como hemos expuesto, la caducidad es un modo de extinción del procedimiento administrativo, por ello el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ordena que en tales casos se proceda al archivo de las actuaciones. Ello supone que si pese a haber caducado el procedimiento disciplinario, se dicta una resolución sancionadora, no es que tal acto administrativo haya sido realizado fuera del tiempo establecido para él, en los términos que dispone el artículo 63.3 de la misma Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sino que se ha impuesto la sanción sin que exista procedimiento previo, pues el existente había ya finalizado de otra manera”.

Pues bien, las citadas sentencias de 19 de marzo de 2018 confirman este mismo criterio al afirmar que los procedimientos sancionadores y en los que se ejercitan potestades de intervención que pueden producir efectos desfavorables o de gravamen en el ciudadano que hayan caducado se encuentran extinguídos y son inexistentes, añadiendo que si los actos y resoluciones administrativas han de dictarse en un procedimiento válido, ello constituye una exigencia básica de nuestro ordenamiento administrativo que se plasma en numerosos preceptos llegándose a sancionar con la nulidad de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido: “De modo que el procedimiento ha devenido inválido e inexistente como consecuencia de su caducidad, ha dejado de ser un cauce adecuado

para dictar una resolución administrativa válida que decida sobre el fondo, por lo que la Administración está obligada a reiniciar uno nuevo”.

Esta doctrina jurisprudencial ha vuelto a verse avalada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de marzo de 2019, formulando algunas consideraciones que este Consejo Consultivo no puede dejar de considerar a los efectos referidos. En primer lugar, fija el sentido del plazo de caducidad al afirmar que “su razón de ser obedece al deber de las Administraciones públicas de dictar resolución expresa en los plazos marcados por la ley, con ello se pretende garantizar que los procedimientos administrativos se resuelvan en un tiempo concreto, evitando la prolongación indefinida de los mismos por razones de seguridad jurídica. El incumplimiento de estos plazos conlleva como consecuencia jurídica la caducidad del procedimiento y el consiguiente archivo de las actuaciones, lo que no impide la apertura de nuevo expediente sobre el mismo objeto, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción”. La consecuencia de la garantía de caducidad determina que: “Por ello, en un procedimiento extinguido e inexistente no es posible dictar una resolución de fondo valida, salvo aquella que tenga como único objeto declarar la caducidad del procedimiento”. Si no existe plazo previsto no puede considerarse libre la administración: “La ausencia de un plazo de caducidad para este procedimiento en las normas especiales que lo regulan no puede determinar, tal y como hemos señalado anteriormente, que este procedimiento no quede sometido a plazo alguno para tramitarlo y resolverlo, ello sería contrario al principio de seguridad jurídica”, debiendo en tal caso aplicarse el plazo supletorio de tres meses determinado en el art. 21 apartado 3 de la Ley 39/2015”.

Por otra parte, este efecto de caducidad por el transcurso del plazo máximo se produce de forma automática, (aun estando pendiente de resolución que así la acuerde), tal y como ha reconocido la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007 y el Consejo de Estado en su Dictamen nº 5356/1997 de 22 de enero de 1998, lo que determina que en tales casos los interesados pueden entender caducado el procedimiento sin necesidad de esperar a la declaración formal de caducidad, pueden acceder a la vía jurisdiccional desde el vencimiento del plazo determinante de la caducidad, que es, a su vez, el mismo momento en el que se producen dichos efectos preclusivos, siendo tal declaración expresa de caducidad una mera constatación de los efectos -ya inamovibles en vía administrativa- producidos por ministerio de la ley desde el vencimiento del plazo para la resolución, y consiguiente notificación, del expediente sancionador y que habrá de producirse siempre y, en todo caso, ordenando el archivo de las actuaciones-.

Por todo lo razonado, como ya afirmó la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004, la resolución posterior a la producción automática de la caducidad



que se dicte desconociendo la misma será nula: “Y el propio apartado anudaba de manera inequívoca a la caducidad el archivo de las actuaciones, lo que supone, sin género de dudas, que cualquier resolución dictada una vez producida la caducidad del procedimiento resulta anulable, puesto que todas las actuaciones del mismo habrían debido ser archivadas. Consiguientemente, si la caducidad es apreciada judicialmente, la sentencia deberá acordar la nulidad de la resolución extemporánea. Esto implica, como hemos avanzado, que estando los procedimientos sancionadores entre los comprendidos bajo el referido artículo 43.3, la caducidad del procedimiento acarrea la nulidad de una sanción impuesta tras concluir el plazo previsto para el procedimiento establecido”.

En consecuencia, el procedimiento de revisión de oficio objeto del presente dictamen es el cauce correcto al haber sido invocada causa de nulidad de pleno derecho. Cuestión distinta es que deba entenderse producida la caducidad invocada por el interesado, instante de la revisión de oficio.

Pues bien, sobre el asunto objeto de este dictamen ya emitió este órgano sus dictámenes 340/2023, de 27 de abril y 741/2023, de 11 de octubre. Consta en aquellos expedientes que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 2 de Huelva dictó sentencia de 5 de diciembre de 2019 en el procedimiento abreviado número 220/2019, que es definitiva y firme, acordando “la retroacción del procedimiento al momento del dictado de la resolución de incoación a fin de que se conceda al interesado el trámite de alegaciones y prueba evitando así su indefensión y continuando el expediente, si procede por todos sus trámites y hasta su conclusión”.

Entendía el interesado entonces, y sigue entendiendo ahora, que “el Ayuntamiento de Gibraleón no ha retrotraído las actuaciones del expediente sancionador n.º 1195/2017 al momento del dictado de la resolución de incoación y, por tanto, ha incumplido lo establecido en la sentencia y lo decretado por la Sra. alcaldesa en el expediente 3010/2019 sobre cumplimiento de la sentencia, sino que, en su lugar y por los mismos hechos, inició un nuevo expediente sancionador con el número 855/2020 contra don (...) pero, a la vez, manteniendo abierto el expediente sancionador número 1195/2017 afectado por la sentencia judicial”. El informe de la Secretaría General del Ayuntamiento aclara, con razón, que el interesado yerra en su argumentario por cuanto lo que caduca no es el “expediente” sino (...) que la caducidad se predica del “procedimiento administrativo”, y que los artículos 21.1 y 25.1, entre otros de la Ley 39/2015 no se refieren en ningún precepto a la caducidad de los expedientes. Ciertamente es así. Sin embargo, con independencia del mayor o menor acierto en la utilización de los términos empleados por el interesado, al referirse al “expediente”, se infiere su intención de referirse al “procedimiento” y, por tanto, lo que viene a expresar es que ese Ayuntamiento no ha retrotraído el “primer”

procedimiento, como le ordenaba la sentencia, sino que ha aperturado un “segundo” procedimiento sin haber cerrado el primero. El Ayuntamiento, sin embargo, sostiene a través del citado informe técnico-jurídico de la Secretaría General que no estamos en presencia de dos procedimientos sino del mismo procedimiento, puesto que mediante el Decreto nº 217/2020 se retrotraen las actuaciones del Decreto nº 655/2018.

La cuestión planteada cobra especial relevancia a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo 1667/2020, de 3 de diciembre que ha declarado, con valor de doctrina, que “para la reapertura de un procedimiento administrativo en que se ejerçiten potestades de gravamen, existiendo uno previo que debe considerarse caducado, es necesario una previa resolución expresa, declarando la caducidad inicial, sin que, mientras tanto, pueda considerarse que se trate de un nuevo procedimiento”. Por tanto, declara el Tribunal Supremo, “la caducidad comporta una causa de terminación de los procedimientos, pero no genera, por sí misma, dicha terminación, porque requiere una resolución expresa que la declare, pudiendo incluso la Administración, pese a concurrir el presupuesto de hecho, rechazarla en supuestos excepcionales (art. 95.4)”.

Pues bien, como ya advirtió este Consejo en aquellos dictámenes, “la sentencia en cuestión ordenaba “la retroacción del procedimiento al momento del dictado de la resolución de incoación a fin de que se conceda al interesado el trámite de alegaciones y prueba evitando así su indefensión y continuando el expediente”; y, como ya consideró este Consejo Consultivo y vuelve a reiterar en el presente dictamen, así se hizo por el Ayuntamiento, el 21 de febrero de 2020, cuando acuerda la incoación del expediente sancionador, conservando los informes que se habían emitido en el anterior expediente y otorgando trámite de audiencia al interesado, que presentó alegaciones de forma extemporánea. En efecto, como se aclara en el informe técnico-jurídico de la Secretaría General en respuesta a las alegaciones planteadas “no se han tramitado dos procedimientos diferentes, sino un mismo procedimiento en base a los mismos informes y dictámenes que, por orden judicial, fue retrotraído al dictado del decreto de iniciación, y cuyo contenido al tramitarse en plataforma electrónica se ha dividido en dos carpetas con numeraciones de expedientes diferentes, pero que son y han sido tramitados como continuidad uno del otro”.

En definitiva, entiende este Consejo Consultivo, que se ha procedido por parte del Ayuntamiento a dar cumplimiento a la referida sentencia y que, al ordenar esta la retroacción del procedimiento se trata del mismo y único procedimiento incoado por dicho Ayuntamiento, si bien a efectos del nuevo cómputo del plazo máximo de resolución debe tenerse en consideración el 21 de febrero de 2020, por lo que la alegada caducidad decae por cuanto la resolución por la que se resuelve fue notificada



al interesado el 7 de julio de 2020. A ello habría que añadir, además, que la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 acordó la suspensión de plazos administrativos; plazos que se reanudaron el 1 de junio (art. 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo).

En consideración a todo lo razonado, no procede declarar la nulidad de pleno derecho de la referida resolución sancionadora ni, por tanto, la revisión de oficio instada por el interesado.

5. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

5.1. Dictamen 56/2024, de 24 de enero, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en el que la interesada reclama por el daño que se le ha ocasionado por la anulación del PGOU de El Puerto de Santa María.

En este caso el Consejo Consultivo considera que el daño alegado por la reclamante no es efectivo ni antijurídico, por lo que concluye que no hay responsabilidad patrimonial al no concurrir todos los elementos necesarios para apreciar la existencia de la misma.

*Ponencia: Consejera, María del Mar Moreno Ruiz
Letrado Mayor, Tomás Requena López*

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda a instancia del representante de (...)

Entrando a analizar el fondo del asunto, la reclamante considera que con la anulación del Plan General de Ordenación Urbana de El Puerto de Santa María se pone de relieve un mal funcionamiento administrativo que le ha ocasionado un daño pues, por un lado, satisfizo 909.897,17 euros por sus aportaciones a la junta de compensación que la referida anulación ha revelado inútiles, y por otro se ha frustrado la compraventa de una de las parcelas afectadas por importe de 692.002 euros.

