Revista Española
de la
Función Consultiva

CONSEJO ASESOR

Excma. Sra. D.ª M.ª Teresa Fernández de la Vega Sanz
Presidenta del Consejo de Estado

Hnble. Sr. D. Joan Egea Fernández
Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Cataluña

Excmo. Sr. D. Albert Lamarca i Marquès
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña

Excmo. Sr. D. Pablo Matos Mascareño
Presidente del Consejo Consultivo de Canarias

Hnble. Sr. D. Antonio José Diéguez Seguí
Presidente del Consejo Consultivo de las Illes Balears

Excmo. Sr. D. Juan B. Cano Bueso
Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía

Hble. Sra. D.ª Margarita Soler Sánchez
Presidenta del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana

Excmo. Sr. D. José Bermejo Vera (†)
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón

Excmo. Sr. D. Joaquín Espert Pérez-Caballero
Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja

Excmo. Sr. D. José Luis Costa Pillado
Presidente del Consejo Consultivo de Galicia

Excmo. Sr. D. Joaquín Manuel Sánchez Garrido
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén
Presidente del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Excmo. Sr. D. Alfredo Irujo Andueza
Presidente del Consejo de Navarra

Ilmo. Sr. D. Sabino Torre Díez
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

Excmo. Sr. D. Agustín Sánchez de Vega
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León

Ilma. Sra. D.ª Begoña Sesma Sánchez
Presidenta del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

Ilma. Sra. Dª Concepción Montero Gómez
Presidenta de la Comisión Jurídica de Extremadura

Ilma. Sra. Dª Rocío Guerrero Ankersmit
Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN
DIRECTORA
Margarita Soler Sánchez
Enrique F. Fliquete Lliso, Faustino de Urquía Gómez, Asunción Ventura Franch, María del Carmen Pérez Cascales, Joan Carles Carbonell Mateu, Francisco Camps Ortiz, Joan Tamarit i Palacios, Vicente Garrido Mayol, José R. Díez Cuquerella, Vicente Cuñat Edo, Alberto Jarabo Calatayud, Ana Castellano Vilar, Joan Ignasi Pla i Durà, María Luisa Mediavilla Cruz, Federico Fernández Roldán
Secretario
Fernando García Mengual

El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana no se resposabiliza de las posiciones mantenidas o vertidas por los colaboradores de la REFC, que son, en consecuencia estrictamente personales.

Revista Española de la

FUNCIÓN CONSULTIVA

28

JULIO-DICIEMBRE
2017

29

ENERO-JUNIO
2018

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Edita: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

Producción gráfica: *Blanca Impresores S.L.*

Maquetación*: Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

ISSN: *1698-6849*

Depósito Legal: *V-4523-2004*

SUMARIO

Presentación 11

***In memoriam*, José Bermejo Vera** 13

***In memoriam*, Mariano García Canales** 15

Estudios

a) XVIII Jornadas Nacionales de la Función Consultiva

CARMEN MARÍA SALGUEIRO MOREIRA. *Reflexiones sobre el futuro de los órganos consultivos autonómicos* 23

JOSÉ JUAN SUAY RINCÓN. *Consejos Consultivos Autonómicos: Una breve semblanza comparada*..... 37

b) XIX Jornadas de la Función Consultiva

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ. *Las causas generales de resolución de los contratos administrativos en la Ley de 2017. En particular, la resolución por incumplimiento del contratista* 45

ROBERTO PÉREZ SÁNCHEZ. *Incidencia de las sentencias firmes en la función consultiva* 81

FELIPE IGLESIAS GONZÁLEZ. *Supuestos en los que la nulidad del planeamiento urbanístico puede provocar la existencia de responsabilidad patrimonial* 123

c) Otros Estudios

JUAN CANO BUESO. *La legislación de urgencia en el Estado Autonómico* 163

CARLOS FERNÁNDEZ ESQUER. *El controvertido sistema electoral Canario en la doctrina del Consejo Consultivo de Canarias* 183

ÓSCAR MATEOS Y DE CABO. *El Consejo de Estado y los Consejos consultivos autonómicos: valoración del papel institucional de estos órganos y su eficacia*..... 209

Doctrina de los Consejos Consultivos

Doctrina sobre la responsabilidad patrimonial como censecuencia de situaciones de acoso en el ámbito de la Administración pública

Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana
Patricia Boix Mañó 241
Consejo Consultivo de Galicia
Vanessa Brea Lago 255
Comisión Jurídica Asesora de Euskadi
Deiane Agirrebaltzategi Sánchez 277
Consejo Consultivo de Castilla y León
Beatriz Martín Lorenzo 297
Consejo Consultivo del Principado de Asturias
Agustín Iriondo Colubi 319

Dictámenes

Consejo Garantías Estatutarias de Cataluña
Dictamen 1/2018, de 26 de abril, sobre la Proposición de ley de modificación de la Ley 13/2008, de la Presidencia de la Generalitat y del Gobierno 331

Consejo Consultivo de Andalucía
Dictamen núm. 625/2018, de 19 de septiembre, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de daño derivado del riesgo psicosocial en el trabajo 371

Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha
Dictamen núm. 238/2019, de 1 de junio, relativa a revisión de oficio instruido por el Ayuntamiento de Villaluenga de la Sagra (Toledo) a instancia de "W", a fin de que se declare la nulidad de pleno derecho de una liquidación tributaria girada a esa entidad bancariaen el año 2016 por el Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana 389

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional
El controvertido alcance de la objetividad de la responsabilidad patrimonial de la Administración a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2018, de 17 de octubre.
Beatriz Bosch Marco 413

Tribunal Supremo
Los límites a la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo
Alba Soriano Arnanz 423

Notas Bibliográficas

Recensión del Libro de Carlos YÁÑEZ DÍAZ, «*Responsabilidad patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos*», de Carlos Yáñez Díaz
Fernando García Mengual 445

Normativa de interés

Consejo Consultivo de Canarias
Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias [artículo 58] 453

Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana
Decreto 37/2019, de 15 de marzo, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana 455
Ley 1/2019, de 5 de febrero, de la Generalitat, de modificación de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat Valenciana [*Extracto*] 486

Comunidad Autónoma de Cantabria
Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria –*Extracto*–..... 491

Información institucional

Consejo de Estado 511
Comisión Jurídica Asesora de Cataluña..... 512
Consejo Consultivo de Andalucía 512
Consejo Jurídico de la Región de Murcia 513
Consejo Consultivo de Castilla y León 513
Consejo Consultivo del Principado de Asturias..... 514

Escriben en este número 517

Consejo de Redacción 521

Instrucciones para la remisión de originales 525

Boletín de suscripción 527

TABLE OS CONTENTS

Presentation 11

***In memoriam*, José Bermejo Vera** 13

***In memoriam*, Mariano García Canales** 15

Studies

a) 18th National Conferences of the Consultative Function

CARMEN MARÍA SALGUEIRO MOREIRA. *Reflections on the future of the consultative bodies of the Autonomous Regions* 23

JOSÉ JUAN SUAY RINCÓN. *Regional Advisory Councils: A Brief Comparative Profile* 37

b) 19th Conference on the Consultative Function

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ. *The general causes of termination of administrative contracts in the 2017 Act. In particular, the resolution for breach of contract by the contractor* 51

ROBERTO PÉREZ SÁNZHEZ. *Impact of final judgments on the advisory function* 81

FELIPE IGLESIAS GONZÁLEZ. *Assumptions in which the nullity of urban planning can lead to the existence of patrimonial liability* 123

c) Other estudies

JUAN CANO BUESO. *Emergency legislation in the state of autonomous regions* 163

CARLOS FERNÁNDEZ ESQUER. *The controversial Canarian electoral system in the doctrine of the Consultative Council of the Canary Islands* 183

ÓSCAR MATEOS Y DE CABO. *The State Council and the Autonomous Advisory Councils: assessment of the institutional role of these bodies and their effectiveness* 209

Doctrine of the Consultative Councils

Doctrine on patrimonial liability as a consequence of harassment situations in the field of public administration

Legal Consultative Council Of the Valencian Community
Patricia Boix Mañó 241
Consultative Council of Galicia
Vanessa Brea Lago 255
Legal Consultative Commission of Euskadi
Deiane Agirrebaltzatei Sánchez..... 277
Consultative Council of Castilla and León
Beatriz Martín Lorenzo 297
Consultative Council of the Principality of Asturias
Agustín Iriondo Colubi 319

Opinions

Catalan Statutory Guarantees Council
Opinion 1/2018, of 26 April, on the Proposal for a law modifying Act 13/2008, of the Presidency of the Generalitat and of the Government 331

Andalusia Consultative Council
Opinion nr. 625/2018 of 19 September on the liability of the Administration for damage resulting from psychosocial risk at work 371

Castile La Mancha Consultative Council
Opinion nr. 238/2019 of 1 June on the ex officio review carried out by the Villaluenga de Sagra City Council at the request of "W" to declare a tax settlement null and void.... 389

Jurisprudence

CONSTITUTIONAL COURT
The controversial scope of the objectivity of the patrimonial liability of the Administration in the light of the Sentence of the Constitutional Court 112/2018, of October 17
Beatriz Bosch Marco 413

SUPREME COURT
The limits to the ex officio review of measures that are null and void through the analysis of the jurisprudence of the Supreme Court
Alba Soriano Arnanz 423

Bibliographic Notes

Review of the book «*Responsabilidad patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos*» of Carlos Yáñez Díaz
Fernando García Mengual 445

Regulations of interest

Canary Islands Consultative Council
Organic Law 1/2018 of 5 November on the reform of the Statute of Autonomy of the Canary Islands [article 58] 453

Consultative Council of Valencian Community
Decree 37/2019, of 15 March, of the Consell (Regional Government), approving the Regulation of Legal Consultative Council of the Regional Government of Valencia 455

Act1/2019, of 5 February, of the Generalitat (Regional Government of Valencia), amending Act 5/2014 of 25 July, on spatial planning, urban planning and landscaping of the Valencian Community
–Extract–..... 486

Autonomous Community of Cantabria
Act 5/2018, of 22 November, of the Legal System of the Government, of the Administration and of the Institutional Public Sector of the Autonomous Community of Cantabria
–Extract– 491

Institutional Information

State Council 511
Legal Advisory Commission of Catalonia..... 512
Consultative Council of Andalusia 512
Legal Council of the Region of Murcia..... 513
Consultative Council of Castile and León 513
Consultative Council of the Principality of Asturias 514

Authors 517

Editorial Board 521

Instructions for the authors 525

Subscription bulletin 527

PRESENTACIÓN

Tras un lapso de tiempo de ausencia, la Revista Española de la Función Consultiva presenta un nuevo número, en este caso doble (28 y 29), con el que se dan a conocer algunos contenidos de interés para el estudio de las materias objeto de la actividad de los Consejos Consultivos.

Hemos querido dedicar este doble número a dos personas que han dedicado una parte importante de sus vidas y de su experiencia y conocimientos a la actividad consultiva y que, desgraciadamente, nos han dejado en estos últimos meses. Rendimos, pues, en este ejemplar, homenaje a José Bermejo y Mariano García, ambos catedráticos de Derecho, y ambos presidentes de los Consejos de Aragón y de la Región de Murcia.

Además, en estos números se publican, contenidos correspondientes a las XVIII y XIX Jornadas de la Función Consultiva, lo que justifica el número doble. Estas jornadas son las celebradas, respectivamente, en Santiago de Compostela (2017) y en Madrid (2018), con lo que se sigue la tradición de ser la publicación de referencia de estos encuentros.

En el apartado de la doctrina comparada, las páginas que siguen abordan el enfoque dado por los distintos Consejos a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial fundadas en situaciones de acoso en el ámbito de la Administración Pública, una causa que cada vez es más frecuente a medida que la sociedad adquiere conciencia de la realidad del acoso en sus distintas manifestaciones.