Como es sabido, al margen de los presupuestos ya considerados, son elementos de la responsabilidad patrimonial, la efectividad del daño, su individualización, la susceptibilidad de su evaluación económica, que tal daño constituya una lesión (esto es, que sea antijurídico o que no exista obligación jurídica de soportarlo), la imputabilidad a la Administración (o, lo que es lo mismo, que tenga lugar en el ámbito del giro o tráfico de la Administración a la que se atribuye el daño), y la existencia de relación de causalidad entre el “funcionamiento del servicio” y la referida lesión.

1. Pues bien, en cuanto a la efectividad del daño, de la información suministrada por el expediente, es posible dudar de que haya tenido lugar o, al menos, que haya



acontecido con el alcance que se pretende en la reclamación, por las siguientes razones:

- El planeamiento anulado fue ejecutado y aplicado hasta su anulación, y así la iniciativa para el desarrollo del ámbito ARI-04 (en el que se centra la reclamación) se llevó a cabo por la empresa reclamante, que solicitó el sistema de actuación por compensación, procediéndose a la aprobación del proyecto de repartelación (inscrito en el Registro de la Propiedad) y el de urbanización, autorizándose la ejecución de las obras de urbanización, siendo la reclamante adjudicataria de varias parcelas lucrativas (la M1.3, la M1.4 y el 38,14% de la M1.2), de las que transmitió todas ellas menos su participación en la M1.2, cuya venta afirma se ha truncado, y sobre las que se otorgaron licencias de construcción habiendo sido implantadas varias empresas; parece lógico pensar que la reclamante ha debido obtener ingresos por “la puesta en carga del sector”, pues el valor en venta de la M1.3, por ejemplo, fue en torno a 435 euros/m² de suelo, de modo que aplicando dicho precio a la superficie de ambas, 3.262,70 m² la M1.3 y 5.668,73 m² la M1.4, se pueden haber obtenido más de 3,8 millones de euros de ingresos por su venta.

- La anulación del planeamiento tuvo lugar casi dos años después de suscribir el documento privado para llevar a cabo la venta del 38,14% de la parcela M1.2 (la cláusula 3.3 del referido documento preveía su perfección con el otorgamiento de la escritura pública, con el que se entendía producido la *traditio*), de modo que resulta razonable poner en tela de juicio que la anulación haya frustrado la venta del referido porcentaje de la parcela M1.2.

- El suelo afectado se considerará suelo urbano en el nuevo Plan de Ordenación Urbana, de conformidad con la disposición transitoria primera, letra a).1^a de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, conforme al cual “tendrán la consideración de suelo urbano los terrenos que cumplan las condiciones establecidas para esta clase de suelo en el artículo 13”, como es el caso, con lo que no sería posible invocar una frustración definitiva de la finalidad perseguida por la empresa reclamante.

En conclusión, el Consejo Consultivo, de acuerdo con la información suministrada por el expediente, considera que no ha quedado probada la efectividad del daño en los términos alegados por la reclamante.

2. Pero es que además, otro problema fundamental del presente expediente concierne a la antijuridicidad, pues debe notarse que el interesado no fue perjudicado por el acto que luego fue anulado y precisamente por ello no fue quien lo impugnó en vía contencioso-administrativa.

Es la ejecución de una sentencia judicial firme y no la actuación administrativa, la que ha llevado a la situación dañosa por la que se reclama y recuérdese que conforme al artículo 118 de la Constitución, “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales”. Por tanto, en principio no puede considerarse que concurra el ineludible requisito de la antijuridicidad, que transforma el daño en lesión y que significa, lisa y llanamente, que el interesado no tiene el deber jurídico de soportar el daño (entre otros, dictámenes 814 y 866/2012, 24/2013, 310/2014, 318/2015 y 211/2021).

Es cierto, no obstante, que no estamos aquí ante un acto administrativo cuyo destinatario y beneficiario era la ahora reclamante, pues se trata de la aprobación de un Plan General de Ordenación Urbana, conforme a cuyas previsiones procedió aquélla, de modo que podría arguirse con razón que esa indebida aprobación (según la sentencia referida) llevó al administrado a realizar una serie de actuaciones cuya finalidad se ha frustrado con la anulación y que le han ocasionado un daño.

Ahora bien, en primer lugar, en aquellos supuestos en que los actos administrativos han sido anulados ello no conduce en absoluto a la afirmación sin más de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Como jurisprudencia reiterada (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1971; 17 de diciembre de 1981; 11 de marzo de 1999 y 13 de enero de 2000) y este Consejo han manifestado (entre otros, dictámenes 72/1995; 23 y 166/2000; 109 y 248/2001; 103 y 187/2005; 129/2006, y 496/2011), de acuerdo con los artículos 32.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, y 142.2 de la Ley 30/1992 (“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización ...”), la anulación de un acto no lleva automáticamente a la existencia de responsabilidad patrimonial.

En efecto, este Consejo ha declarado que no concurre el requisito de la antijuridicidad cuando los actos administrativos a los que se atribuye el daño han sido adoptados en el ejercicio de una potestad administrativa dentro del margen de apreciación que se da en toda potestad (pues no hay potestades absolutamente regladas como no las hay absolutamente discretionales) y que le permitía el ordenamiento jurídico, de una forma razonable (entre otros, dictámenes 10/2002; 117/2006, 197/2008, 103/2010, 208/2012, 481/2014), esto es, cuando no se trate del ejercicio torticero, contumaz, o claramente contrario al ordenamiento jurídico de una potestad administrativa, o simplemente si la decisión judicial o administrativa de anulación no consideran la infracción en que incurrió el acto como grosera. En este orden de consideraciones, la sentencia que en el trámite de alegaciones se invoca por la reclamante (sentencia 3972/2017) precisamente desestima una pretensión de



responsabilidad patrimonial, declarando entre otras consideraciones, que no existe responsabilidad en los casos de ejercicio razonado y razonable de las facultades administrativas (fundamento de derecho tercero).

El examen de la sentencia 749/2021 del Tribunal Supremo, citada, no permite adjetivar con ninguno de esos calificativos el proceder administrativo como los fundamentos de derecho quinto, sexto y séptimo de la misma permite razonablemente concluir, pues se discute, no ya acerca de la necesaria integridad de un Plan, sino de si la aprobación realizada (con sus requerimientos y suspensiones) respeta tal integridad o no, de modo que no parece que estemos ante una ilegalidad palmaria.

En definitiva, no concurren todos los elementos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

3. Por lo demás, aunque se trata de algo sobre lo que el Consejo Consultivo no está obligado a pronunciarse al situarse al margen del instituto de la responsabilidad patrimonial, el supuesto concurrente no es subsumible en ninguno de los que con arreglo al artículo 48 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre) daría derecho a la indemnización, como expresa el informe de 27 de abril de 2022.

En consecuencia, procede la desestimación de la reclamación de acuerdo con lo razonado en los fundamentos jurídicos precedentes.

5.2. Dictamen 112/2024, de 6 de noviembre, relativo al procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Servicio Andaluz de Salud en el que los interesados reclaman por el fallecimiento de su hija y por el daño moral al no poder volver a ser progenitores.

El dictamen concluye que debe reconocerse responsabilidad por daño moral ya que el servicio sanitario, extralimitándose de los términos del consentimiento informado, practica una intervención distinta a la informada y consentida.

*Ponencia: Presidenta, María Jesús Gallardo Castillo
Consejera, María Luisa Roca Fernández Castanyas
Letrado Mayor, Tomás Requena López*

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada frente al Servicio Andaluz de Salud en nombre y representación de doña (...) y don (...)

Realizadas las consideraciones precedentes, cabe señalar que el daño alegado es efectivo, individualizado, económicamente evaluable, antijurídico e imputable a la Administración contra la que se reclama, al atribuirse al funcionamiento del Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva, dependiente del Servicio Andaluz de Salud.

Por lo que se refiere a la existencia de relación causal entre el “funcionamiento del servicio” y el daño alegado, su prueba corresponde a la parte reclamante (arts. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 67.2 de la Ley 39/2015), y a la Administración la de los hechos obstativos a su existencia (art. 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La reclamación de la que trae causa la consulta planteada postula, de una parte, una indemnización que asciende a 190.000 euros por el fallecimiento de la recién nacida y, de otra, 120.000 euros por el daño moral al no poder volver a ser progenitores al haber sido sometida a una intervención quirúrgica no consentida. En consecuencia, la reclamación se fundamenta en dos motivos bien diferenciados: por un lado, en que el servicio sanitario que atendió a la paciente incurrió en mala *praxis* en el consentimiento informado respecto del que se alega no tanto su inexistencia



como su extravío; y, por otro, aunque no termina de concretar en qué términos, el incorrecto funcionamiento del servicio sanitario, en tanto que de otro modo no se entendería qué relación causal puede existir entre el fallecimiento de la recién nacida y el extravío del consentimiento informado, pues este resultado final no constituye materialización de ningún riesgo del que debió informarse y consentirse. Dicho de otro modo, el fallecimiento de la recién nacida no constituye materialización de un riesgo cuya información se ha obviado y de cuyo consentimiento se ha prescindido, sino que, según consta en los informes clínicos, se produjo por un shock hipovolémico-hemorrágico, asfixia perinatal, encefalopatía hipóxico-isquémica, fallo hepático y renal y otros factores que determinaron el fallo multiorgánico, lo que obliga a examinar la prosperabilidad de la pretensión desde la óptica del normal o anormal funcionamiento del servicio público sanitario.

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 por separado de ambas alegaciones.

En relación con el fallecimiento de la recién nacida la reclamación postula la mencionada indemnización pero no efectúa reproche concreto alguno en relación a la infracción de la *lex artis* en que habrían debido incurrir los facultativos intervenientes en la cesárea como para que quede justificada semejante pretensión, limitándose a afirmar que “no resulta lógico que siendo la gestación normal y controlada en sus últimas semanas por consultas de alto riesgo y siendo la cesárea programada se produjera en la intervención quirúrgica un sangrado importante que conllevara a la muerte de la recién nacida por shock hipovolémico y asfixia perinatal. Lo cierto es que se trata de un resultado anormal de la intervención quirúrgica. Tuvo que haber algún fallo para que se diera una hemorragia importante cuya consecuencia derivó en la muerte de la recién nacida”. Esta aseveración no puede calificarse sino de mera conjetura al hallarse huérfana de toda prueba respecto de la que carece constancia en la historia clínica de datos o de hechos por cuyo mérito pueda sustentarse la misma.

Tampoco la parte reclamante la ha respaldado mediante un informe pericial o juicio técnico suscrito por facultativo competente que precise cuáles son las deficiencias asistenciales que se aprecian con el fin de poner de manifiesto cuáles son los errores cometidos así como las consecuencias que de ellos se derivan, ya sea por la actuación tardía, por insuficiencia de medios u otras circunstancias y su relevancia causal en relación con el daño alegado. Como ya dijimos en nuestro dictamen 344/2011, aun no siendo legalmente exigible, es altamente recomendable este proceder, a menos que los propios documentos obrantes en la historia clínica evidencien que ha existido un anormal funcionamiento del servicio público o concurran otros elementos de juicio concluyentes para probar la tesis de los reclamantes. En este caso los reclamantes no han realizado ningún esfuerzo probatorio en este punto por lo que este Consejo Consultivo no puede en modo alguno atender pretensiones indemnizatorias que no estén fundamentadas en un adecuado título de imputación, ni en valoraciones jurídicas o fácticas que no aparezcan refrendadas por la historia clínica ni adverado por los informes evacuados durante la instrucción del procedimiento.

Por el contrario, los informes que constan en la historia clínica ponen de manifiesto que se actuó en todo momento con arreglo a la *lex artis*, según los antecedentes y circunstancias de la paciente y que el fallecimiento se produjo debido al shock hipovolémico derivado del sangrado durante la cesárea. Así, el informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, de 6 de abril de 2021, manifiesta que “una gestación de control y evolución normal no implica que el parto no sea de alto riesgo, como así se enumera en la historia obstétrica y en el motivo de derivación a la Consulta de Alto Riesgo (Cirugía Uterina Previa y situación transversa con localización anterior y previa de placenta, útero miomatoso y obesidad materna)”, y que “una cesárea siempre es una intervención quirúrgica mayor no exenta de riesgos, máxime si ya tiene una cirugía uterina previa, como así se describen en la hoja quirúrgica, los problemas para poder acceder al útero y con posterioridad al feto”. En este sentido, el dictamen del facultativo adscrito al Servicio de Gerencia de Riesgos pone de relieve que en el caso que nos ocupa la cesárea no era una cirugía de bajo riesgo, tanto por ser una paciente con una intervención anterior que conlleva mayor dificultad por la existencia de fibrosis y de adherencias de los tejidos, como por tratarse de una paciente con diagnóstico de placenta anterior de localización baja (puesto que se encontraba previa en la ecografía morfológica de la semana 20 de embarazo), ajustándose la actuación al protocolo del Hospital Clínico a realizar en casos de extracción fetal difícil: “la incisión en el útero fue transplacentaria con sangrado importante, lo cual hace que haya peor visibilidad, y esto unido a la situación transversa del feto hace que la extracción del recién nacido haya sido más difícil”.

Por consiguiente, dado que no existe actividad probatoria de los reclamantes que demuestre el nexo causal entre la actividad médica y el fallecimiento de la menor, este



Consejo Consultivo considera que no puede recibir favorable acogida la pretensión indemnizatoria fundamentada en esta causa, toda vez que el expediente no sólo no evidencia que existiera inadecuación de medios, retraso o dejadez en la asistencia sanitaria que se prestó a la paciente ni tampoco ha resultado probado que hubiera sido evitable tan adverso resultado sino que por el contrario, según ha probado la Administración, los servicios sanitarios actuaron conforme a la *lex artis* y conforme a protocolo.

En relación con la infracción de la falta del documento del consentimiento informado, ciertamente en el expediente no se incorpora el documento escrito de consentimiento informado. No obstante, en el informe médico emitido por el Servicio de Obstetricia y Ginecología de 6 de abril de 2021 se aduce que, pese a no aparecer el consentimiento informado “queda reflejado en la consulta de alto riesgo que se informa a la usuaria del procedimiento y de la ligadura tubárica”, para añadir que “(...) a la usuaria y familia se le ha aportado toda la información necesaria durante el proceso de embarazo, parto y en el postparto inmediato y tardío por diferentes personas pertenecientes al *staff* médico, como queda reflejado en las hojas de evolución de la historia clínica”. En segundo lugar, en el dictamen del facultativo adscrito al Servicio de Gerencia de Riesgos puede leerse que “según consta en la visita del embarazo de 2 de febrero de 2020, la paciente expresa su deseo de realizar una ligadura de trompas durante la cesárea”; asimismo, del examen de las hojas de observaciones, evolución, y comentarios, obrantes en la historia clínica y, en concreto, en la hoja quirúrgica, se constata una anotación de 14 de febrero de 2020 en la que se señala: “consentimiento informado de la intervención, detallado, explicado al paciente y firmado”. De igual manera la propia reclamación admite que la paciente prestó su consentimiento cuando afirma que: “mi representada dio consentimiento a la LT y a la cesárea tal y como se puede adverar, sin ningún tipo de dudas en la hoja de evolución y curso clínico de consultas de fecha 14 de febrero de 2020 emitido por Obstetricia General que se adjunta como documento 9”.

La cuestión no es baladí, pues lo relevante a efectos indemnizatorios no es la existencia misma del documento en el que consta el consentimiento informado cuando puede acreditarse que la paciente fue informada y que prestó su consentimiento. Tampoco lo es si este se produjo de forma escrita o verbal, ni esta es la cuestión controvertida en el presente procedimiento. En efecto, 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, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, 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) 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 probatum* (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 (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003). Por tanto, afirma el Tribunal Supremo, la falta de forma escrita no determina por sí la invalidez del consentimiento, 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 (...)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” (apt. 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 en que en este caso se efectuó la información y el consentimiento.

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 sólo 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 el dictamen de 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 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 o se realice un acto médico no consentido. Por tanto, no basta con que no exista el documento escrito del consentimiento informado cuando puede inferirse que este existió, sino que se requiere que se haya materializado el riesgo no informado o que se practique un acto médico que no guarde relación o que se extralimite del que se haya consentido. Precisamente ello es lo que acontece en el presente caso en que, habiéndose prestado el consentimiento para que se practicara la cesárea y para que, aprovechando esta intervención, se procediera a la ligadura de trompas, ninguna pretensión indemnizatoria procede con cargo al argumento de la imposibilidad de procrear, ya que este era precisamente el efecto perseguido con dicha técnica.

Ahora bien, no fue finalmente esta la técnica aplicada por los facultativos que atendieron el parto sino que en el curso de la propia intervención optaron por efectuar una fimbriectomía bilateral, la cual, aunque de efectos y finalidad idéntica a la ligadura de trompas, no estaba cubierta por el consentimiento prestado. En efecto, tal y como se afirma en el dictamen del facultativo adscrito al Servicio de Gerencia de Riesgos (pág. 189 del expediente), ambas técnicas comparten el mismo efecto de irreversibilidad, pero en puridad, se trata de una actuación médica no consentida. Es por ello que este Consejo Consultivo entiende que el servicio médico se extralimitó de los términos del consentimiento prestado, no pudiendo actuar como causa suficientemente justificativa y exoneradora de responsabilidad el hecho de que el objetivo de los facultativos al optar por dicha técnica fuera el “de disminuir el riesgo de cáncer de ovario” (como afirma el citado dictamen del Servicio de Gerencia de Riesgos). En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2011, la

omisión de información y de consentimiento otorga el derecho a la indemnización, no por las consecuencias derivadas del acto quirúrgico, sino porque se vulneró un derecho del enfermo irrenunciable a decidir si quería someterse a una determinada intervención.

En el proceso en causa de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011 se llevó a cabo una intervención quirúrgica de una patología distinta a aquella sobre la que ella había dado el consentimiento, al detectar el cirujano en quirófano una patología diferente a la que había sido diagnosticada. Al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, la sentencia estima que se produjo un daño moral en la paciente al haber sido intervenida quirúrgicamente de una patología distinta a la que había sido informada y consentida, habiéndose lesionado el derecho de autonomía de la paciente al haber sido privada de conocer los riesgos y beneficios para su salud. De igual forma, el Tribunal Supremo entiende que en este caso no se produce un daño corporal sobre la salud de la paciente, que, si bien, no mejora de sus dolencias, tampoco de la cirugía deriva ninguna consecuencia negativa respecto de las lesiones que presentaba.

Entiende el Consejo Consultivo que esta doctrina del Tribunal Supremo es la aplicable al caso sometido a nuestra consideración, puesto que siendo la autonomía y libertad del paciente el bien jurídico protegido por el consentimiento informado, su ausencia en relación a la práctica anticonceptiva efectivamente llevada a término constituye una lesión que genera un daño moral aun cuando no concurre un resultado dañoso en el que se materialice los riesgos inherentes a la actividad médica efectivamente realizada, y ello al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, de la loable intención de los facultativos y aun cuando ambas técnicas comparten la misma finalidad y efecto.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 37/2011, de 28 de marzo dejó afirmado que “el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal”.



(STEDH de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)”.

Por todo lo razonado, entiende este Consejo Consultivo que no habiéndose producido un daño corporal por consecuencia de la actuación médica realizada al margen de la consentida por la paciente, el daño moral por la realización de dicha práctica no informada ni consentida ha de ser indemnizado en 6.000 euros.

5.3. Dictamen 639/2024, de 25 de julio, relativo al procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Servicio Andaluz de Salud, en el que la interesada reclama por el fallecimiento de su hermana.

En este asunto se concluye que existe responsabilidad patrimonial de la Administración ya que el daño ha devenido antijurídico dado que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no puede entenderse que la intervención quirúrgica practicada estuviera cubierta por el consentimiento informado.

Ponencia: Presidenta, María Jesús Gallardo Castillo

Consejero, Antonio Dorado Picón

Letrado, José Mario Guisado Barrilao

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración tramitado por el Servicio Andaluz de Salud (en adelante SAS), a instancia de doña (...) en representación de los hermanos doña (...), doña (...); don (...), don (...), don (...) y don (...) por el fallecimiento de doña (...).

El daño alegado es efectivo, evaluable económicamente, individualizado, antijurídico e imputable a la Administración contra la que se reclama, al atribuirse a la prestación sanitaria desplegada por el SAS.

Por lo que se refiere a la relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada y el daño alegado, ha de probarse por la parte reclamante (arts. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial), correspondiendo a la Administración la de los hechos obstativos a la misma (art. 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Los reclamantes señalan que la paciente, doña (...), fue ingresada en el Hospital de Montilla para la realización de una colecistectomía laparoscópica, cuya deficiente ejecución le provocó la sección de la vía biliar que tuvo como consecuencia una peritonitis que dio lugar a su fallecimiento el día 30 de diciembre de 2021.