Por último, y como es habitual, se consignan las habituales secciones de dictámenes, comentarios jurisprudenciales, composición de los órganos consultivos y normativa que afecta a los Consejos.

Valencia, septiembre de 2019

A JOSÉ BERMEJO VERA
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón
IN MEMORIAM

La tarde del 23 de julio de 2019 murió José Bermejo Vera, presidente del Consejo Consultivo de Aragón. La noticia de su muerte nos llegó en pleno verano y de forma tan brutal e inesperada que cuesta reaccionar, ya que murió con las botas puestas –literalmente– mientras practicaba su mayor afición, el fútbol, durante su entrenamiento regular de los martes. Era precisamente ese día de la semana cuando solíamos tener las sesiones del Consejo Consultivo y tras ellas, nuestro presidente se dirigía ilusionado a su partido de fútbol con el equipo de veteranos. Una vitalidad la suya que parecía no tener límites.

José Bermejo Vera era catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza desde 1983 y, en su condición de jurista de reconocido prestigio y dilatada trayectoria profesional, había tomado posesión como presidente del Consejo Consultivo de Aragón el día 12 de abril de 2017.

De clara vocación universitaria, se acercaba al derecho administrativo y a las instituciones públicas con un equilibrio admirable entre intuición, inteligencia e imaginación. El profesor Bermejo Vera acudía a sus clases en la Facultad de Derecho con la misma pasión que en su juventud y, aunque tenía fama de exigente, terminaba ganándose el cariño de sus estudiantes. Pionero en la disciplina del derecho deportivo, se enorgullecía de haber contribuido a la gestación de la primera ley española del deporte, en vigor desde 1990.

José Bermejo se sentía muy feliz y agradecido de poder servir a Aragón desde su trabajo en el Consejo Consultivo, pues siempre conservó un profundo amor por la tierra que le vio nacer y el sello de una infancia humilde en el barrio de Las Delicias de Zaragoza. Durante el acto solemne de toma de posesión prometió que tanto él como los ocho vocales seríamos «*rectos, responsables, serios y juristas*», que haríamos «*honor al prestigio que ha justificado el nombramiento*» y desempeñaríamos nuestra tarea «*con inteligencia y conocimiento*». Doy fe de que durante su breve pero intenso mandato, José Bermejo Vera luchó decididamente por cumplir esta promesa.

Su habilidad para acercar ideas y sensibilidades, junto a su peculiar sentido del humor, contribuyeron sin duda a la cohesión de todos nosotros y a crear un grato ambiente de trabajo en el Consejo Consultivo. En poco tiempo habíamos conseguido una maquinaria bien engranada. Su energía era realmente contagiosa, tanto que a veces nos desbordaba. Nuestro presidente leía meticulosamente, subrayaba y anotaba todas las ponencias de cada sesión, obsesionado con la precisión, la corrección gramatical y lingüística de nuestros escritos. Demostraba una fina agudeza, nada ostentosa, capaz de proponer soluciones originales a los conflictos sometidos a nuestra consideración.

José Bermejo fue, por encima de todo, maestro con mayúsculas de un nutrido grupo de discípulos a los que nos deja un enorme vacío. Su generosidad nos ha enriquecido y su ejemplo nos ha enseñado el valor del trabajo en equipo, el compromiso cívico, la libertad que da pensar, la lucha por el derecho, la desconfianza hacia los poderosos, el coste de la honradez, el placer de la excelencia y del esfuerzo, la calidad frente a la cantidad (*non multa, sed multum*) y la búsqueda de nuestro propio "hilo conductor", además de innumerables anécdotas con las que nos arrancaba risas y conseguía ser el centro de atención.

Saber que estas enseñanzas, las académicas y sobre todo las vitales, serán siempre una guía para nosotros, sus discípulos, amortigua el dolor que nos deja su repentina muerte. Pero cuánto le vamos a echar de menos.

Elisa Moreu Carbonell
Profesora de la Universidad de Zaragoza
Miembro del Consejo Consultivo de Aragón

A MARIANO GARCÍA CANALES
Ex-Presidente del Consejo Jurídico de la Región de Murcia
IN MEMORIAM

El pasado día 12 de mayo de 2019 falleció Don Mariano García Canales, que fue Presidente del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Inició su andadura en el Consejo en el año 1988, desde el primer momento de su puesta en marcha, ya que, previa designación del Consejo de Gobierno, fue nombrado vocal por primera vez mediante Decreto de la Presidencia 4/1998, de 15 de enero. Siempre por designación del Consejo de Gobierno fue renovado como miembro del Consejo mediante Decretos de la Presidencia número 25/2000, de 28 de diciembre, número 47/2007, de 20 de julio, y número 23/2013, de 30 de octubre. En noviembre de 2018 renunció al cargo anticipadamente con el fin de facilitar la renovación propiciada por la Ley 6/2018, de 30 de mayo, para la presencia equilibrada de hombres y mujeres en el Consejo.

El nombramiento como Presidente del Consejo Jurídico fue por Decreto de la Presidencia de la Comunidad Autónoma 50/2007, de 21 de septiembre, permaneciendo como tal hasta noviembre de 2013.

Académicamente, Mariano, como en otros foros se ha destacado[1], recorrió toda la escala profesional docente, desde profesor ayudante (1967-1980) y Profesor Titular (entonces llamado Adjunto: 1980-1990) hasta Catedrático (1990-2011) y Profesor emérito (2011-2014). También ejerció una destacada labor como investigador reflejada, entre otras, en la obra «*El problema constitucional en la dictadura de Primo de Rivera*» (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), su tesis doctoral, en la que hace gala de la combinación entre el método histórico y el jurídico para analizar el problema, y sus «*Temas de Derecho Constitucional*» (Diego Marín, Librero-Editor), en la que pone sus conocimiento al servicio de la labor pedagógica.

Su trayectoria en el Consejo discurrió por distintos caminos dentro de los posibles, ya que no se limitó a aportar su bagaje jurídico en la elaboración de sus ponencias y en la deliberación de los Dictámenes, sino que, atendiendo a la iniciativa de Don Juan Megías, primer Presidente del Consejo Jurídico, codirigió con Ángel Garrorena Morales la edición en el año 2005 de la obra «*Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia*» la cual, como el propio Mariano decía, no venía simplemente a llenar un vacío editorial, sino que emergía a los casi 25 años de vigencia de la norma estatutaria de Murcia y tras producirse un importante y enjundioso desarrollo normativo de sus preceptos, tanto en el ámbito institucional como en el competencial. Por tanto, se trataba de realizar un esfuerzo sistematizador de tales disposiciones a la par que una valoración crítica de las mismas que sirviera para un mejor conocimiento del ordenamiento autonómico (y, en consecuencia, del derecho

---

1 Necrológica a cargo de Antonio Torres del Moral, publicada en Revista de Derecho Político n.º 105, mayo-agosto 2019, págs 15-16.

constitucional efectivo global) y para que, en tiempos de reforma de los Estatutos de Autonomía, facilitara el análisis de los extremos necesitados de tal reforma y en qué sentido podría orientarse la modificación. En definitiva, una obra útil para el uso coherente de las categorías de derecho constitucional autonómico[2].

Bajo su presidencia, marcada, entre otros, por el propósito de «*continuar en las líneas bien diseñadas*» por su predecesor, Juan Megías[3], la vida del Consejo se desenvolvió conforme queda reflejado en las correspondientes Memorias, llamando la atención dos acontecimientos relevantes en los que a Mariano, como sucede a veces a los cargos públicos, le tocó la grata tarea de protagonizar la culminación de proyectos gestados o iniciados en etapas anteriores, en este caso por el citado Juan Megías.

El primero fue la inauguración oficial del edificio que es sede del Consejo Jurídico en la calle Alejandro Séiquer, 11, de Murcia, que fue el día 25 del mes de noviembre de 2009, acto en el cual el discurso de Mariano a los asistentes dejó expresa constancia de ello al decir que «*En este día, con la inauguración de su nueva sede, se colma una aspiración que el Consejo Jurídico de la Región de Murcia empezó a manifestar desde el comienzo de su andadura. En los archivos consta que la Memoria del año 2001 recogió la primera mención, que, de una u otra forma, se ha venido reiterando en las sucesivas*»; y para destacar la importancia simbólica del acto dijo que «*con la asignación de este edificio como sede del Consejo Jurídico se alcanza también otra concordancia capital en el ámbito de las instituciones autonómicas, que es la que se produce entre la realidad material del Consejo y la manifestación de esa misma realidad, entre la esencia del Consejo y la forma que le da cobertura*».

El segundo fue la celebración de la undécima edición de las *Jornadas de la Función Consultiva*, organizada por el Consejo Jurídico en la ciudad de Murcia entre los días 21 y 24 de octubre de 2009. Participaron el Consejo de Estado español, los Consejos de las Comunidades Autónomas y el Consejo de Estado de la República de Colombia. En el transcurso de las mismas, además de la esmerada y eficaz organización, quedó patente ante todos el talante personal de Mariano y su fina ironía, compatible con la severidad del cargo de Presidente.

Además de ello, quedan para el recuerdo de quienes le conocimos algunas ideas derivadas de la práctica consultiva en las que insistía con especial intensidad. Una era que, con más frecuencia de lo razonable, algunos trámites necesarios para la correcta instrucción de los procedimientos se demoran más allá de lo que una diligente tramitación requiere, lo que le llevaba a recordar el deber general de resolver los procedimientos en los plazos que señalan las leyes, no sólo por cumplir con el precepto en sentido estricto, sino también por evitar el riesgo de hacer inútil la acción ejercida por el particular si el tiempo de esa tardanza supera ciertos límites. Este pensamiento lo llevaba a la práctica, ya que, para él, también resultaba fundamental dar agilidad y respuesta lo más rápida y eficazmente a las consultas formuladas por las

---

2 Juan José Solozábal Echavarría, Revista de estudios políticos, nº 138, 2007, pág. 241.
3 Discurso de Mariano en su toma de posesión. Memoria del Consejo Jurídico del año 2007, pág. 11.

consejerías y los ayuntamientos, en la medida de lo posible, ya que era plenamente consciente de la limitación de medios, cuya ampliación intentó.

Otra de las cuestiones en que se acentuaba su sentido jurídico era el de la "calidad normativa" o "técnica normativa", tema crucial que hunde sus raíces en la seguridad jurídica garantizada por la Constitución (art. 9.3), preocupación que se manifestó en la difusión que realizó a través de esta Revista de las observaciones que sobre el particular realizara el Consejo Jurídico de la Región de Murcia en su Memoria del año 2004 (Revista Española de la Función Consultiva, núm. 6, julio-diciembre 2006, págs. 291-298).

Como constitucionalista también mostraba una inclinación especial al examen riguroso de las actuaciones públicas capaces de incidir en los derechos fundamentales de la persona, habiendo tratado la materia en su artículo «*El derecho al honor de quienes ejercen actividad con relevancia política*[4]» –en el que se hace eco de parte del Dictamen 60/2000, de 19 de octubre, del Consejo Jurídico– que supone un detenido repaso a los criterios de ponderación que deben decidir en caso de conflicto la prevalencia entre el derecho a la información (art. 20.1,a, CE) y el derecho al honor de los cargos públicos.

Presidente, Consejeros, Letrado-Secretario General, Letrados y personal del Consejo Jurídico de la Región de Murcia reconocen su dedicación al Consejo en estos 20 años, lamentan la pérdida de la persona y guardan su recuerdo como se merece. Descanse en paz.

Manuel Mª. Contreras Ortiz
Letrado-Secretario General
Consejo Jurídico de la Región de Murcia

4 Anuario de derecho constitucional y parlamentario, editado por Asamblea Regional de Murcia y Universidad de Murcia, nº 12-13, 2000-2001, págs. 45-68.

Estudios

XVIII Jornadas de la Función Consultiva

Santiago de Compostela
19 - 20 de octubre de 2017

REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS

Carmen M.ª Salgueiro Moreira
Letrada de la Xunta de Galicia

La aprobación de la Constitución española de 1978 y, especialmente, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, sobre reconocimiento de las competencias de las Comunidades Autónomas para crear, en virtud de sus potestades de autoorganización, órganos consultivos propios de las mismas características y con idénticas o semejantes funciones a las del Consejo de Estado, determinó un proceso de *"descentralización"* de la función consultiva, hasta entonces monopolizada por el Consejo de Estado, mediante la creación de diversos órganos consultivos autonómicos.

Sin embargo, en los últimos años y fruto, especialmente, de la crisis económica sufrida por nuestro país, no han faltado quienes han defendido que el denominado fenómeno de *"racionalización administrativa"*, entre cuyas manifestaciones se encuentra la supresión de duplicidades orgánicas, se extienda a los órganos consultivos autonómicos. En este sentido cabe traer a colación lo indicado en el informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (en adelante, informe CORA), presentado al Consejo de Ministros el 21 de junio de 2013. En efecto, dicho informe señala que el modelo de Estado flexible y abierto establecido por la Constitución ha derivado hacia la multiplicación de órganos que «*si bien previstos en la Constitución para el Estado, presentan al menos en principio, algunas dudas acerca de su operatividad y eficiencia cuando su número se multiplica*» entre los que el propio informe cita, por su relevancia, los «*Consejos Consultivos que han proliferado en nuestras CC.AA*». En concreto la propuesta recogida en el informe sobre el particular es la siguiente:

> «*(...) No se cuestiona la competencia de las CC.AA. para crear dichos órganos, sino que se trata de reflexionar acerca de la idoneidad, eficacia y eficiencia que tienen estos órganos, y más aún, en un periodo de crisis como el actual. Es por ello que, tras un análisis detenido y pormenorizado de los órganos autonómicos de esta naturaleza, se plantea la posibilidad de racionalizar el entramado organizativo que se ha creado en las CC.AA. en torno a las figuras de (...) los órganos consultivos autonómicos.*
>
> *(...) Con carácter general, las funciones de las instituciones autonómicas son similares a las del Consejo de Estado pero limitadas a los respectivos Gobiernos y Administraciones de la Comunidad. Nadie pone en duda el*

prestigio del Consejo de Estado, ni de su habilidad para asesorar a las CC.AA. que lo precisen. De hecho, esta posibilidad existe, con carácter potestativo. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con las otras instituciones, la normativa autonómica ha atribuido al respectivo órgano consultivo la emisión de dictámenes en asuntos que exceden en número elevado aquellos que corresponde informar al Consejo de Estado. El grueso del número de informes que emiten los órganos autonómicos por esta causa se refiere a reclamaciones de responsabilidad patrimonial de escasa cuantía contra la administración autonómica. La racionalización de la estructura de la función consultiva sólo podría acometerse si se dan dos condiciones: en primer lugar, la modificación de las normas autonómicas, de modo que se limitase la emisión de dictamen preceptivo en aquellos asuntos en los que resulta ahora obligado para el Consejo de Estado (por ejemplo, elevando la cuantía de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial a un mínimo de 50.000 euros, que es el que determina la obligatoriedad del informe del órgano a nivel estatal). Hecho esto, podrían asumirse por el Consejo de Estado las funciones desarrolladas por los Órganos Consultivos de las CC.AA., lo que supondría un ahorro para las CC.AA. del presupuesto dedicado a mantener aquéllos.

(...) Se ha de recordar que las CC.AA. tienen constitucionalmente atribuida la facultad de autoorganización, de suerte que son ellas las que pueden elegir la estructura más idónea para el ejercicio de sus competencias. No se discute, por tanto, la constitucionalidad o legalidad de la existencia de órganos autonómicos o estatales que ejerzan una determinada competencia en ámbitos concurrentes, pues la titularidad de aquella y, por tanto, la existencia del órgano respectivo está amparada por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y el resto del ordenamiento. Lo que se ha analizado es cómo una determinada actividad o servicio puede seguir realizándose con la misma o mejor calidad pero con menor coste. Esto puede conducir a que se proponga que sea un órgano de otra Administración el que realice materialmente la competencia, lo cual es posible a través de las fórmulas de cooperación existentes (...).»

En suma, en dicho informe, sin cuestionar la competencia de las Comunidades Autónomas para su creación, se mencionan expresamente los órganos consultivos autonómicos entre los ejemplos de órganos que generan dudas en cuanto a su idoneidad, eficacia y eficiencia al tratarse, empleando los términos de dicho informe, de órganos autonómicos que desarrollan funciones «*con carácter general*» similares a las del Consejo de Estado, si bien limitadas a la Administración respectiva. Sobre esta base el informe recoge, como propuesta de mejora de eficiencia en las Comunidades Autónomas, una racionalización de la función consultiva mediante la reducción de los supuestos de dictamen preceptivo a los previstos en la normativa reguladora del Consejo de Estado y la posterior asunción de la función de emisión de dictamen preceptivo en dichos supuestos por este último órgano, con supresión del correspondiente órgano consultivo autonómico, considerándose que de esta forma

«*podría seguir realizándose* (la actividad consultiva) *con la misma o mejor calidad pero con menor coste.*»

Obviamente, lo recogido en este informe constituyó una mera propuesta de racionalización, por tanto, sin carácter vinculante. De hecho, cabe destacar que la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, como no podría ser de otra forma, dada la potestad de autoorganización expresamente reconocida en este ámbito por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada, contempla expresamente la existencia de órganos consultivos en su artículo 7, el cual, siguiendo la línea de la disposición adicional décimo séptima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, dispone:

> «*Artículo 7. Órganos consultivos.*
>
> *La Administración consultiva podrá articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional con respecto a la Administración activa, o a través de los servicios de esta última que prestan asistencia jurídica.*
>
> *En tal caso, dichos servicios no podrán estar sujetos a dependencia jerárquica, ya sea orgánica o funcional, ni recibir instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación de los órganos que hayan elaborado las disposiciones o producido los actos objeto de consulta, actuando para cumplir con tales garantías de forma colegiada.*»

Ahora bien, a la luz de las consideraciones recogidas en el informe CORA, unidas al fenómeno de supresión de algunos consejos consultivos autonómicos[1] al que hemos asistido en los últimos años, cabe reflexionar sobre si el futuro de la función consultiva en nuestro país camina hacia una *"recentralización"* en el Consejo de Estado o hacia el mantenimiento de órganos consultivos autonómicos que, junto con aquél, desarrollen esa importante labor.

En opinión de la que suscribe existen varios argumentos para sostener que el futuro de los órganos consultivos autonómicos ha de caminar hacia su mantenimiento e incluso hacia el fortalecimiento de su labor consultiva.

Así, en primer lugar, procede advertir de que, de suprimirse los órganos consultivos autonómicos, la función consultiva que pasaría a desempeñar en su lugar

1 Cabe advertir que dicha supresión no ha supuesto la eliminación de la existencia de órgano consultivo autonómico. En el caso de Extremadura, la Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura, procedió a la vez a la creación de la Comisión Jurídica de Extremadura (si bien ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional primera, apartado 4, en relación con la consulta al Consejo de Estado. Sobre esta cuestión es de interés lo indicado en el dictamen del Consejo de Estado número 425/2016. Y en Madrid, la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de supresión del Consejo Consultivo, crea la Comisión Jurídico Asesora de la Comunidad de Madrid (si bien en su artículo 1.2, párrafo segundo, prevé la posible consulta al Consejo de Estado).

el Consejo de Estado no sería enteramente igual a la desarrollada por aquéllos, pues, en principio, tal y como prescribe el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (en adelante, LOCE), el dictamen de dicho órgano sería preceptivo para las Comunidades Autónomas *«en los mismos casos previstos por esta ley orgánica para el Estado*». Y, en relación con las entidades locales, el artículo 48 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), prevé que: «*En los asuntos en que sea preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, la correspondiente solicitud se cursará por conducto del Presidente de la Comunidad Autónoma.*»

Es decir, lo que quedaría garantizada es la prestación de lo que la doctrina ha denominado la función consultiva *"constitucionalmente garantizada".* Así, sobre la base de la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo (que definió al Consejo de Estado como órgano de relevancia constitucional «*al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece*[2]») y 204/1992, de 26 de noviembre, se entiende dimanante del bloque de constitucionalidad la garantía de la función consultiva en aquellos supuestos en que el dictamen del órgano consultivo se configura, como norma básica del régimen jurídico de las Administraciones Públicas o parte del procedimiento administrativo común (artículo 149.1.18ª de la Constitución), con carácter preceptivo de modo que, a falta de órgano consultivo autonómico, dicha garantía ha de ser prestada por el Consejo de Estado[3].

Sobre esta cuestión cabe apuntar, a mayor abundamiento, que el Consejo de Estado, en su dictamen 419/2016, ha extendido tal garantía incluso a un supuesto no expresamente previsto en la LOCE ni en la LBRL. Así, en dicho dictamen se afirma que:

> «*La consideración conjunta del artículo 24 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y del artículo 48, párrafo primero, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, pone de manifiesto que la intervención del Consejo de Estado es conside-*

---

2 En concreto señala dicha sentencia (FJ 37):
«*El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del artículo 107 de la Constitución Española, que se refiere a él como supremo órgano consultivo del gobierno, tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece. Así resulta de su composición (arts. 7 y 9.h) LOCE) y de sus funciones consultivas que se extienden también a las Comunidades Autónomas, según prevén explícitamente en el diseño competencial a que se remite la Norma fundamental, realizado por los artículos 20 a 23 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.*»
3 Conforme a la STC 204/1992, de 26 de noviembre (FJ 5):
«*Pero, si es preciso reconocer esa posibilidad de sustitución, también es necesario afirmar que en donde o en tanto semejantes órganos consultivos autonómicos, dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica, no existan, es decir, en aquellas Comunidades Autónomas que no cuenten con esta especialidad derivada de su organización propia, las garantías procedimentales mencionadas exigen mantener la intervención preceptiva del Consejo de Estado, en tanto que órgano al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece.*»

rada como una garantía del orden jurídico en la actuación de todas las Administraciones públicas y no sólo de la Administración del Estado (...) el Consejo de Estado es, más allá de lo dispuesto en el artículo 107 de la Constitución y por expresa decisión del legislador estatal, el "órgano consultivo de las Administraciones Públicas" –Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales–, sin perjuicio de la posibilidad (...) de que las Comunidades Autónomas puedan, en ejercicio de su potestad de autoorganización, crear consejos consultivos de las mismas características que el Consejo de Estado para el despacho de los asuntos de sus respectivas Administraciones y de los Entes Locales incardinados en su territorio, cuya intervención, en tales supuestos, excluye la del Consejo de Estado.»

Tras ello, y ante la falta de mención legal expresa a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, el Consejo de Estado funda su competencia para conocer de los asuntos sometidos a consulta por dichas Ciudades en la siguiente argumentación:

«*En realidad, la estimación que el Consejo de Estado ha venido haciendo de su propia competencia para conocer de los asuntos de las Ciudades de Ceuta y Melilla se justifica, tomando prestados los términos empleados por el Tribunal Constitucional (...), en el ejercicio de su función consultiva "al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece", pues, respecto de tales Ciudades, ningún otro órgano está en condiciones de ejercer dicha función con garantías de objetividad e independencia.*

Las Ciudades de Ceuta y Melilla no están integradas –conviene insistir en ello– en ninguna Comunidad Autónoma. El diseño institucional previsto en sus Estatutos no contempla, por otra parte, la existencia de un órgano consultivo propio con autonomía orgánica y funcional que pueda servir de garantía del orden jurídico en la actuación de sus respectivas Administraciones. En tales circunstancias, la intervención del Consejo de Estado en los asuntos de ambas Ciudades, a falta de una norma con rango de ley que en el momento actual así lo contemple de forma expresa, tiene un fundamento constitucional, a saber, que todas las Administraciones públicas, cualquiera que sea su posición o estatus dentro de la organización territorial del Estado, puedan contar con el asesoramiento de un órgano que no forme parte de su Administración activa, en garantía de la legalidad de su actuación.»