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 a la paciente incurrió en mala praxis que dio lugar a la sección de la vía biliar y su posterior fallecimiento y en segundo lugar relativo al consentimiento informado respecto del que se alega que “dado que la paciente padecía deficiencia mental media (...) el consentimiento informado para la colecistectomía debió otorgarse por su representante o familiares”.

Esta dual argumentación obliga a partir de una premisa básica: la obligación de desplegar una adecuada técnica en la intervención diagnóstica o terapéutica acorde a la *lex artis* es independiente de la obligación de información del paciente. 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.

En primer lugar respecto a la intervención quirúrgica de colecistectomía laparoscópica, se ha emitido informe del director de procesos quirúrgicos del adulto del Hospital de Montilla. El informe destaca que la patología que aquejaba a la paciente era una colelitiasis múltiple con piedra de gran tamaño. Ello daba lugar a síntomas (molestias gástricas) que ya habían iniciado signos claros de complicación como el engrosamiento de la pared vesicular como consta en la ecografía realizada el 18 de diciembre de 2019 que sugirieron brotes inflamatorios como se refleja en el informe CPRE del Hospital Reina Sofía de Córdoba de 9 de noviembre de 2020. La evolución del gran lito (piedra) a corto plazo, hubiera ocasionado importantes complicaciones por lo que la indicación de la colecistectomía es clara. Sin embargo, tal práctica conlleva riesgos. En concreto el informe dice textualmente que “(...) las lesiones de la vía biliar en una cirugía de colecistectomía está ampliamente descrita en múltiples artículos de la literatura médica teniendo una incidencia global entre el 0,36% al 0,47% de las colecistectomías. Esta incidencia de lesión aumenta considerablemente en caso de colecistitis e implantación de un gran cálculo en la vía biliar (síndrome de Mirizzo tipo I) como era el caso de esta paciente”. Este riesgo, continúa el informe, se recoge en el documento denominado “consentimiento informado” relativo a la intervención quirúrgica llamado colecistectomía (extirpación de la vesícula y vía biliar) en el epígrafe genérico de fistulas biliares. Por lo demás el

informe señala que una vez que se constató, en la intervención quirúrgica, la lesión de la vía biliar, se optó por el traslado a la sección de Cirugía Hepático-Biliar del Hospital Reina Sofía de Córdoba para su reparación.

Por su parte, el dictamen del servicio de Gestión de Riesgos, tras el estudio de los antecedentes médicos de la paciente, señala que estaba justificada la intervención quirúrgica. El informe manifiesta que la lesión biliar que se produjo durante la operación se asocia a una morbilidad importante y a una mortalidad baja pero no despreciable (sobre el 3%). Indica que lo relevante, mas que se produzca la complicación descrita, es que se diagnostique rápidamente para así poder aplicar sin demora las medidas de corrección. Al respecto el informe afirma que el diagnóstico fue infraoperativo y se tomaron las medidas inmediatas acordes a las circunstancias derivándose a la paciente a una unidad especializada en reparación de vías biliares. Por tanto no hubo retraso o demora en el tratamiento de dicha lesión.

En segundo lugar, respecto a las deficiencias que los reclamantes aducen en relación al documento denominado consentimiento informado, en la Comunidad Autónoma Andaluza, la exigencia de estar 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 notoriedad 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 detrimiento patrimonial que constituye el fundamento de la reclamación ha de producirse de forma cierta y efectiva y tiene que estar en relación no con cualquier resultado adverso derivado de la intervención médica, sino del 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 la 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 informada

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 informada la 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, defecto o anomalías del documento escrito del consentimiento informado.

En estas circunstancias, no puede correr igual suerte desestimatoria la pretensión que postulan los reclamantes en relación a la falta de consentimiento informado.

Consta en el expediente que el día 19 de enero de 2021, aunque no se acredita la situación de incapacidad, don (...), firmó en nombre de la paciente el documento denominado ‘consentimiento informado’ relativo a la intervención quirúrgica de colecistectomía (extirpación de la vesícula y vía biliar) donde se describen los riesgos que conlleva dicha intervención (págs. 992-996 del expediente). Asimismo, respecto a la práctica de la anestesia de dicha intervención el documento no sólo fue firmado por don (...), sino también por la propia paciente (págs. 1000-1005). Dichas intervenciones nunca fueron llevadas a cabo debido a que, según consta en el informe emitido por el director de procesos quirúrgicos de adultos del Hospital de Montilla de 6 de marzo de 2023, entre otras consideraciones, porque tras conversación (con la paciente) y “ante su deseo de no ser intervenida” se la excluye de la lista quirúrgica. Más adelante, se programa nuevamente la misma intervención quirúrgica (coleccistectomia-extirpación de la vesícula y vía biliar) sin embargo, esta vez, el documento de “consentimiento informado sólo está firmado por la paciente y no por su hermano don (...”).

Al caso resulta aplicable, *mutatis mutandis*, la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de marzo de 2022. En aquel proceso en causa, los padres del menor habían prestado su consentimiento a una primera intervención de su hijo. La segunda intervención, relacionada con la primera, tuvo lugar un mes después, si bien para esta última no se había emitido documento de consentimiento informado porque los facultativos entendieron que la misma resultaba cubierta por el primer y único consentimiento informado que se había prestado. En estas circunstancias, la sentencia reconoce que: “Es cierto que ambas operaciones



tenían el mismo objetivo (...). Sin embargo, hay que señalar que la segunda operación se produjo en una fecha posterior, (...) y cuando el estado de salud del menor ya no era el mismo. En estas condiciones, los tribunales internos concluyeron que el consentimiento que se habría dado verbalmente para la segunda intervención (...) era suficiente, sin tener en cuenta las consecuencias de la primera intervención y sin especificar por qué no se trataba de una intervención separada, lo que hubiera requerido el consentimiento por escrito separado exigido por la legislación española. El Tribunal observa que la segunda operación no se realizó con prisas y se produjo casi un mes después de la primera (...)" Por ello concluye que la falta de dicho consentimiento informado por escrito constituye una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el supuesto sometido a nuestra consulta no se ha producido una primera intervención, pero este hecho diferenciador del caso que examinamos no es excluyente de la aplicabilidad de la citada doctrina, en la que lo relevante y lo que ha de extraerse de ella es que cada intervención quirúrgica ha de ir precedida del correspondiente consentimiento informado. Por tanto, habiéndose prestado un primer consentimiento, con entera independencia de que se realice finalmente o no la intervención objeto de aquél, se requiere reproducir la confección de un nuevo consentimiento informado en el momento justamente anterior a la realización de la práctica de la intervención de que se trate y que dicho documento prevea las nuevas circunstancias del paciente –si las hay- o cualquier otra peculiaridad que concurra y que resulte reseñable. En consecuencia, cada acto médico debe ir precedido de su correspondiente consentimiento informado, sin que el otorgado para una anterior ocasión –aunque se trate del mismo paciente, la misma patología y la misma tipología de acto médico- tenga virtualidad suficiente para dar cobertura a futuras intervenciones.

En el supuesto concreto, la paciente –titular del derecho a la información asistencial- carecía de capacidad para prestar el consentimiento, lo que podía impedir o dificultar que comprendiera el alcance de la intervención, por lo que la información había de ponerse en conocimiento de las personas vinculadas a ella por razones familiares o de hecho, como dispone el artículo 5 de la citada Ley 41/2002, por ser quienes ostentan su representación (art. 9.3), cuya decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente (art. 9.6).

Así pues, conforme a la citada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y habiéndose infringido lo dispuesto en los citados preceptos, no puede entenderse que la intervención practicada estuviera cubierta por aquel primer consentimiento informado. En consecuencia, y de acuerdo con la doctrina de este Consejo Consultivo antes indicada, el riesgo materializado no se ha desplazado a la

paciente, por lo que el daño ha devenido antijurídico por lo que no tiene el deber jurídico de soportarlo. En consecuencia, resulta atendible la invocada alegación, por lo que este Consejo Consultivo considera procedente, como ha hecho en supuestos similares, reconocer una indemnización a los reclamantes de 6.000 euros.



5.4. Dictamen 888/2024, de 6 de noviembre, relativo al procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Servicio Andaluz de Salud en el que la interesada reclama, en representación de su hija menor, por no haber detectado, por un fallo informático, que el bebé era síndrome de down.

El dictamen se centra en determinar la difícil identificación del daño en las llamadas acciones ‘wrongful birth’ y ‘wrongful life’, tras lo que concluye la inadmisión de esta última así como cuales son los conceptos susceptibles de indemnización de la primera y las razones que conducen a una desestimación.

*Ponencia: Presidenta, María Jesús Gallardo Castillo
Letrado Mayor, Tomás Requena López*

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña (...) en representación de su hija menor (...), frente al Servicio Andaluz de Salud.

La parte reclamante fundamenta su reclamación en la existencia de un daño que, a su criterio, es efectivo, individualizado, económicamente evaluable, antijurídico e imputable a la Administración al atribuirse a la asistencia prestada en el Hospital Universitario Virgen del Rocío, dependiente del Servicio Andaluz de Salud.

Finalmente, por lo que se refiere a la existencia de relación causal entre la asistencia prestada y el daño alegado, debe recordarse que su prueba corresponde a la parte reclamante (arts. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC- y 67.2 de la Ley 39/2015), mientras que a la Administración la de los hechos obstativos a su existencia (art. 217.3 de la LEC), todo ello sin perjuicio de la modulación que los principios de facilidad y disponibilidad probatoria ejercen sobre las referidas reglas del *onus probandi* (art. 217.7 de la LEC).

1. Sobre la admisibilidad de la acción ejercitada por la interesada.

Con carácter previo al análisis sobre el fondo del asunto este Consejo Consultivo debe proceder, como no puede ser de otra manera, a analizar los términos en que la parte reclamante delimita en su reclamación el objeto del procedimiento de

responsabilidad patrimonial traído a la consideración de este Consejo. La propuesta de resolución comienza considerando que la madre presenta la reclamación “en nombre y representación de su hija menor de edad”. No obstante, dicha afirmación sólo puede admitirse parcialmente.

La reclamación patrimonial contiene dos pretensiones indemnizatorias fundamentadas en dos actos médicos diferenciados: uno, en que los servicios sanitarios que atendieron a la ahora reclamante no le ofrecieron la prueba de punción en el abdomen, con la que hubiera sido posible superar el error en que incurrieron con el “falso negativo” de la prueba del cribado; y dos, la mala atención posterior de medicina preventiva por no aplicar la vacuna de la bronquiolitis a la recién nacida.

Analizada en estos términos la reclamación, este Consejo Consultivo entiende que respecto del primer daño alegado no cabe entender que la madre represente y actúe en nombre de su hija, sino que actúe en su propio nombre por lo que a continuación se razonará, y sólo cabe admitir dicha representación respecto del segundo daño invocado.

La cuestión no es baladí respecto del primero de los daños invocados, puesto que lo primero que debe determinarse es la identificación de las acciones que se plantean en una reclamación de esta naturaleza porque en ella se da vida a una acción o acciones concretas; y no todas, como vamos a ver, resultan viables, ya que en este tipo de reclamaciones en que se cuestiona el nacimiento y la vida, la primera cuestión a examinar es la determinación del daño y del bien jurídico protegido de la madre y de la hija, para así comprobar si (a) el daño se ha producido y (b) si procede, o no, su reparación.

En efecto, tal es la transcendencia de esta consideración que si estamos en presencia de una reclamación que plantea la madre en nombre propio y que se fundamenta en el hecho de haber alumbrado un ser humano con enfermedades o con malformaciones congénitas que no fueron conocidas ni esperadas al no haber sido la madre informada de ellas (acción denominada *wrongful birth*) debe procederse a su examen sobre el fondo del asunto puesto que es una acción que está plenamente admitida en nuestro ordenamiento. Por el contrario, si se trata de una reclamación que presenta la madre en nombre y representación de la hija menor de edad (lo que equivale a todos los efectos que lo ha hecho la propia hija) es la propia nacida quien reclama por el hecho mismo de vivir en unas condiciones que pudieron evitarse de haber recibido la madre aquella información sobre su estado real de salud (acción denominada *wrongful life*) y ésta no está permitida en nuestro ordenamiento por varias razones: porque el aborto eugenésico no se configura como un derecho del hijo (sino de los padres), razón por la cual no se reconoce el derecho a la eutanasia prenatal ni



tampoco el derecho a nacer sano o nacer sin ningún tipo discapacidad. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2007 rechazó la petición de indemnización a favor del hijo menor “por tratarse de una situación que afecta exclusivamente a los padres”, y la de 23 de noviembre de 2007 al afirmar que “debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la sentencia de 5 de junio de 1998, que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo (STS de 19 de junio de 2007)”. Este también es el mismo criterio que aplican las Audiencias Provinciales, como hace la de Salamanca en su sentencia de 29 de noviembre de 2006, que afirmaba que “no puede decirse que las acciones de *wrongful life* o vida injusta (...) encuentren fundamento en nuestro Derecho”.

No obstante, en el asunto sometido ahora a nuestra consideración este debate se hace innecesario porque, como hemos avanzado, analizada la reclamación que presenta la madre, resulta evidente que no lo hace en representación de su hija, sino que invoca un daño propio (derivado de la imposibilidad de ejercer su derecho a decidir) generado de una mala *praxis* (no haberle informado de la posibilidad de hacerse la punción en el abdomen, a lo que, según la reclamante, tenía derecho para así poder “decidir si continuar con el embarazo o no o hacerse a la idea”).

2. Sobre la identificación del daño alegado en la acción *wrongful birth* que ejercita la madre.

La primera cuestión que se suscita es si el daño que da lugar a la reclamación es el irrogado por el propio nacimiento de su hija. Al respecto tiene afirmado con reiteración el Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 4 de noviembre de 2008 y de 19 de mayo de 2015, que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, ya que “no hay nacimientos equivocados o lesivos, pues el artículo 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida”, ya que, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2006 no puede considerarse como daño moral el nacimiento de un hijo, “pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad”. En iguales términos se expresaron las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1999 y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de noviembre de 2017.

Trasladando la doctrina expuesta al supuesto ahora analizado, es claro que no resulta propiamente indemnizable el embarazo mismo ni el hijo nacido. En este sentido, no cabe atisbar en la reclamación examinada que la madre solicite indemnización alguna por dicho nacimiento ni por la niña nacida ya que no identifica en esta nueva vida el daño por el que postula indemnización. Los términos en que se

expresa evidencian sin duda este hecho: “Mi niña (...). Es lo que más quiero en el mundo y no la cambio por nada (...).”

Tampoco, según la jurisprudencia y la doctrina de este Consejo Consultivo, constituye un daño objeto de indemnización el proveniente de los gastos dirigidos al sostenimiento, cuidado, alimento o habitación para un hijo, puesto que constituye “un grave error integrar este concepto resarcitorio con el importe de las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado, pues ésta constituye para los padres una obligación en el orden de las relaciones familiares impuesta por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el daño padecido no sería antijurídico, por existir para ellos la obligación de soportarlo” (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008, 19 de mayo de 2015, de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía de 9 de diciembre de 2016, de Castilla y León de 14 de octubre de 2016 y de Madrid de 24 de febrero de 2020). En el caso sometido a nuestra consulta, en puridad, la reclamante no solicita una indemnización por tales conceptos sino “porque a lo largo de toda su vida necesitará atenciones especiales y, el día que falte, que ella esté totalmente protegida para desarrollar su vida”, es decir, la reclamante viene a solicitar indemnización por los gastos y desembolsos derivados y especiales -en definitiva, extraordinarios- y que son adicionales o complementarios a los que supondrían el mantenimiento de un hijo sano, siendo estos plenamente admitidos en la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005, 4 de noviembre de 2008 y 25 de mayo de 2010, entre otras).

En lo que insiste la reclamante es en su derecho a “decidir si continuar con (su) embarazo o no” y en que “tenía ese derecho que (le) negaron porque el personal médico decidieron por (ella) sin informar (le) de nada (...).” En definitiva, la reclamación se fundamenta en la facultad de autodeterminación, la cual, según nutrida jurisprudencia, deriva del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas como es la que presenta la reclamación. En este sentido, el contenido del daño moral invocado (que no se sustenta en el nacimiento de la hija ni en los deberes de manutención de los padres) tampoco lo hace (y si lo hiciera no podría estimarse) en la facultad de abortar sino en el más amplio derecho de autodeterminación, al verse privada de la posibilidad de decidir libremente sobre su derecho a procrear y sobre la interrupción de su embarazo.

Estos son los términos de la reclamación y a ellos debe darse respuesta en el presente dictamen.

3. La necesaria vulneración de la *lex artis ad hoc* como requisito previo para que proceda la estimación de la reclamación en los términos examinados.



Como viene afirmando este Consejo Consultivo con reiteración, en línea con una consolidada línea jurisprudencial de ociosa cita, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizadora de resultados. Quiere con ello indicarse que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales. En consecuencia, no puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica como derivación inmediata y automática de un resultado anómalo puesto que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.

Esto dicho, aun identificado el bien jurídico que ha podido lesionarse y el daño que en él ha podido producirse -con descarte de aquellos que no resultan admisibles en nuestro ordenamiento-, como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 21 de diciembre de 2012 y de 4 de julio de 2013, “no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente”, por lo que “si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la *lex artis*, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido” ya que “la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”, todo lo cual debe articularse aplicando las reglas de la carga de la prueba y del esfuerzo probatorio correspondiente y realizado por la reclamante y por los servicios sanitarios.

Corolario de lo anterior es que la adopción de los medios al alcance del servicio y adecuados al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo y el acatamiento de los protocolos y la adecuación de la actuación sanitaria a la *lex artis* supone el traslado del deber de soportar el riesgo a la persona afectada, determinando que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico y, en consecuencia, no indemnizable. Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2001, “cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente

resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrarse legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto". Son los denominados riesgos del progreso como causa de justificación del daño, el cual ya la jurisprudencia anterior venía considerando como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la *lex artis*, entendiendo por tal el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, que comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.

Esta limitación en la eficacia de los medios empleados por la Administración sanitaria en relación al fin pretendido, esto es, la consecución en la fiabilidad del resultado de la prueba de detección de una malformación congénita ha llevado a este Consejo Consultivo a negar el deber de indemnización en supuestos de "falsos negativos" (por todos, el dictamen de este Consejo Consultivo 370/2017).

Partiendo de estas premisas, en el caso sometido a nuestra consulta, de los informes que constan en el expediente (así, el de UGC de Medicina Materno-Fetal, Genética y Reproducción) de 13 de julio de 2023, primero se le realizó ecografía morfológica, en la que no se detectan malformaciones fetales. Con posterioridad, una vez aceptada por la gestante, se le realiza la prueba de test fetal combinado y habiendo dado por resultado riesgo bajo por tener 1/310, no se le ofreció la posibilidad de realización de otras pruebas más fiables e invasivas, como la amniocentesis.

Jurídicamente en este caso la cuestión no se sitúa, por tanto, en un problema de antijuridicidad del daño pues la responsabilidad no es atribuible a la Administración por error de diagnóstico derivado de la realización de una prueba de la que no cabe esperar un resultado absolutamente infalible, puesto que no es exigible del sistema sanitario un resultado que las reglas del conocimiento técnico no garantizan por no haber alcanzado el estado de la ciencia aún tal nivel de conocimiento, tal y como se deriva del artículo 34.1 de la Ley 40/2015.

Teniendo en cuenta que, como ya se ha avanzado, para que prospere la reclamación patrimonial planteada es necesario que se haya producido mala *praxis* sobre si debió emitirse la información debida a la gestante sobre la posibilidad de realizar otras técnicas de detección de malformaciones congénitas y habida cuenta de la limitación de la técnica del cribado realizado, se hace necesario determinar si conforme a protocolo recaía sobre el servicio de ginecología el deber de informar



sobre la posibilidad de realizar otras pruebas más invasivas para que la interesada pudiera decidir su práctica a los efectos de tomar una decisión al respecto a la vista de sus resultados, como sustenta en su reclamación.

Todo ello en el bien entendido de que, si se constata el déficit de información -en este caso de realización de pruebas complementarias- el daño no consiste por sí solo en la falta de información sino en la pérdida del poder de autodeterminación personal al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan.

En los informes que constan en el expediente se viene a destacar que las pruebas que sirven para el diagnóstico de cromosomopatía son invasivas y no exentas de riesgo, por lo que se establece en los actuales protocolos un tipo de cribaje previo, para no someter a la madre y al feto a riesgos innecesarios. En el presente caso, según el citado informe de UGC de Medicina Materno-Fetal, Genética y Reproducción, a la luz del resultado del cribado, no se observó la necesidad de realización de la amniocentesis dado el resultado de bajo riesgo (1/310), puesto que el punto de corte establecido para considerar que un cribado es positivo a Trisomía 21 es de 1/280. Por lo tanto, dicho informe viene a mantener que a la gestante se le practicaron las técnicas de cribado recomendadas para los casos en que, como el suyo, no se detecta que estuviera en alto riesgo.