Ahora bien, en el mismo dictamen del Consejo de Estado se recoge una matización de interés para nuestro análisis: la relativa a la diferenciación, en relación con la función consultiva prestada por el Consejo de Estado a otras Administraciones diferentes de la estatal, entre asuntos sometidos a dictamen preceptivo (a los que se acaba de aludir) y consultas potestativas. Así, se indica en el dictamen:

«*(...) A diferencia de lo que sucede con los asuntos de dictamen preceptivo, en los que, por la relevancia de las materias tratadas, la legislación estatal ha extendido la intervención del Consejo de Estado a todas las Administra-*

ciones públicas, la posibilidad de formular consultas potestativas se encuentra legalmente circunscrita al Estado y a las Comunidades Autónomas (artículos 25.1 y 24, párrafo primero, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril) y no se extiende a las Entidades Locales: en la Memoria correspondiente al año 2011, el Consejo de Estado señaló que las Entidades Locales "deben someter a dictamen del Consejo de Estado –a falta de consejos consultivos autonómicos– todos los asuntos que la legislación específica así lo disponga", pero a renglón seguido se dijo que "no pueden remitir en consulta los que no están preceptivamente sometidos a tal trámite».

En efecto, ya en la Memoria del Consejo de Estado del año 2011 se señala al respecto que:

«*(...) Tanto respecto al Estado como a las Comunidades Autónomas, la competencia del Consejo de Estado es universal en lo tocante a las cuestiones que pueden ser sometidas a su consulta. No hay materia que quede excluida del objeto de lo que puede serle consultado. Respecto a las Entidades Locales, la posición del Consejo de Estado es sin embargo distinta.*

En primer término, debe señalarse que las Entidades Locales no pueden consultar al Consejo de Estado en los casos en que, estando previsto legalmente el dictamen en las leyes estatales o autonómicas, se dispone que la consulta debe ser evacuada por el correspondiente Consejo Consultivo. En efecto, en estos casos, las Entidades Locales deben recabar con carácter preceptivo el dictamen de dichos consejos consultivos sin que les sea doble optar, a la hora de solicitar el parecer debido, entre el Consejo de Estado y el correspondiente consejo de ámbito autonómico. En otros términos, no pueden alterar la competencia establecida en las leyes. Cuestión distinta es la atinente a la posibilidad de consultar al Consejo de Estado cuestiones que les afectan cuando no deban hacerlo a los mencionados órganos consultivos autonómicos.

(...) el Consejo de Estado nunca ha sido un órgano de asesoramiento general de las Entidades Locales. Este hecho explica el actual tenor de los artículos 19 y 23 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22de abril, del Consejo de Estado, que hacen referencia a la posibilidad de que la Administración General del Estado y las Comunidades Autonómicas consulten al Consejo de Estado cualquier cuestión y omitan toda cita de las Entidades Locales. Las Entidades Locales deben someter a dictamen del Consejo de Estado –a falta de consejos consultivos autonómicos– todos los asuntos que la legislación específica así lo disponga. Pero no pueden remitir en consulta los que no están preceptivamente sometidos a tal trámite o los que no se refieran al ejercicio de sus competencias propias, legalmente establecidas y siempre en el seno de un procedimiento administrativo concreto y ya instruido por ellas.

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núms. 28 y 29, julio (2017) - junio (2018), págs. 23-36

(...) En la actualidad, y a la vista de la legislación reguladora del régimen local y de los preceptos de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, la intervención de este Cuerpo Consultivo en los asuntos tocantes a las Entidades Locales –sin perjuicio de lo prevenido en la legislación autonómica para los ***c****onsejos consultivos creados– debe ceñirse a las cuestiones en que las leyes establecen precisamente la necesidad de su dictamen.*

Además, junto a estos casos, cabe la posibilidad de que las Entidades Locales, por el conducto de los Presidentes de las Comunidades Autónomas –cuando ello sea factible conforme a la legislación reguladora de los distintos consejos consultivos existentes–, sometan a consulta del Consejo cuestiones que, sin estar específicamente prevenidas en la legislación de régimen local o especial aplicable, estén directamente vinculadas a competencias propias, legalmente atribuidas y siempre en el seno de un procedimiento administrativo concreto y debidamente instruido por ellas. En efecto, respecto a las Entidades Locales, el dictamen del Consejo de Estado tiene perfiles que lo hacen, por su posición en el procedimiento, singular. Su carácter final hace que las consultas deban estar referidas a procedimientos ya instruidos, pendientes de ultimación por la Autoridad competente, sin que sea pertinente recabarlo ni para determinar si procede incoarlos e instruirlos ni para orientar su tramitación.»

De lo hasta aquí expuesto se desprende, por tanto, que en caso de supresión de los órganos consultivos autonómicos, la intervención del Consejo de Estado quedaría limitada, respecto de las Comunidades Autónomas y entidades locales, a los supuestos de dictamen preceptivo conforme a la normativa reguladora de dicho órgano, así como a los dictámenes facultativos que puedan solicitar las Comunidades Autónomas (posibilidad que el Consejo de Estado extiende también a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla por su peculiar naturaleza jurídico-constitucional[4]), no pudiendo, en cambio, las entidades locales evacuar consulta facultativa a dicho órgano con la única salvedad de «*cuestiones que, sin estar específicamente prevenidas en la legislación de régimen local o especial aplicable, estén directamente vinculadas a competencias propias, legalmente atribuidas y siempre en el seno de un procedimiento administrativo concreto y debidamente instruido por ellas.*»

En definitiva, el Consejo de Estado no sustituiría a los órganos consultivos autonómicos en todas las funciones consultivas que éstos vienen desempeñando. Y ello porque dichos órganos consultivos autonómicos, en la práctica, como consecuencia de la evolución experimentada desde la inicial STC 204/1992 hasta el momento actual, no se han limitado, en la mayoría de los casos, a actuar como sustitutos del Consejo de Estado en sus respectivos ámbitos competenciales, sino que son varios los supuestos en los que se ha visto ampliado el ámbito material de ejercicio de sus funciones.

4 Dictamen del Consejo de Estado 419/2016, antes citado.

En este sentido cabe recordar que, si bien con la STC 204/1992 quedó claro que las Comunidades Autónomas que, en el uso de sus potestades de autoorganización, sustituyesen la garantía que suponía la intervención del Consejo de Estado por la de un órgano consultivo propio, podían atribuir a éste, en el ámbito de sus competencias, las funciones señaladas en la LOCE (en cuyo caso sustituirían al Consejo de Estado en el ejercicio de tales funciones), dicha sentencia no dispuso expresamente si tales órganos podían ampliar el ámbito de las funciones consultivas previstas en aquella ley. Ahora bien, esta posibilidad quedaría amparada por la posterior STC 247/2007, de 12 de diciembre, habida cuenta del amplio margen que en ella se predica de la potestad autoorganizatoria de las Comunidades Autónomas (en la que encuentra cobertura la creación de órganos consultivos autonómicos), la cual se extiende a la regulación de las «*funciones de los poderes e instituciones autonómicos, tanto en su dimensión material como organizativa (...) siempre que su regulación concreta no infrinja las previsiones constitucionales*».

Como manifestaciones de esta ampliación de funciones cabe citar, por ejemplo, la extensión de los supuestos de dictamen preceptivo, la posibilidad de formulación de consultas facultativas por parte de las entidades locales o la atribución a algunos órganos consultivos autonómicos, junto a la tradicional función dictaminadora, de una función de asesoramiento. En relación con esta última cuestión (sobre la que más adelante se volverá) cabe apuntar aquí que en el ámbito estatal, con ocasión de la reforma operada en la LOCE por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, se añadió a la clásica labor dictaminadora del Consejo de Estado la consistente en elaborar estudios, informes o memorias que le encomiende el Gobierno o que acuerde el Presidente del Consejo de Estado, así como la elaboración de propuestas legislativas o de reforma constitucional que le encomiende el Gobierno. Ahora bien, esa nueva función atribuida al Consejo de Estado no se extiende a las Comunidades Autónomas ni a las entidades locales, que sí podrían contar con ella mediante su atribución normativa a los correspondientes órganos consultivos autonómicos, como de hecho ha ocurrido, por ejemplo, en el caso de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia.

En suma, la supresión de los órganos consultivos autonómicos conllevaría, en la mayor parte de los casos, una disminución del ámbito material al que actualmente se extiende la función consultiva prestada por aquéllos, y, por ende, del ámbito material en que dicha función actúa como garante de legalidad, del interés general y de la protección de derechos e intereses de los ciudadanos.

En segundo lugar, tampoco desde la estricta perspectiva de la eficiencia se aprecia que la supresión de órganos consultivos autonómicos supondría realmente ni una eliminación de duplicidades administrativas ni una reducción de costes. Así, respecto a lo primero, porque, a diferencia de otros supuestos de relación de órganos de relevancia constitucional con órganos autonómicos (como sería el caso –citado en el informe CORA junto con el de los órganos consultivos autonómicos– del Tribunal de Cuentas, el cual conserva funciones fiscalizadoras en el ámbito autonómico incluso allí donde exista órgano fiscalizador de cuentas autonómico), las relaciones entre el

Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos se caracterizan porque estos últimos no se superponen al Consejo de Estado, sino que lo sustituyen en su propio ámbito, respecto de atribuciones y actividades de los respectivos gobiernos y Administraciones, por lo que no cabría hablar de duplicidad sino de distribución de funciones de órganos que coexisten en esferas separadas. En efecto, tal y como dejó claro la STC 204/1992, en caso de creación de un órgano consultivo autonómico se produce una sustitución, por lo que la intervención de éste excluirá la del Consejo de Estado, siendo tal sustitución acorde con los principios de eficacia administrativa, eficiencia y economía del gasto público.

Junto a ello, es claro que la supresión de tales órganos implicaría un aumento considerable de trabajo para el Consejo de Estado al tener éste que asumir el ejercicio de la función consultiva (con el alcance antes expuesto) hasta ese momento desempeñada por los órganos consultivos autonómicos, lo que habría de conllevar necesariamente un aumento importante de la dotación de medios materiales y personales.

El breve análisis expuesto conduce así, a mi entender, a que el futuro de los órganos consultivos autonómicos debería ser el de su mantenimiento e incluso el deseable fortalecimiento de sus funciones consultivas. Y ello porque, ante la considerable y cada vez mayor producción y complejidad normativa y administrativa en todos los ámbitos, tanto estatal, como autonómico, local y también comunitario, resulta esencial el poder seguir contando con la importante labor desempeñada por dichos órganos, en garantía del interés general y de la legalidad objetiva[5] así como de la calidad, la técnica y el rigor de la actuación del Ejecutivo.

Lo que ha de primar, así, en el futuro de dichos órganos consultivos autonómicos debería ser el velar porque éstos puedan seguir cumpliendo con la función que les es propia, cual es la de ser instituciones claves para el logro del principio de legalidad, es decir, para asegurar el sometimiento pleno de la Administración al ordenamiento jurídico[6] y, a la vez, permitir que ésta pueda contar, no sólo en los supuestos de preceptividad de consulta, sino también facultativamente, con el criterio de órganos revestidos de la *auctoritas* derivada de su autonomía, independencia, objetividad y especialización técnica.

Estrictamente conectado con lo anterior, precisamente por esa *auctoritas* derivada de la independencia, objetividad y alta especialización de estos órganos consultivos, es importante también que su futuro vaya dirigido a conseguir aligerar su carga de trabajo en asuntos de menor trascendencia[7] de modo que puedan centrar su labor en asuntos de especial importancia y/o complejidad haciendo doctrina y emitiendo opinión de calidad. En definitiva, que puedan, como señalaba ya el Con-

5 STC 204/1992.

6 En palabras de la memoria del Consejo de Estado del año 1993: «*una garantía profiláctica, preventiva, para asegurar en lo posible el imperio de la Ley, propio de un Estado de Derecho, ya que este necesita que la Administración Pública tenga mecanismos de control, frenos y contrapesos.*»

7 En esta línea cabe situar, por ejemplo, las reformas normativas dirigidas la elevación de las cuantías que determinan la preceptividad del dictamen de órgano consultivo en materia de responsabilidad patrimonial.

sejo de Estado en su Memoria del año 1992, «*estudiar con más sosiego los asuntos de interés general*[8]», desempeñando con éxito su tradicional labor dictaminadora pero también posibilitando una *"renovación"* de la función consultiva, mediante un desarrollo de la faceta de asesoramiento antes aludida, de modo que se configuren no sólo como órganos de control en materia administrativa en garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, sino también como órganos de asesoramiento que ofrezcan soluciones a problemas técnicos o jurídicos de especial relevancia. Se trataría así de que operen como un órgano de apoyo, sin pérdida de su *auctoritas,* sino precisamente para que *auctoritas* sirva para fundamentar y garantizar la corrección de los actos del Gobierno, más allá del auxilio técnico-jurídico que pueda ofrecerse por los órganos del *staff* o Administración activa, encontrando de este modo un nuevo espacio para ejercer y demostrar las diversas posibilidades y la utilidad de la función consultiva, sin merma alguna de independencia y autonomía.

En relación con esta cuestión es interesante traer a colación que, como ya se apuntó antes, en el ámbito estatal, fue con ocasión de la reforma de la LOCE operada por la Ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, cuando se incorporó a las funciones del Consejo de Estado la consistente en realizar «*estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite*», en elaborar «*las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende*» así como en llevar a cabo «*los estudios, informes o memorias que juzgue oportuno para el mejor desempeño de sus funciones*[9].»

En la exposición de motivos de la Ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, se alude a esta nueva función en los siguientes términos:

> «*(...) la función consultiva no se constriñe de modo exclusivo y excluyente a la traducida en dictámenes. También en ella caben con naturalidad, al modo de la que cumplen instituciones homólogas en otros países, la realización de labores de estudio e informe y de elaboración de textos que puedan servir como base para proyectos legislativos (...).*»

Pues bien, sobre la pacífica incardinación de esta labor de asesoramiento dentro de la función consultiva ya se había pronunciado el Consejo de Estado en su Memoria del año 1997, al analizar, desde una perspectiva de Derecho Comparado, la participación de órganos consultivos (como el Consejo de Estado francés o el belga) en la preparación y redacción de normas. Y lo hizo más claramente en su dictamen número 1484/2004, sobre el anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, a tenor del cual:

> «*(...) Establece el artículo 107 de la Constitución que el Consejo de Estado es el "supremo órgano consultivo del Gobierno". En el desempeño tradicional de su función consultiva, el Consejo de Estado se ha venido pronun-*

8 En el mismo sentido se pronuncian las más recientes Memorias del Consejo de Estado de los años 2012 y 2013.
9 Artículo 2.3 LOCE.

ciando principalmente a través de dictámenes (sin perjuicio de los otros tipos de actos previstos en el artículo veinte de la L.O.C.E.). Y las características básicas y esenciales –por la propia naturaleza y origen del Consejo– de la función dictaminadora han sido las de su ejercicio por un collegium externo a la Administración activa consultante e independiente de ella (con autonomía orgánica y funcional), que se pronuncia de un modo expreso y formal y cuyos dictámenes recaen sobre proyectos de disposiciones o sobre propuestas de resoluciones en la fase final de expedientes en cuya tramitación se fijan los hechos o se perfilan los objetivos y se disciernen las normas cuya creación se proyecta o cuya aplicación se pretende. De ahí que algunos autores hayan calificado esta clásica función del Consejo de Estado de "control consultivo". A todo ello se añade la supremacía consultiva, que, además de traducirse en la prohibición de que, tras su dictamen, se recaben nuevos informes –procediendo de ordinario y sin más la decisión–, confiere al Consejo de Estado la posibilidad, y aun la necesidad, de pronunciarse sobre la corrección de argumentos y planteamientos parciales, no siempre coincidentes, que aparecen de ordinario en los expedientes sometidos a consulta y a cuya vista puede llegar a ejercer una suerte de labor arbitral o armonizadora.

Todos estos rasgos diferencian nítidamente la función y el consiguiente proceder del Consejo de Estado respecto del asesoramiento jurídico interno prestado por otros órganos de la Administración basados en el principio staff and line, que proporcionan una asistencia constante al órgano de decisión, inmediata a éste y sin separación de él, no requiriendo ser expresada solemne y formalmente (como parecer trasladado por un órgano a otro órgano), y que permite la transmisión de criterios múltiples en lugar del único resultante de una deliberación colegiada o del mayoritario acompañado de votos particulares discrepantes o eventualmente concurrentes.

Trazada la línea divisoria esencial entre las funciones de asesoramiento interno y de consulta externa, cabe, sin embargo, reconocer que la función consultiva no se constriñe de modo estricto y excluyente a la emisión de dictámenes. La vigente Ley Orgánica reconoce en el artículo veinte, apartados dos y tres, la posibilidad de que el Consejo eleve al Gobierno propuestas y le impone la obligación de elevarle anualmente una Memoria de su actividad, con observaciones y "sugerencias de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración". Pero ni siquiera puede considerarse agotado con estas previsiones el alcance potencial de la función consultiva: en ella puede incardinarse también la realización de estudios, informes, memorias y propuestas previos a la puesta en marcha de determinadas iniciativas gubernamentales o dirigidos a diagnosticar situaciones y problemas diseñando, incluso, opciones para su tratamiento y solución. Injertadas estas tareas como una rama en el tronco común de la función consultiva propia del Consejo de Estado (la exposición de motivos señala que se añaden con el propósito de fortaleci-

miento de la Institución), su cumplimiento –naturalmente y sin perjuicio de la necesidad de previsiones organizativas específicas que lo permitan– debe acometerse desde los principios configuradores de la esencia del Consejo, como es el que proclama su "autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las Leyes" (artículo primero, dos, L.O.C.E.).

Tal concepción y alcance no carece de antecedentes en el Derecho comparado. Así, los Consejos de Estado francés, belga, luxemburgués, holandés, italiano, egipcio y libanés tienen articulada, con caracteres propios en cada caso, una función de estudio e informe para el Gobierno (y, en algún caso, también para las Asambleas Legislativas) (...)

El artículo primero de la L.O.C.E. tiene un objeto y fin configuradores de la esencia de la Institución y en su redacción actual, a la vista de los razonamientos antes desarrollados sobre la naturaleza y vertientes de la función consultiva del Consejo –en la que cabe con naturalidad la realización de los informes, estudios o memorias de interés general–, presta en sus propios términos cobertura general y primaria a las novedades que la Ley Orgánica de modificación introducirá.

Hay que insistir en la interpretación de que las nuevas tareas que se atribuyen al Consejo de Estado no son algo de distinta naturaleza sino especificación de algo que es, por sí, parte de la función consultiva, genéricamente entendida, y que en el ejercicio de tales tareas también el Consejo debe velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (el artículo 9.1 de la Constitución establece que "los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" y el 103 que "la Administración Pública ... actúa ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho") (...).»

Siendo claro, por tanto, que la labor consultiva no ha de estar ceñida a la clásica función dictaminadora, sino que dentro de ella puede incluirse la faceta de asesoramiento en los términos expuestos, sería deseable que esta otra dimensión de la función consultiva se desarrolle también por parte de los órganos consultivos autonómicos de modo que la normativa reguladora de éstos recoja una visión global de la mencionada función consultiva como «*función preventiva y una función de ayuda a la labor del Ejecutivo*[10].»

En esta línea, por ejemplo, cabe destacar como el legislador autonómico gallego, a través de la Ley 3/2014, de 24 de abril, antes citada, no sólo ha optado por el mantenimiento de un órgano consultivo propio sino también por renovar la labor

10 Navarro Caballero, T.M., "El Consejo de Estado. Origen histórico y regulación actual a la luz de la Ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre", disponible en: https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/57721/55611.

de dicho órgano, ampliando sus competencias «*de modo que la llamada función dictaminadora, limitada a comprobar si determinadas propuestas de resoluciones o proyectos de textos normativos ya elaborados se ajustan al ordenamiento jurídico y a una correcta técnica, se completa con la función de asesoramiento técnico de los poderes públicos, que abarca la posible redacción de anteproyectos legislativos, la elaboración de propuestas legislativas o de reforma estatutaria, y, sobre todo, la emisión de informes*[11]».

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, estimo, pues, que el futuro de los órganos consultivos autonómicos debería pasar por reafirmar la importante labor por ellos desempeñada, específica y cualificada, y, a la vez, por fortalecer dicha labor, centrándola en asuntos de especial trascendencia y/o complejidad y abriendo paso, junto a la clásica función dictaminadora, a la función de asesoramiento. Una función, esta última, que cabe calificar, siguiendo las palabras de las Memorias del Consejo de Estado de los años 2012 y 2013, como «*una competencia cargada de futuro*» , y que, además, y en lo que respecta, en particular, a la colaboración en la redacción de textos normativos, se encuentra claramente en línea con las recientes orientaciones de impulso de la mejora de la calidad normativa (*Better Regulation* y *Smart Regulation*).

RESUMEN

El fenómeno de racionalización administrativa y, en especial, la propuesta contenida en el informe CORA sobre los órganos consultivos autonómicos, constituyen el punto de partida de unas breves reflexiones acerca del futuro de dichos órganos. Se analiza para ello, sobre la base de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Consejo de Estado, el escenario que resultaría de producirse tal supresión, así como si efectivamente cabe hablar de una situación de duplicidad de estructuras administrativas. Tras ello, se concluye en la conveniencia de que dichos órganos consultivos sigan desempeñando su importante labor, y, a la vez, que ésta se vea fortalecida desde una doble perspectiva: centrándola en asuntos de especial trascendencia y/o complejidad y potenciando, junto a la clásica función dictaminadora, la función de asesoramiento (en línea con la reforma operada en el año 2004 en el Consejo de Estado y de recientes normas autonómicas, como la reguladora del Consello Consultivo de Galicia).

Palabras clave: Consejos Consultivos – Racionalización administrativa – Función Consultiva – Estado Autonómico –Derecho comparado.

11 Exposición de motivos de la Ley 3/2014, de 24 de abril. Sobre el alcance de esta reforma también es de interés lo dispuesto en el prólogo de la Memoria del Consello Consultivo de Galicia del año 2016, disponible en:
http://ccgalicia.es/textos/pdf's/2016/Memoria_CCG_2016.pdf.

ABSTRACT

The phenomenon of administrative rationalisation and, in particular, the proposal contained in the CORA report on autonomous consultative bodies, constitute the starting point for brief reflections on the future of these bodies. For this purpose, on the basis of the doctrine of the Constitutional Court and the Council of State, it analyses the scenario that would result from such a suppression, as well as whether it is indeed possible to speak of a situation of duplication of administrative structures. After that, it is concluded that it is convenient that these consultative bodies continue to carry out their important work, and, at the same time, that this be strengthened from a double perspective: focusing it on matters of special importance and/or complexity and strengthening, together with the classic ruling function, the advisory function (in line with the reform operated in 2004 in the Council of State and recent autonomous regulations, such as the regulator of the Consultative Council of Galicia).

Keywords: Decentralization – CORA Report – State Council – Local Bodies-Report – Consultative Bodies.

CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS: UNA BREVE SEMBLANZA COMPARADA

José Suay Rincón
Consejero del Consejo Consultivo de Canarias

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.
II. ASPECTOS GENERALES: GENERALIZACIÓN Y DENOMINACIÓN DE LOS ORGANISMOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS.
III. ASPECTOS CONCRETOS
a) Composición.
b) Régimen de competencias y de funcionamiento.

I. INTRODUCCIÓN

La semblanza comparada que trata ahora de ofrecerse se refiere al momento en que se preparó este estudio y, por tanto, toma como base la normativa reguladora de estos organismos vigente al tiempo en que se redactaron estas líneas. Extremo del que importa dar cuenta ante todo, porque no sólo dicha normativa ha sido objeto de no pocas modificaciones en el curso de los años. Sucede también que no ha dejado de alterarse alguna vez incluso el modelo mismo de organización consultiva acogido por la indicada normativa[1].

---

1 De acuerdo con lo indicado en el texto, así las cosas, dejamos constancia ahora de las normas autonómicas que serán objeto de examen en este trabajo en el caso de cada una de las Comunidades Autónomas: Andalucía: Ley 4/2005 (LCCAnd), Aragón: Ley 1/2009 (LCCAr), Asturias: Ley 1/2004 (LCCAst), Baleares: Ley 5/2010 (LCCBal), Canarias: Ley 5/2002 (LCCCan), Castilla y León: Ley 1/2002 (LCCCyL), Castilla La Mancha: Ley 11/2003 (LCCCLM), Cataluña: Ley 5/2005 (LCJACat), Extremadura: Ley 19/2015 (LCJExt), Galicia: Ley 3/2014 (LCCGal), Madrid: Ley 7/2015 (LCJAMad), Murcia: Ley 2/1997 (LCJMur), La Rioja: Ley 3/2001 (LCCLRi), País Vasco: Ley 9/2004(LCJAEuz), Navarra: Ley 8/2016 (LCCNav) y la Comunidad Valenciana: Ley 10/1994 (LCJCVal). Justamente en este último caso, por la razón antes expresada en el texto, y toda vez que la preparación de este estudio se realizó con vistas a las Jornadas de la Función Consultiva celebradas en Santiago de Compostela en otoño de 2017, se prescinde de la reforma legislativa aprobada en dicha Comunidad en 2018 (la Ley 11/2018, en cualquier caso, desequilibra ahora la composición del organismo consultivo a favor del Parlamento, contempla la reelección de sus miembros por una vez y la elección de su presidente pasa a recaer sobre éstos: tales son las nove-

En este examen comparado que emprendemos a continuación habrá oportunidad de poder observar enseguida una circunstancia poco común. Cuando de efectuar algún género de comparación entre los modelos que siguen unas Comunidades Autónomas y otras se trata. Y es que estamos más que acostumbrados a asistir a reproducciones enteras, incluso burdas y literales en algunas ocasiones, de las opciones concretas adoptadas por los ordenamientos autonómicos en los distintos sectores regulados por ellos. Pues bien, no es este el caso, ni mucho menos. Aquí, en cambio, no hay prácticamente organismo consultivo autonómico alguno que se resista a ofrecer alguna particularidad en alguno de sus aspectos concretos relativos a su régimen jurídico. Parece casi hasta buscado de propósito el esfuerzo desplegado por encontrar alguna originalidad propia, por pequeña que sea, que permita poner distancia y marcar diferencias con las soluciones acogidas por unas y otras Comunidades Autónomas.

Lo que, como consecuencia, y como no puede ser de otro modo, dificulta no poco el examen que nos proponemos realizar. Y, precisamente, para evitar tener que comparar modelos que se resisten a ello, es por lo que optamos por dejar fuera de nuestra atención en este estudio el caso singular de Cataluña, con el Consejo de Garantías Estatutarias: Ley 2/2009, organismo este, que, aun cuando existente con anterioridad y con una denominación propia además que lo situaría perfectamente dentro de este estudio (Consejo Consultivo de Cataluña), bajo la vigencia del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña no ha hecho sino acentuar sus diferencias.

Lejos estará de suceder lo mismo, en cambio, con el otro de los organismos existentes en Cataluña y que más propiamente habría que incardinar precisamente en el ámbito de la organización consultiva autonómica. Nos referimos, claro está, a la Comisión Jurídica Asesora, institución que, por lo demás, nacida al calor de la Segunda República, puede perfectamente considerarse el antecedente directo de toda la organización consultiva autonómica.

De cualquier modo, sin embargo, la propia existencia en Cataluña de dos organismos diferenciados podríamos venir a considerar que se trata de la primera de esas soluciones originales a que propende la diferente regulación propuesta por las Comunidades Autónomas en el ámbito que estamos considerando en este estudio, en tanto que ninguna otra ha venido a acoger dicho modelo dual.

Y ya por último, para terminar esta introducción, hemos de señalar que si de forma deliberada hemos venido a calificar como breve la semblanza comparada que nos proponemos efectuar es, justamente, para resaltar que de ningún modo se

---

dades que más inciden respecto de lo que se indica en el texto y se aprovecha esta nota para ponerlo así de relieve). Por otra parte, también hemos de indicar ahora que, en adelante, se citarán los textos legales antes mencionados en esta nota por las abreviaturas que acabamos de emplear en ella; y, asimismo, con vistas a agilizar la lectura del texto, en lugar de referirnos cada vez a la denominación oficial de cada Comunidad Autónoma, lo haremos al territorio correspondiente que se organiza como tal.

pretende ahora más que ofrecer una imagen del momento y que lejos está por tanto de nuestro ánimo ofrecer una panorámica completa y exhaustiva de la organización consultiva autonómica. Requeriría ello desde luego un tratamiento más extenso que seguramente no podría dispensarse sino en el marco de un trabajo de carácter monográfico y que con toda evidencia desbordaría por tanto las posibilidades que proporcionan las páginas de una revista.

Con estas limitaciones, y adelantando el contenido de lo que sigue, nos proponemos, pues, detenernos únicamente en lo que a nuestro juicio pudieran resultar los aspectos más sobresalientes sobre los que se asienta la regulación de la organización consultiva autonómica, un planteamiento que, por otro lado, hemos de confesar, tampoco está exento de una importante dosis de aleatoriedad, como es fácil imaginar.

II. ASPECTOS GENERALES: GENERALIZACIÓN Y DENOMINACIÓN DE LOS ORGANISMOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS

Apenas acometemos el inicio de la tarea propuesta, cabría haberse topado de entrada con una primera imagen que, al menos, desde una perspectiva general y sin entrar en mayores detalles, podría haber servido para desmentir ese afán por la búsqueda de la originalidad, idea que precisamente desde el primer instante tratamos de remarcar.

Se trataría del hecho mismo de la generalización de la fórmula de la organización consultiva autonómica. Sin embargo, ya sabemos que ni siquiera a este nivel dicho planteamiento ha sido acogido del todo y sin reservas por todas las Comunidades Autónomas. En tanto que carece de una organización consultiva propia, Cantabria ha venido así a marcar la excepción (aunque no por ello prescinde de organización consultiva, en tanto que es el Consejo de Estado el que hace sus veces). Ahora bien, dicho esto, no menos cierto es que se trata de la única excepción en este momento. Y no es baladí ni mucho menos el dato de que, en cualquier caso, todas las demás Comunidades Autónomas sí dispongan de una organización consultiva propia.

Todavía a esta misma escala general, tampoco las Comunidades Autónomas que tienen organización consultiva propia –esto es, todas, menos Cantabria–, se sirven de la misma denominación para referirse a ella.

Andalucía, Castilla y León, Castilla-La Mancha, La Rioja, Canarias, Aragón, Asturias, Baleares y Galicia disponen, por un lado, de lo que su normativa propia denomina un Consejo Consultivo. Es claramente preponderante el empleo de esta expresión, más aún si agregamos a esta lista Murcia (Consejo Jurídico), la Comunidad Valenciana (Consejo Jurídico Consultivo) y Navarra (Consejo, simplemente), que se sirven de una semejante.

Pero no es la única fórmula que resulta de esta semblanza comparada, y Cataluña optó por la suya original, acogiéndose a su propia tradición histórica, ya desde el principio, y reservó para su organización consultiva el nombre de Comisión Jurídica Asesora, la misma denominación a la que también vino a acogerse después, por otra parte, el País Vasco, cuando se implantó la organización consultiva autonómica en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma (lo que, por cierto, pese al importantísimo sentimiento de autogobierno dominante en dicho territorio, tardó algún tiempo en llegar a materializarse); y por otra parte, ya mucho más recientemente, lo han venido a hacer asimismo, tanto Madrid como Extremadura (en este último caso, con la denominación de Comisión Jurídica, a secas).

Por tanto, cabe así hablar, en los términos indicados, de una fórmula alternativa. Aunque, una vez dicho esto, más allá de una u otra denominación, si se profundiza más en la cuestión, en realidad, no es tanto sobre este dato de su denominación propia sobre el que habría que asentarse la existencia de una dualidad de modelos en la organización consultiva autonómica desde la perspectiva que ahora nos ocupa.

Las diferencias, ciertamente, existen, pero no son meramente terminológicas. Para acertar a percibirlas más bien habría que separar dentro de este segundo grupo de organismos consultivos a la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, cuya configuración se asemeja más a la propia de los consejos consultivos (primer grupo).

De manera que son así las Comisiones Jurídicas de País Vasco, Madrid y Extremadura las que definitivamente habrían de constituir dicho segundo grupo.

Pero, como decimos, es solo cuando descendemos ya al examen de los aspectos concretos atinentes a cada uno de los organismos consultivos autonómicos cuando se observan las diferencias, y cuando, en el sentido que hemos venido apuntando desde el principio, asoman asimismo las particularidades y hasta las propuestas originales que tampoco las Comunidades Autónomas se resisten a dejar de ofrecer, como igualmente señalamos antes.

Y al efecto indicado, vengamos, pues, a poner el foco de manera sucesiva en algunos de los aspectos relativos a su régimen jurídico, concretamente, trataremos así tanto la composición de estos organismos consultivos autonómicos, como su régimen de competencias y de funcionamiento.

III. ASPECTOS CONCRETOS.

a) Composición.

En cuanto a su composición, aunque coinciden sus miembros en todos los casos, porque estos organismos están formados en todo caso por su presidente y sus consejeros, se diversifica enormemente su respectivo régimen jurídico.

Si nos adentramos, primero, en la regulación de la figura de los consejeros (y dejamos así para el final de este apartado la de los presidentes), habría también desde esta perspectiva dos modelos, porque una primera diferencia reside en su tipología misma, esto es, en unos casos no se contempla sino un solo tipo de consejeros y en otros casos son de varios tipos. El primero de estos modelos es el preponderante, pero el segundo está también bastante extendido.

Cuando se contemplan distintos tipos de consejeros, lo normal es que se prevean dos tipos de consejeros, normalmente denominados natos y electivos.

Los consejeros natos suelen ser la categoría reservada para acoger dentro de estos organismos a los expresidentes de la Comunidad Autónoma, aunque normalmente no a todos ellos, sino solo bajo determinadas condiciones (así, la exigencia de un tiempo mínimo en dicho cargo, un periodo máximo en la permanencia en la organización consultiva, un plazo para formalizar la incorporación, etc.). Podríamos citar el caso de Castilla León (art. 7 LCCCyL), Galicia (art. 3 y 4 LCCGal) y Valencia (art. 3 LCJCVal, según lo dispuesto en este último caso por la normativa reguladora del estatuto de los expresidentes a la que el antes indicado precepto legal se remite). También de Castilla La Mancha, aunque aquí pueden ser asimismo consejeros natos los expresidentes del tribunal superior de justicia (art. 41 LCCCLM).