El referido informe no aprecia, por tanto, falta de medios o actuación sanitaria que haya incidido de forma relevante en un error de diagnóstico de las afecciones del feto, más allá de las propias limitaciones de la técnica utilizada en tanto que no se trata de una prueba diagnóstica sino un cálculo de probabilidad que pretende seleccionar a aquellas gestantes con riesgo alto para ofrecerle pruebas adicionales; unas pruebas que no evidenciaron en un porcentaje de riesgo apreciable que el feto padeciese alteración cromosómica, lo que acabó justificando que no se le ofrecieran ni, por tanto, se le realizaran otras más invasivas.

Esta explicación no satisfizo, sin embargo, a la reclamante, que en el trámite de audiencia presenta alegaciones con fecha 14 de noviembre de 2023 en donde insiste en que “tenía derecho a esa prueba de la amniocentesis, primero porque el cribado no es fiable totalmente y, en segundo lugar, por edad, 42 años”. Esta alegación, sin embargo, no altera la conclusión desestimatoria a que ha de llegarse puesto que, como se afirma en el citado informe de UGC de Medicina Materno-Fetal, Genética y Reproducción, el riesgo de cada gestante de tener un hijo o hija con trisomía 21, trisomía 18 o trisomía 13 “se calcula mediante un algoritmo estadístico que combina los siguientes datos: edad materna, parámetros bioquímicos (Beta HCG y PAPP-A) y parámetros ecográficos”. Por tanto, la edad estaba considerada e incluida en el test combinado, que arrojó un resultado de falso negativo.

Por otra parte, la reclamante alega fallo informático como explicación al falso negativo, si bien este fallo es negado en el citado informe, y no habiéndose conseguido probar por la reclamante, a quien corresponde la carga de la prueba, la citada alegación no puede prosperar.

Por último, la reclamación incluye mala atención posterior de Medicina Preventiva del hospital por no haberle inoculado la vacuna de bronquiolitis. Pero, más allá de que los servicios aludidos por esta queja ofrecen cumplida respuesta y explicación que justifica esta negativa, debe recordarse que, aunque a efectos dialécticos pudiéramos contemplar la posibilidad de que procediera la misma, la reclamante no invoca la producción de un daño en la menor en que haya derivado esta falta de administración de la citada vacuna. Así pues, debe recordarse que la anormalidad del servicio público constituye uno de los posibles títulos de imputación que legitima el ejercicio de la acción de responsabilidad por la persona legitimada para hacerlo, pero carece de virtualidad suficiente para obtener el efecto estimatorio pretendido, pues para ello se requiere que dicha conducta genere un daño y que la conducta tenga el necesario impacto causal para producirlo. Como ya dijera este Consejo Consultivo en su dictamen 596/2020, el deber de indemnizar surge sólo si el anormal funcionamiento del servicio ha generado un daño que no hay razón para que corra a cargo de la víctima, pues al sistema no cabe otorgarle un ámbito tan dilatado que lleve a que la Administración responda patrimonialmente por todo funcionamiento anómalo, ya que la responsabilidad patrimonial no es una institución sancionadora de actuaciones irregulares de la Administración, sino reparadora de los daños que dicho actuar haya podido causar y que resulten objetivamente antijurídicos. Por ello no sólo es requisito para obtener una respuesta estimatoria señalar el título de imputación sino determinar el daño que ha causado y demostrar el nexo causal entre la acción u omisión de la Administración y el resultado lesivo.

En consecuencia, por todo lo razonado debe desestimarse en su integridad la pretensión indemnizatoria planteada por la reclamante y, por tanto, procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria sometida a nuestra consideración.



5.5. Dictamen 1078/2024, de 18 de diciembre, relativo al procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional en el que la interesada reclama, en representación de su hija, por los daños sufridos en un comedor escolar.

En el fundamento jurídico cuarto de este dictamen se analiza la imputabilidad del daño en caso de gestión indirecta a través de contratista y concesionarios.

*Ponencia: Presidenta, María Jesús Gallardo Castillo
Letrado Mayor, Tomás Requena López*

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración tramitado por la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, a instancia de doña (...) en representación de doña (...).

La parte reclamante fundamenta su reclamación en la existencia de un daño que, a su criterio, es efectivo, individualizado, económicamente evaluable, antijurídico e imputable a la Administración contra la que se reclama. En efecto, la reclamación se dirige correctamente frente a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, pasivamente legitimada en este procedimiento, puesto que a ella se encuentra adscrito el centro escolar CEIP Reina María Cristina de Huelva. En este sentido la propuesta de resolución olvida los fundamentos del instituto de la responsabilidad patrimonial.

1. Sobre la imputabilidad del daño en caso de gestión indirecta a través de contratistas y concesionarios

En efecto, como ha afirmado la doctrina administrativista, hasta la aparición de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa (en adelante LEF), la responsabilidad de los contratistas y concesionarios de la Administración carecía por completo de regulación específica alguna, siendo, por tanto, de aplicación a los daños que tales sujetos pudieran causar a terceros las reglas generales del Código Civil, es decir, los preceptos reguladores de la responsabilidad por culpa o negligencia entre particulares y resultando, en consecuencia, los tribunales civiles los competentes para resolver los litigios que pudieran suscitarse entre aquellos y los terceros que hubieran

podido resultar dañados por la actividad de los concesionarios y contratistas de la Administración. Y así se recogía en el artículo 4 de la Ley de 13 de septiembre de 1888 (Ley de Santamaría de Paredes), el artículo 121 de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 y el artículo 256 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1878, entre otros.

Este sistema normativo encontraba su fundamento en el razonamiento consistente en que si los actos del concesionario no son actos administrativos, o sus contratos, contratos administrativos, o sus agentes, agentes administrativos o sus fondos, fondos públicos, así su eventual responsabilidad no hay razón para que sea responsabilidad administrativa. Sin embargo, el planteamiento se voltea radicalmente por la LEF al establecer un régimen jurídico específico (sustantivo y procesal) de responsabilidad de los concesionarios de la Administración y que lo hacía en perfecta sintonía con la regulación general de la responsabilidad patrimonial de la Administración que la propia LEF introdujo. Todo ello pese a la escasa aplicación por parte de la jurisprudencia que se resistía a aplicar en todas sus consecuencias el art. 121.2 y 123 de la LEF, estableciendo este último que: “Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso.” En consecuencia, el precepto no trataba de convertir a la Administración en responsable de la actuación ordinaria del concesionario o contratista, de la que éstos continuaban ciertamente, como siempre, respondiendo, sino de establecer los aspectos procedimentales o procesales del asunto, estableciendo, sin excepción alguna, que el procedimiento de reclamación de responsabilidad a los concesionarios de la Administración por los perjuicios causados a terceros en el desarrollo de su actividad habrá de canalizarse dirigiendo todas las peticiones de responsabilidad a la Administración concedente, con independencia de la naturaleza de la actividad desplegada por el concesionario. Así, la Administración concedente del servicio decidirá, primero, si hay responsabilidad y, en su caso, quién es, luego, el sujeto responsable, siendo, por lo demás, la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer las decisiones de la Administración sobre la procedencia de la indemnización y sobre el sujeto imputable (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1983).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1990 afirmaba que el servicio público imprime tan fuerte carácter que la Administración titular del mismo responde siempre de lo que acontezca como consecuencia de su funcionamiento, aunque la gestión se haya encomendado a un particular, colaborador



eventual o estable: “el titular del servicio público responde siempre, aunque adjudique su gestión a un concesionario”, o en la consagración de la regla de la solidaridad, que permite a los particulares lesionados, “a la mínima participación de la Administración en la producción de la lesión, exigirle a ella en primer lugar y de forma directa la indemnización entera”. Resulta en este sentido ilustrativo el dictamen del Consejo de Estado de 12 de julio de 1973 que justifica esta imputación a la Administración de los daños producidos a terceros por los contratistas y concesionarios en el “criterio del encuadramiento orgánico del agente productor del daño dentro de la esfera administrativa”, otorgando esta imputabilidad mayores garantías para los particulares que con aplicación de las reglas civiles. Así también lo entendió la sentencia de la Audiencia de Oviedo de fecha 18 de marzo de 1976 al afirmar que “remitir al tercero perjudicado por la ejecución de una obra pública a las reglas comunes de la responsabilidad civil, so pretexto de que la comisión del daño es imputable al contratista, sería tanto como recortar sus posibilidades de reclamar indemnización, en demérito de los derechos que las leyes administrativas le confieren; piénsese en el contraste que entrañaría las diferencias de las reglas a aplicar (administrativas o civiles), según que la obra pública fuera ejecutada directamente por la Administración o por el sistema de contratación; de esta forma se proporciona a los perjudicados un mayor margen de seguridad jurídica, ya que para ellos es siempre la administración quien actúa con su cortejo de prerrogativas y poderes, sin que les corresponda conocer las relaciones internas que puedan existir entre la Administración y el contratista a los efectos del abono de las indemnizaciones que puedan ser exigidas”.

Esta misma solución fue ratificada por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de mayo de 1980: “los preceptos antes citados (artículos 121.2 y 123 de la LEF y 134.2 del RCE) han pretendido sin duda en estos casos permitir al particular citado una paridad de trato en relación con otros casos en que la Administración es directamente imputable, pero sin perjuicio de que la responsabilidad recaiga sobre el patrimonio a quien realmente corresponda porque es quien tiene la obligación de soportarla”.

Este mismo criterio ha sido reiterado tanto por la jurisprudencia como por este Consejo Consultivo al considerar que la responsabilidad patrimonial nace de manera omnicomprensiva del funcionamiento de los servicios en cuanto ha de referirse a toda actuación de las administraciones en el ejercicio del giro o tráfico jurídico, es decir, en el ejercicio de sus competencias. En este sentido, la doctrina contenida en el dictamen 123/1998, subraya que la Constitución ha erigido la noción objetiva de servicio público en la clave de bóveda del sistema de responsabilidad patrimonial, que “no puede quedar al albur del concreto ejercicio de la potestad autoorganizatoria” de cada una de las administraciones públicas. En este sentido, el dictamen 231/2008 señala que 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. Otro tanto sucede con lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía (art. 123.2). Dicho principio tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a exigir la responsabilidad [art. 35.i) de la Ley 30/1992] y es reconocible en el genérico enunciado de la responsabilidad por la gestión pública, que ha sido acogido como principio de actuación de la Administración de la Junta de Andalucía en el artículo 3.s) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, tal y como antes hiciera el artículo 3.2.d) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con respecto a la Administración General del Estado, incluidos los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

De conformidad con este principio, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las administraciones públicas disponía, en su artículo 98:

“1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

En consecuencia, al igual que los antecedentes referidos, la ley pretende evitar la responsabilidad directa de la Administración cuando actúa a través de contratistas y concesionarios, siendo inequívoca la atribución de responsabilidad al contratista, con la excepción de que la acción productora del daño derive de una orden directa de la Administración o vicios del proyecto, como también resulta evidente la posibilidad de



que el perjudicado demande directamente al contratista en vía civil, como se establece en el apartado tercero transcrita. En coherencia con ello, el artículo 162.c) incluía entre las obligaciones generales del concesionario la de indemnizar los daños que se causen a terceros, en los mismos términos que en regulaciones anteriores de las concesiones. Por su parte, el artículo 198 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 reproducía este mismo precepto y el artículo 229.e) también reitera que una de las obligaciones generales del concesionario es indemnizar los daños que se ocasionen a terceros “por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con el artículo 198”.