Y de Cataluña (art. 3 LCJACat), aunque en este caso los natos lo son por distinta razón que en los casos anteriores, esto es, concretamente, por el hecho de ostentar algún cargo determinado, lo mismo que sucede en el País Vasco (art. 6 LCJAEuz).

Justamente, habida cuenta de esta última variante, podría establecerse una nueva (sub)distinción, porque en Andalucía son hasta tres los tipos de consejeros, permanentes, natos y electivos (art. 5 LCCAnd). Los consejeros natos son en este caso los que ostentan algún cargo (art. 9 LCCAnd) y son permanentes los expresidentes de la Junta, igualmente, bajo determinadas condiciones (art. 7 LCCAnd).

La fórmula mayoritaria, aunque, como hemos visto, con no pocas excepciones, en cualquier caso, no es que coexistan diversos tipos de consejeros, sino que todos sean de la misma clase. Y la fórmula de acceso a dicha condición es de carácter electivo, sea en los restantes organismos consultivos, o sea en los anteriormente mencionados, en el caso de los demás consejeros, que por eso acostumbran en la mayor parte de tales ocasiones a denominarse consejeros electivos.

Entrando en otras consideraciones, su forma de elección (la de los consejeros electivos), también varía, porque puede producirse de tres modos.

Hay casos en que la elección proviene del ejecutivo autonómico, como Cataluña (art. 3 LCJACat), Aragón (art. 4 LCCAr), País Vasco (art. 7 LCJAEuz, en este caso, a propuesta del consejero responsable de servicios jurídicos),

Extremadura (disposición adicional primera, apartado séptimo LCJExt) y Madrid (art. 9 LCJAMad: en este caso, por concurso); o, directamente, de su presidente, como es el caso de Andalucía (art. 8 LCCAnd).

Pero también puede ser la elección de origen enteramente parlamentario, en segundo término, como es el caso de Castilla y León (art. 7 LCCCyL) y Navarra (art. 3 LCNav).

Y, en fin, en tercer lugar, puede ser de carácter mixto, es decir, existen en este tercer modelo dos tipos de consejeros distintos según su origen.

Y, en este último caso, a su vez, cabría hablar de nuevo de hasta tres variantes, según la elección del mayor número de consejeros recaiga sobre el gobierno o su presidente, como sucede en Asturias (art. 6 LCCAst) y Baleares (art. 6 LCCBal); sea sobre el parlamento, en segundo lugar, caso de Canarias (art. 4 LCCCan), Castilla-La Mancha (art. 41 LCCCLM), La Rioja (art. 3 LCCLRi) y Murcia (art. 4 LCJMur): en todos estos casos, se precisa una mayoría cualificada, normalmente absoluta o de 3/5, aunque en el último de ellos la que se exige es de 2/3), así como Galicia (donde, por otra parte, se aplica un criterio estricto de proporcionalidad: art. 3 LCCGal); o bien, por último, existe un criterio paritario en la procedencia de unos y otros consejeros, como ha acontecido en la Comunidad Valenciana hasta su reciente reforma (art. 4 LCJCVal).

El número de consejeros, por otra parte, también es variable. En buena parte está en función de su régimen de dedicación al que después nos referiremos. Y se sitúa así entre los tres consejeros, caso de Castilla y León (art. 7 LCCCyL, en referencia solo a los electivos, porque puede haberlos también natos en estrictas condiciones, como ya dijimos), y los quince, de Cataluña (art. 3 LCJACat, donde dos de ellos son natos). También en este aspecto es difícil encontrar que algunos organismos respondan exactamente a la misma configuración que otros.

Tomando como referencia fundamental los consejeros electivos, buena parte de los organismos consultivos son los que están compuestos por cinco miembros, caso de Castilla-La Mancha art. 41 LCCCLM), Asturias (art. 4 LCCAst,), Murcia (art. 5 LCJMur), La Rioja (art. 3 LCCLRi), Navarra (art. 2 LCNav) y Galicia (art. 3 LCCGal); y también de Extremadura (disposición adicional primera, apartado séptimo LCJExt, aunque en este caso, entre funcionarios de carrera de una determinada categoría).

Aunque los hay también de seis, en el caso de Valencia art. 4 LCJCVal); siete, Canarias (art. 4 LCCCan); ocho, Aragón (art. 8 LCCAr: más el Presidente; dos de ellos, por otra parte, han de elegirse entre quienes hayan ocupado determinados cargos, art. 6); y hasta diez consejeros, en el caso de Baleares (art. 6 LCCBal: dos de ellos pueden elegirse entre funcionarios y los otros, cambio, no pueden tener dicha condición), así como del País Vasco (art. 6 LCJAEuz: incluidos su presidente y vicepresidente, que lo son por razón del cargo que ocupan,

pudiéndose considerar por eso vocales natos; por otro lado, los otros ocho se eligen entre funcionarios de carrera de una determinada categoría).

Incluso, llega a haber organismos consultivos autonómicos con más de diez consejeros, como puede ser el caso de Madrid (art. 3 LCJAMad: si se opta por el umbral superior contemplado por su normativa, toda vez que cabe nombrar en este caso entre ocho y doce consejeros, aparte el presidente; por otra parte, entre funcionarios de carrera, como Extremadura y el País Vasco); y es sin duda el caso de Andalucía (art. 7, 8 y 9 LCCAnd: porque a los seis inicialmente electivos, aparte el Presidente, cabe elegir hasta otros seis más sin exclusividad; y si a ello se suman los cinco consejeros natos más los permanentes que pudiera haber, se rebasa de este modo en este caso incluso la cifra de quince antes señalada como máximo, para Cataluña).

Se advierten también diferencias sensibles en cuanto a la duración del mandato de los consejeros, que oscila desde los tres años en el caso de Aragón (art. 8 LCCAr) hasta los ocho años en el caso de Navarra (art. 2 LCNav). Lo que en este caso se sitúa en relación con sus posibilidades de reelección, en Aragón pueden renovarse por dos veces, y en Navarra, a la inversa, queda del todo excluida está posibilidad.

Entre ambos criterios, está muy extendido el modelo de cuatro años, que es al que se acoge Baleares (art. 6 LCCBal), Canarias (art. 4 LCCCan) y Castilla y León (art. 7 LCCCyL). Pero más lo está aún el de cinco, caso de Andalucía (art. 8 LCCAnd), Castilla-La Mancha (art. 41 LCCCLM), La Rioja (art. 3 LCCLRi), Valencia (art. 3 LCJCVal) y Extremadura (disposición adicional primera, apartado séptimo LCJExt). Y todavía más incluso, el de seis años, como sucede en Asturias (art. 11 LCCAst), Cataluña (art. 3 LCJACat), Galicia (art. 4 LCCGal: es también el de los natos, aunque puede ser el doble, en este último caso, si permancen en su cargo de origen por más de cuatro años), Madrid (art. 4 LCJAMad), Murcia (art. 3 LCJMur: si bien cada tres años se renuevan dos de ellos, uno por cada grupo de procedencia y por turno) y País Vasco (art. 7 LCJAEuz).

En relación con la reelección, como ya hemos indicado, entre los dos polos a que antes nos referimos, en que se sitúa, por un lado, Navarra, donde no cabe la reelección (art. 2 LCNav) y, por otro lado, Aragón, cuyos consejeros pueden renovarse hasta por dos veces (art. 8 LCCAr), cabe la reelección por una vez en Andalucía (art. 8 LCCAnd), Asturias (art. 11 LCCAst), Cataluña (art. 3 LCJACat) y Extremadura (disposición adicional primera, apartado séptimo LJCExt); y también en La Rioja (art. 3 LCCLRi: se establecen tres periodos, como máximo, lo que es lo mismo), al igual este último caso que en Valencia hasta su última reforma (art. 3 LCJCVal). En los demás organismos consultivos, en cambio, no hay limitaciones a la reelección.

También es de resaltar la existencia en algunos casos de límites máximos de edad, como sucede en Castilla y León (art. 7 LCCCyL: setenta años, para los

consejeros natos), Galicia (art. 4 LCCGal: setenta y dos) y Andalucía (art. 7 LCCAnd: sesenta y cinco, para los permanentes).

En cuanto al régimen de incompatibilidades, se trata de una cuestión relacionada con las retribuciones, y es estricta en Asturias (art. 8 LCCAst), Canarias (art. 6 LCCCan), Castilla-La Mancha (art. 48 LCCCLM: en lo que hace a los consejeros electivos), Galicia (art. 6 LCCGal) y Valencia (art. 6 LCJCVal); así como, parcialmente, en Aragón (para los de dedicación exclusiva art. 9 LCCAr), Castilla León (art. 11 LCCCyL: según se ejercite o no en este caso la opción abierta a favor de acogerse o no a un régimen de exclusividad) y Andalucía (art. 8 y 14 LCCAnd: si se trata de consejeros electivos a tiempo completo); mientras que, en cambio, es limitada en Baleares (art. 13 LCCBal), Cataluña (art. 5 LCJACat), Murcia (art. 7 LCJMur), Navarra (art. 12 LCNav) y La Rioja (art. 6 LCCLRi).

Lo que, como decimos, encuentra su reflejo en materia de retribuciones; y así, existe un régimen de carácter mixto, tanto en Andalucía (art. 16 LCCAnd: comoquiera que en este caso hay distintos consejeros, los seis electivos a tiempo completo, aparte su presidente, perciben las que les corresponden como altos cargos; y los demás, no cobran más que dietas, asistencias y gastos de desplazamiento), como en Aragón (art. 12 LCCAr: si son consejeros dedicados en exclusiva se les retribuyen como altos cargos; y si no, perciben dietas e indemnizaciones), al igual que en Castilla y León (art. 11 LCCCyL: dependiendo lo que escojan). En Asturias los consejeros son remunerados como altos cargos (art. 10 LCCAst), lo mismo que en Canarias (art. 6 LCCCan), Galicia (art. 9 LCCGal) y Castilla La Mancha (art. 48 LCCCLM: salvo los natos). Mientras que en Baleares perciben dietas (art. 15 LCCBal), así como en Cataluña (art. 19 y 20 LCJACat), Murcia (art. 7 LCCMur: con previsión, en este caso, de que pueda contemplarse reglamentariamente la especial dedicación tanto del presidente como de sus consejeros) y Navarra (art. 13 LCNav).

Poniendo ahora la atención en la figura de los presidentes de estos organismos, cabe hablar desde esta perspectiva también de dos modelos diferenciados.

Porque, en unos casos, son nombrados por el gobierno o por su presidente, como en este último caso sucede en Andalucía (art. 6 LCCAnd), al contrario que en los demás organismos incluidos dentro de este grupo, esto es, Aragón (art. 5 LCCAr) y Extremadura (disposición adicional primera, apartado séptimo LCJExt), así como Valencia (art. 4 LCJCVal: entre sus miembros), Cataluña (art. 4 LCJACat: también, entre sus miembros) y La Rioja (art. 4 LCCLRi: del mismo modo).

Pero la alternativa es aquí que a su nombramiento provea el propio organismo consultivo, y así se contempla, normalmente, por mayoría absoluta en una primera votación, en el caso de Asturias (art. 5 LCCAst) Canarias (art. 10 LCCCan), Baleares (art. 7 LCCBal), Murcia (art. 5 LCJMur: en este caso, el presidente se nombra solo por tres años, la mitad del mandato), Navarra (art. 5 LCNav) y Galicia

(art. 17 LCCGal: si no se alcanza la mayoría absoluta, entonces en este caso procede a su nombramiento el propio ejecutivo); pero también se prevé en algún caso la mayoría simple, como sucede en Castilla y León (art. 8 LCCCyL: a falta de indicación expresa, y lo nombra después el parlamento por mayoría absoluta), Castilla-La Mancha (art. 42 LCCCLM: lo mismo, a falta de toda indicación, pero en su elección intervienen solo los electivos) y Madrid (art. 3 LCJAMad).

b) Régimen de competencias y de funcionamiento.