Este esquema vuelve a reproducirse en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en la vigente 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. Por tanto, ninguna duda cabe de que la indemnización sigue siendo una obligación del concesionario (art. 258, letra e), incluyéndose ahora la novedad de que la Administración podrá “declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato” (art. 190), lo que, a juicio de este Consejo Consultivo, abarca tanto a la responsabilidad del contratista frente a la Administración contratante (en caso de incumplimiento del contrato) como también a la responsabilidad por daños causados a terceros.

En definitiva, este Consejo Consultivo (dictámenes 15/2000, 716/2018, 770/2019, 792/2019 y 126/2024), en coincidencia con el Consejo de Estado y la jurisprudencia viene defendiendo que el principio de responsabilidad objetiva de la Administración permanece inalterable con independencia de si el servicio público es gestionado o prestado por la Administración de forma directa o indirecta: “Es doctrina constante que la intervención de una empresa contratista o concesionaria en la prestación del servicio público no afecta a la imputabilidad, pues si ello fuese así no cabría hablar de responsabilidad patrimonial. De lo que se trata es que, dándose aquélla por ser imputable el daño al giro o tráfico de la Administración, quien haya de satisfacer la indemnización es la persona con quien la Administración ha contratado”, por lo que, si se acredita el nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público y los demás requisitos legalmente exigidos, previa audiencia del contratista, debe ser la Administración titular del servicio quien indemnice, sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de regreso frente al contratista implicado en la causación del daño por el que se reclama.

Por ello, instada la vía de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración, como sucede en este caso, esta debe dar audiencia al contratista (como efectivamente ha hecho en este caso).

2. Relación de causalidad.

Por lo que se refiere a la carga de la prueba de la relación causal corresponde a la parte reclamante (arts. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 67.2 de la Ley 39/2015), mientras que corresponde a la Administración la prueba de los hechos obstativos (art. 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el expediente queda acreditada la producción de un daño atribuible al funcionamiento de un servicio público y así lo acepta la propuesta de resolución aunque esta yerre en la interpretación del sentido de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial. Queda acreditado que el daño tuvo lugar durante una de las actividades que tiene lugar dentro del centro docente, en concreto con la relativa al servicio de comedor, cuando la menor sufrió un accidente al voltearse una de las mesas del comedor causándole el aplastamiento en los dedos de la mano izquierda.

En este orden de consideraciones, es necesario tener en cuenta que la relación causal es en el ámbito de la responsabilidad patrimonial un elemento no sometido en su aplicación a patrones rígidos, sino por el contrario caracterizada por su ductilidad. Es una consecuencia necesaria de los aspectos relacionados, el particular giro o tráfico de la Administración al que se atribuye el daño y la propia configuración del sistema de responsabilidad objetiva como responsabilidad objetivable, esto es, como institución que puede hacer responsable a la Administración de los daños producidos incluso en caso de un funcionamiento normal de los “servicios públicos”.

El juego combinado de esos dos elementos es lo que hace que la virtualidad de la responsabilidad patrimonial por existencia de relación causal sea diferente en ámbitos diferentes (sanitario, accidentes en lugares públicos, daños producidos por deficiente funcionamiento de suministros básicos, o en el ámbito educativo e incluso en este dependiendo de la esfera concreta en la que se produzca el daño, por citar solo algunos ejemplos). En un caso como el presente en el que no puede atribuirse a un tercero la rotura del nexo causal (la atribución de responsabilidad a la contratista es algo radicalmente diferente, como ya se ha expuesto) ni a la propia víctima (menor de edad), no cabe duda alguna de la existencia de responsabilidad patrimonial.

Acreditada la relación de causalidad de acuerdo con lo expuesto y afirmada, pues, la responsabilidad patrimonial de la Administración, se trata de determinar quién ha de abonar la indemnización procedente, dada la intervención de una contratista.

3. Posibles vías de resarcimiento y alcance del pronunciamiento de la Administración sobre la responsabilidad y deber de abono de la indemnización por el contratista



Sobre dicha cuestión, la contratista considera que no tiene responsabilidad alguna al haberse producido justo antes (13:50 horas) del inicio del servicio de comedor (14 horas), pero no se entiende muy bien su alegato si ella misma invoca entre otras prescripciones las previsiones establecidas en la cláusula 5.3.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, conforme a la cual los “cuidadores” tendrán, entre otras funciones, la de “acompañar al alumnado usuario del servicio a las referidas instalaciones teniendo especial cuidado con el alumnado de educación infantil”, y “el personal de atención al alumnado realizará su actividad en los períodos anteriores (desde la finalización de la última clase de la mañana), durante los turnos del servicio y durante el periodo posterior a la utilización del servicio (hasta el comienzo de las actividades extraescolares)”. De acuerdo con las declaraciones de la coordinadora de las monitoras, “a las 13:50 aproximadamente del 27 de abril” se encontraba “en la cocina del comedor y escuchó” entrar a unos niños, y “en ese momento” salió una monitora (de la empresa) a recibirlos y “de repente” esa monitora entró con la alumna lesionada.

La cuestión controvertida y en modo alguno pacífica en nuestra jurisprudencia es si, en caso de reconocer que concurren los requisitos para reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial, y por tanto, tras declararla, debe ser la Administración quien abone a la víctima la correspondiente indemnización y acudir después a la acción de regreso frente al contratista, cuando a este corresponda dicho deber de resarcimiento. O bien, por el contrario, que procede desestimar la reclamación patrimonial cuando considere que la responsabilidad corresponde al contratista, con la correspondiente ruptura del nexo causal (como en este caso considera la propuesta de resolución que ha ocurrido), en cuyo caso la resolución, sin reconocer derecho alguno del reclamante a ser indemnizado, deja expedita la vía civil para que proceda a formular la correspondiente reclamación contra este.

Este último es el criterio que aplica la propuesta de resolución sometida a nuestra consideración, que ya avanzamos no puede ser dictaminada favorablemente por este Consejo Consultivo, puesto que, conforme a lo que se acaba de razonar, debió haber omitido pronunciarse en cuanto al fondo del asunto en relación a la responsabilidad del contratista, en lugar de declarar, como lo hace, en la parte conclusiva “que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad de la empresa (...”).

Este Consejo Consultivo no desconoce que también es el criterio seguido por buena parte de la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo en sentencias de 30 de octubre del 2003 y de 24 de mayo del 2007), al considerar al contratista como un tercero cuya intervención rompe el nexo causal entre la entidad pública titular de la

obra o servicio y el daño, por lo que no procede someterlo al procedimiento administrativo, debiendo limitarse la Administración únicamente a determinar a quién procede imputar la responsabilidad por los daños causados -si a ella o al contratista-, eso sí, sin prejuzgar la concurrencia o no de los requisitos y sin pronunciarse sobre la cuantía indemnizatoria.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo del 2007 afirmaba: “la responsabilidad patrimonial de la Administración sólo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en todo lo demás, en cuanto la Administración es titular de la obra y el fin público que se trata de satisfacer, e incluso en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes del proyecto elaborado por la Administración o vicios del proyecto elaborado por la misma. Por otra parte, ello no supone una carga especial para el perjudicado en cuanto a la averiguación del contratista o concesionario, pues el propio precepto señala que basta que el mismo se dirija al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el responsable de los daños, si bien, la consecuencia de todo ello es que la posterior reclamación ha de acomodarse al procedimiento establecido en la legislación aplicable en cada supuesto, sin perjuicio, claro está, de la impugnación ante la misma Administración cuando se discrepe de dicho pronunciamiento”.

En igual sentido se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016: “Cuando el daño se impute a un concesionario -o contratista-, de conformidad con lo establecido en los mencionados preceptos, el perjudicado ha de dirigirse contra la Administración titular del servicio y otorgante de la concesión; debiendo ésta, con audiencia de todas las partes afectadas, determinar si la imputación del daño ha de realizarse, conforme a ese sistema de reparto de responsabilidad, bien al concesionario o a la Administración; dejando abierta la vía civil para aquel primer caso y la vía administrativa para la segunda”. Esta misma solución es la que aplicó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de enero de 2011, que vino a reconocer la inexistencia de nexo causal entre los daños sufridos por la víctima y el funcionamiento de los servicios municipales, por lo que reconoció la responsabilidad de la contratista. En igual sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2003, que aplicando la legislación de contratos entonces vigente declara que “el sujeto responsable del pago de la indemnización reclamada es, en cumplimiento de los preceptos que invoca la sentencia recurrida del



entonces aplicable Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y Reglamento General de Contratación de 28 de diciembre de 1967, el contratista, a quien le incumbe indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de la obra, salvo cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración; supuesto que, en atención a los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, no concurre en el caso que enjuiciamos; por lo que procede rechazar estos dos motivos de casación". También este mismo criterio se aplicó en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, que desestima la pretensión de responsabilidad patrimonial formulada por una junta de compensación contra la Administración General del Estado por daños producidos en la ejecución de un contrato de obras. La reclamación patrimonial sólo se había formulado frente a la Administración, en cuya resolución se limitó a rechazar su responsabilidad, remitiendo al perjudicado a que reclame contra el contratista.

La doctrina de los órganos consultivos no altera el centro de imputación (en el bien entendido de atribución causal del daño), que se sigue situando en el contratista a no ser que medie la conocida excepción de que la acción productora del daño derive de una orden directa de la Administración o vicios del proyecto, pero discrepa de la solución de remitir directamente la víctima a la empresa contratista. Pueden citarse a título de referencia los dictámenes del Consejo de Estado de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973; dictámenes 889/2012, 43/2015, 154/2015, 360/2019, 550/2019, 347/2020, 267/2023 y 422/2022 del Consejo Consultivo de Castilla y León; 185/2022 del Consejo Consultivo de Asturias, con cita de los dictámenes 173/20 y 86/21 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, 44/2019 y 189/2021 del Consejo Consultivo de Canarias; 511/2019 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, 89/2008 de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi; 58/2021 y 155/2021 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, entre otros muchos. Varias son las razones que impulsan a adoptar la primera de las soluciones antes apuntadas: por resultar más garantista para la víctima, quien por el desconocimiento respecto de la modalidad de gestión del servicio público dirigió su pretensión indemnizatoria a la Administración por ser aquella de la que recibía el servicio. También para evitarle el peregrinaje jurisdiccional que supone dirigirse primeramente a la Administración prestadora del servicio para después dejar inutilizado el procedimiento administrativo y dirigirse a la contratista en reclamación de los daños irrogados, lo que supondría someterle a dos procesos paralelos, uno frente a la Administración y otro frente al concesionario o contratista, con lo que se le obliga a asumir una carga procesal excesiva. En definitiva, porque el hecho de que la Administración haya optado por la gestión indirecta de un servicio no puede provocar que se le prive al ciudadano de ninguna garantía que suponga un distinto trato

respecto de aquellos ciudadanos que reciben ese mismo servicio por gestión directa. Como dijimos en nuestro reciente dictamen 31/2024, “la imputabilidad no desaparece porque la actuación administrativa no sea realizada por la Administración misma sino a través de un tercero, ya sea contratista o empresa mixta creada al efecto, pues el daño se atribuye a una actuación propia del giro o tráfico de la Administración que ésta ha considerado conveniente realizar a través de terceros. La única incidencia de tal intervención concierne a quien haya de pagar la indemnización si se estima que hay responsabilidad, para lo cual ha de tenerse en cuenta el artículo 196 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, de modo que la actuación del tercero llevaría a éste a estar obligado al pago, salvo orden directa de la Administración o vicio del proyecto”.

A todo ello debe añadirse que, en el presente supuesto la parte reclamante ha instado la vía administrativa para reclamar responsabilidad patrimonial frente a la Administración, y que el artículo 190 de la LCSP reconoce, entre las prerrogativas de la Administración pública, “declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato”. Ello le obliga no solo a dar audiencia al contratista - como efectivamente ha hecho-, sino también a declarar su eventual responsabilidad si concurren los requisitos para estimarla, en cuyo caso, deberá abonar a la víctima la cuantía que corresponda y acudir a la acción de regreso frente a la contratista, para cuya efectividad y exigencia del reintegro al contratista la Administración dispone de potestades, como ha declarado el Tribunal Supremo (sentencias, entre otras, de 20 de noviembre de 2018) al afirmar que la resolución que ponga fin al procedimiento de responsabilidad imputando la misma a una empresa interpuesta, una vez adquiere firmeza, “es título suficiente para reclamar la Administración las cantidades abonadas a la entidad concertada, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines”.

Así pues, afirmada la responsabilidad patrimonial, corresponde a la Administración el abono de la indemnización y dirigirse después a la contratista para obtener el importe de la misma.



6. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

6.1. Dictamen 830/2024, de 22 de octubre, sobre responsabilidad contractual tramitado por la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda, en el que la parte interesada reclama por los daños y perjuicios que se le han ocasionado en la ejecución de su contrato por fuerza mayor.

El Consejo Consultivo aclara que estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual fundamentado en el artículo 239 de la LCSP y concluye que procede indemnizar al contratista por los daños producidos por causa de fuerza mayor.

*Ponencia: Consejera, María Luisa Roca Fernández Castanyas
Letrado Mayor, Tomás Requena López*

1. Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento tramitado por la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda, sobre la reclamación por daños y perjuicios por causa de fuerza mayor presentada por la UTE (...) y (...) (UTE (...)) como contratista de las obras de “restauración ambiental y paisajística del itinerario paisajístico y de recualificación de bordes urbanos en el estuario norte del Odiel” (expte. 21.00150B.20).

2. El Consejo Consultivo es competente para emitir dictamen al amparo del artículo 191.3.c) de la Ley 9/2017, de 8 de septiembre, 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 LCSP), dado que el daño se valora en 107.582,87 euros y finalmente en 90.405,78 euros.

3. Respecto a los aspectos procedimentales del expediente, debe notarse lo siguiente:

En primer lugar, no existe un procedimiento específico normativamente previsto para el supuesto que nos ocupa, de modo que habrán de seguirse las normas generales de procedimiento previstas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las administraciones públicas.

En cuanto a la competencia para resolver, corresponde a quien actuó como órgano de contratación, pues es a él a quien corresponden todas las potestades relacionadas con la relación contractual y singularmente así resulta de los artículos 190 y 191 de la LCSP, en particular los apartados 3.c) y 4 de este último.

Por último, respecto al plazo para resolver, no existe un plazo específico al respecto, de modo que el plazo será el general previsto en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015. Dada la existencia de una regla general sobre la duración de los procedimientos administrativos, a éste habrá de estarse, por lo que el plazo es de tres meses (art. 21.3 de la Ley 39/2015).

Es cierto que desde que se presentó el escrito de reclamación (10 de noviembre de 2023) ha transcurrido sobradamente esos tres meses. Pero conforme al apartado 2 de la disposición final cuarta de la LCSP, “en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, al ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, cumplimiento o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado esta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver”.

Precisamente por ello, la Administración no está vinculada al sentido del silencio en el cumplimiento de su obligación de resolver, de acuerdo con el artículo 24.3.b) de la Ley 39/2015, al ser negativo.

II

1. Realizadas las consideraciones precedentes, es aconsejable delimitar el supuesto sometido a consulta pues una primera impresión permite ya conjutar que no estamos ante un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración, pero que tampoco estamos ante el típico caso de responsabilidad contractual de la Administración.

En efecto, no existe ningún funcionamiento normal o anormal de la Administración, esto es, ante una actuación u omisión que sea incardinable en el giro o tráfico de la Administración a la que el reclamante atribuya o pudiera atribuirse la causación del daño y, si así fuese, no podría tener virtualidad el instituto de la responsabilidad patrimonial, dado que la fuerza mayor, concepto sobre el que pivota el expediente, excluye el juego del instituto de la responsabilidad patrimonial (art. 32.1



de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que no hace sino recoger un principio clásico y básico para la virtualidad del referido instituto) cuando aquí, como se ha dicho, no existe proceder alguno administrativo al que pueda anudarse el daño.

Pero tampoco estamos ante la típica reclamación contractual derivada de la realización regular del objeto del contrato y que, como este Consejo ha declarado, no aparece específicamente regulada en la normativa de contratación administrativa ni en “las restantes normas del derecho administrativo”, por lo que habrá que estar a “las normas de derecho privado” (art. 19.2 de la LCSP), lo que supone de acuerdo con las reglas que resultan de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, que para que surja responsabilidad contractual es necesario un incumplimiento de uno de los contratantes por dolo o negligencia, si bien la jurisprudencia ha relativizado el concepto de diligencia de forma que basta con que el comportamiento de uno de los contratantes no haya sido el adecuado atendiendo a las circunstancias y que ello haya provocado un daño, o lo que es lo mismo, ha modulado el “reproche culpabilístico” de la responsabilidad contractual, de modo que aunque en puridad no se ha hecho objetiva, sí se ha objetivado (entre otras muchas, SSTS 10 de julio de 1985, 30 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994 y 21 de noviembre 1996).

El asunto a dilucidar es sin duda una reclamación contractual, pues surge en el ámbito del contrato, pero, a diferencia del supuesto antes referido, encuentra su fundamento directo en el artículo 239 de la LCSP, conforme al cual:

“1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.”

2. En efecto, estamos ante los daños sufridos en el seno de la relación contractual por un contratista como consecuencia no de una actuación administrativa, sino por obra de un caso de fuerza mayor. Y es que consta acreditado en el expediente (datos meteorológicos de la AEMET e informe de la Dirección Facultativa de 15 de diciembre de 2023) que como consecuencia del ciclón subtropical Bernard (la segunda gran borrasca de la temporada 2023-2024), con rachas de viento muy

superiores a los 100 km/h y precipitaciones intensas, fueron derribados más de mil árboles, lo que puede calificarse como fenómeno natural catastrófico “en el sentido ordinario y común del adjetivo empleado por el legislador, lo que supone, en el plano de los hechos, una alteración grave del orden regular de las cosas”, como recuerda el informe del Gabinete Jurídico, recogiendo doctrina del Consejo de Estado (por todos, dictamen 2985/98, de 16 de julio).

Además, el expediente permite constatar también que no ha existido una actuación imprudente por parte del contratista y que, por tanto, los daños no se han debido en modo alguno a intervención humana y, en este orden de consideraciones, debe recordarse que es doctrina jurisprudencial, que “los supuestos contemplados en el apartado b) de dicha norma se califican como ‘fenómenos naturales’, esto es, cambios en la naturaleza no provocados directamente por la acción humana, sino por las fuerzas naturales ajenas a su intervención.” Así lo declara la sentencia del Tribunal Supremo 644/2022, de 31 de mayo, fundamento de derecho cuarto.

Para esa sentencia, tal conclusión “se corrobora si atendemos a los supuestos específicamente mencionados en este apartado (maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones)”, sin que “el hecho de que el propio precepto, tras la enumeración ejemplificativa, añada ‘u otros semejantes’ implique modificación de “la exigencia inicial que los define: han de ser ‘fenómenos naturales’ (...) de modo que junto con los específicamente enumerados también se comprenderán otros en los que exista identidad de razón, tales como tornados, huracanes, etc... Pero sin que la expresión pueda ser entendida como una puerta abierta a otros eventos en los que no se aprecie dicha identidad, incorporando supuestos en los que se diluya o atenúe la exigencia inicial de que se trata de fenómenos naturales con un resultado catastrófico”, y ello aun reconociendo que “pueden existir casos en los que la acción del hombre influya de forma meramente circunstancial en los acontecimientos naturales, o que su intervención sobre el medio ambiente contribuya, aun de forma indirecta o mediata, a la producción de estas catástrofes naturales sin que por ello dejen de ser considerados supuestos de fuerza mayor (piénsese en el calentamiento global por la acción humana que motiva fenómenos atmosféricos catastróficos)”, pues “lo que se excluye en la norma son los desastres medioambientales en cuya causación y con una conexión directa y relevante intervenga la acción del hombre (...).”

3. En definitiva, ha de concluirse que concurre el supuesto contemplado en el artículo 239 de la LCSP, por lo que procede indemnizar al contratista por los daños producidos en el seno de la ejecución de la prestación objeto del contrato celebrado con la Administración, por causa de fuerza mayor.



III

En cuanto a la indemnización procedente, la propuesta considera que han de abonarse 90.405,78 euros, modificando la valoración inicial de 107.582,87 euros, lo que ha de considerarse correcto, pues supone la eliminación de la indemnización de los gastos generales y del beneficio industrial, pues la función de la indemnización es justamente la del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.