Sobre las competencias atribuidas a los organismos consultivos autonómicos, lo más que caracteriza a su tarea, desde luego, es la emisión de dictámenes en los supuestos en que dicho dictamen resulta preceptivo, así que no es impertinente venir ahora a centrarse en este aspecto esencial.

Y en el ejercicio de esta competencia (supuestos de preceptividad del dictamen), la *summa divisio* se sitúa entre los que incluyen las leyes (en fase de anteproyecto o proyecto, por supuesto) entre los supuestos de preceptividad y los que no lo hacen.

No lo hacen así, en primer término, Extremadura (disposición adicional primera, apartado 5 LCJExt) y Madrid (art. 5 LCJAMad). Contrariamente, pese a la afinidad en su composición, sí que lo hace País Vasco (art. 3 LCJAEuz). En cambio, quedan las leyes fuera de su ámbito de competencias en Cataluña (art. 8 LCJACat: salvo en el caso de los dictámenes facultativos: art. 9), lo mismo que en Galicia (art. 12 y 13 LCCGal) y La Rioja (art. 11 LCCLRi).

Entre los que incluyen las leyes dentro de su ámbito, a su vez habría que diferenciar, ya que algunos organismos consultivos autonómicos se quedan en una especie de medio camino, porque su competencia es limitada. Así, Aragón (art. 15 LCCAr: salvo en el caso del estatuto de autonomía; si bien sí puede recabarse su dictamen respecto de las leyes a título facultativo: art. 16), Baleares (art. 18 LCCBal: emite dictamen preceptivo respecto de las leyes que constituyen desarrollo del estatuto de autonomía) y Navarra (art. 14 LCNav: lo hace por su parte en relación con las que son desarrollo de leyes básicas o normativa comunitaria). Y la lista sigue siendo también tasada, aunque ya más amplia, en el caso de Asturias (art. 13 LCCAst).

Y, por último, en otros se extiende ya a todas las leyes salvo acaso alguna puntual excepción, en Andalucía, (art. 17 LCCAnd), Canarias (art. 11 LCCCan), Castilla León (art. 4 LCCCyL), Castilla-La Mancha (art. 54 LCCCLM), Murcia (art. 12 LCJMur) y Valencia (art. 10 LCJCVal).

En cuanto a su régimen de funcionamiento, también resulta inviable reconducir a uno solo todos los modelos de organización interna de estos organismos. El más simple y común de todos es aquél en que el organismo consultivo actúa solo en pleno, con la intervención de todos sus miembros (a excepción de los natos en algún caso).

Pero algunos de estos organismos pueden en cambio actuar, sea en pleno, sea en secciones, como sucede en Canarias (art. 15 LCCCan) y Castilla y León (art. 19 LCCCyL): en ambos casos quedando para el pleno la emisión de dictámenes los textos de carácter normativo, así como en el País Vasco (art. 15 LCJAEuz: con la retención en el pleno, asimismo, de la competencia para dictaminar en el caso de las normas), y también en Galicia (art. 16 LCCGal: si bien de la emisión de los dictámenes se ocupa solo una de sus secciones, formada por todos los consejeros electivos, quedando la otra para estudios e informes).

En lugar de secciones, se prevé en algún caso próximo a este último que acabamos de comentar, junto al pleno, la intervención de una comisión (Aragón art. 18 LCCAr: compuesta por el presidente y seis consejeros electivos, excluidos los dos que se eligen entre quienes han ocupado determinados cargos, quedando para el pleno las normas: art. 19). E, incluso, yendo más lejos, no falta otro caso, en que se prevé la posibilidad de actuar en pleno, comisión permanente y secciones, como en Andalucía (art. 20 LCCAnd: las leyes se reservan para el pleno, y de todo lo demás se ocupa la comisión permanente formada por los electivos a tiempo completo, siendo las secciones de creación facultativa).

Importa también retener el régimen de adopción de sus acuerdos por parte de estos órganos. Donde tampoco reina, en efecto, la uniformidad. Por mayoría absoluta del organismo se forma su voluntad en el caso de Canarias (art. 17 LCCCan: la del pleno, porque las secciones requieren la unanimidad para la adopción de acuerdos) y Castilla-La Mancha (art. 50 LCCCLM), mientras que dicha mayoría absoluta es ya de los asistentes o presentes, en Andalucía (art. 23 LCCAnd), Castilla León (art. 16 LCCCyL) y Murcia (art. 10 LCJMur).

Otras mayorías se contemplan, en cambio, en el caso de Aragón (art. 22 LCCAr), Asturias (art. 16 LCCAst), Baleares (art. 22 LCCBal), Galicia (art. 23 LCCGal), La Rioja (art. 14 LCCLRi), País Vasco (art. 17 LCJAEuz) y Valencia (art. 13 LCCVal): en todos los cuales se establece al efecto la regla de la mayoría simple de votos de los asistentes. Hay que entender que también es el caso de Navarra (art. 16 LCCNav: a falta de otra indicación; aun cuando queda la duda si en este caso dicha mayoría es de asistentes o del órgano), lo mismo esto último que sucede en Cataluña (art. 14 LCJACat).

Votos particulares se contemplan en general, salvo en Madrid y Extremadura; en cambio, sí que se contemplan en el caso del País Vasco, pese a las concomitancias existentes en cuanto a su composición que ya antes consignamos, tanto si se trata de votos concurrentes o discrepantes (art. 18 LCJAEuz, lo mismo que también se contempla aquí la regla de la adopción de sus acuerdos por mayoría, al contrario que en dichos casos).

En Andalucía (art. 3 LCCAnd) y Canarias (art. 3 LCCCan) se prohíbe a los organismos consultivos autonómicos formular consideraciones de oportunidad, al contrario que en Navarra (art. 1 LCJNav), y Castilla-La Mancha (art. 39

LCCCLM), sí así es expresamente requerido a hacerlo este último organismo, misma fórmula que se contempla también en Asturias (art. 3 LCCAst), Baleares (art. 4 LCCBal), Castilla y León (art. 2 LCCCyL), La Rioja (art. 2 LCCLRi) y Valencia (art. 3 LCJCVal).

En cuanto al régimen de su personal, ya por último, disponen de su propio personal letrado Asturias (art. 20 LCCAst), Baleares (art. 28 y disposición adicional segunda LCCBal), Canarias (art. 26 y disposición adicional tercera LCCCan) y Valencia (art. 18 LCJCVal).

RESUMEN

Se ha pretendido en este estudio analizar el régimen de la organización consultiva autonómica vigente en España al tiempo de redactar estas líneas. El análisis ha venido a constatar la existencia de abundantes diferencias y peculiaridades en los aspectos más destacados de su régimen jurídico que han sido objeto de examen. Esto no obstante, al objeto de clarificar el panorama que arroja nuestro análisis, se ha tratado de agrupar sus características en torno de una serie de modelos, en atención a los distintos aspectos atinentes a su régimen jurídico que han sido analizados: así, número de consejeros, formas de nombramiento, duración del mandato, posibilidades de reelección, régimen de incompatibilidades y retribuciones, elección de su presidente, modos de funcionamiento interno, régimen de adopción de los acuerdos, existencia de personal propio, competencias de estos organismos en los supuestos de preceptividad del dictamen, entre otros).

Palabras clave: Función consultiva – Consejos Consultivos – Composición – Funciones – Organización.

ABSTRACT

The aim of this study has been to analyse the regime of the autonomous consultative organisation in force in Spain at the time of writing. The analysis has confirmed the existence of abundant differences and peculiarities in the most outstanding aspects of its legal system that have been examined. Nevertheless, in order to clarify the panorama that our analysis provides, an attempt has been made to group their characteristics into a series of models, taking into account the different aspects related to their legal system that have been analysed: number of directors, forms of appointment, term of office, possibilities of re-election, incompatibilities and remuneration system, election of their president, internal modes of operation, system of adoption of agreements, existence of own personnel, competencies of these bodies in the event of judgements being mandatory, among others).

Keywords: Autonomous ommunities – Regulation – Particularities – Election – Competencies – Functioning.

XIX Jornadas de la Función Consultiva

Madrid, 25 y 26 de octubre de 2018

LA CAUSAS GENERALES DE RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE 2017, EN PARTICULAR, LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA

Concepción Barrero Rodríguez
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

Sumario:

I. CONSIDERACIONES INICIALES.
II. LAS PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 9/2017 EN EL RÉGIMEN DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO
a) Sobre las causas de resolución y sus efectos.
1. Causas que afectan a la personalidad, a la capacidad del contratista o a su solvencia.
2. La resolución con origen en la modificación del contrato.
3. El mutuo acuerdo entre Administración y contratista.
b) Otras previsiones de la LCSP sobre la resolución del contrato.
III. EN PARTICULAR, LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA.
a) El incumplimiento por el contratista de sus obligaciones contractuales.
1. Las obligaciones cuyo incumplimiento hace posible la resolución del contrato.
2 Los efectos de la resolución por esta causa.
b) El incumplimiento del plazo contractual.
c) El incumplimiento por el contratista de sus obligaciones laborales.

I. CONSIDERACIONES INICIALES.

La resolución del contrato, una de las modalidades de su extinción a tenor de lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), supone, como aceptan pacíficamente la jurisprudencia y la doctrina ante la falta de una definición legal de la institución, la ruptura del contrato acordada por el órgano de contratación antes del vencimiento de su plazo de eje-

cución y sin que su objeto haya sido íntegramente satisfecho[1], circunstancia que puede obedecer a causas muy diferentes. La LCSP vigente parte de la diferencia, tradicional en nuestras normas de contratación, entre causas generales de resolución aplicables, por consiguiente, a todos los contratos típicos o nominados que regula y causas propias o particulares de cada uno de ellos, las recogidas en los artículos 245, 279, 294, 306 y 313 en relación, respectivamente, con los contratos de obra, concesión de obra pública, concesión de servicios, suministros y servicios. Las causas generales de resolución son muy heterogéneas, como lo demuestran las distintas sistematizaciones de las que han sido objeto bajo la vigencia de ésta y otras disposiciones anteriores de contenido similar[2]. Así, la disolución del vínculo contractual puede tener su origen en circunstancias que afectan a la personalidad, la capacidad del contratista o su solvencia, en el objeto del contrato, en el incumplimiento de alguna de las partes o en su propio acuerdo. Las causas, de otra parte, específicas de cada contrato varían lógicamente en función del objeto propio de cada uno de ellos. En este estudio nos vamos a centrar en la resolución fundada en el incumplimiento del contratista, no sin antes efectuar algunas consideraciones sobre el resto de los motivos generales de ruptura contractual previstos en el artículo 211.1 de la LCSP a fin de dejar constancia de las innovaciones introducidas por la norma, las dudas que suscitan las nuevas reglas legales y las lagunas y problemas que el régimen derogado planteaba y a los que, sin embargo, esta disposición no ha dado respuesta[3]. Prescindimos pues del examen de las causas propias de resolución de los contratos de obra, concesión de obra pública, concesión de servicios, suministros y servicios, si bien puede apuntarse que la Ley mantiene, sin apenas variaciones, el régimen previsto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) a excepción de las que afectan al rescate en los contratos de concesión de obras y servicios en donde aparece la exigencia, inexistente en esa disposición, de que se efectúe siempre para una "gestión directa por la Administración" de la

---

1 En tal sentido se pronuncia la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de marzo de 2018 (JUR 2018/136736) que, con base en la definición ofrecida por la del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004, declara que «*la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal*».

2 Así, y entre otras, las ofrecidas por García-Trevijano Garnica, E. (*La resolución del contrato administrativo de obras*, Montecorvo, Madrid, 1996, págs. 37-38) o por García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.R. (*Curso de Derecho Administrativo I*, 18ª ed., Civitas,Thomson-Reuters, Madrid, 2017, pág. 812).

3 Las causas de resolución recogidas en este precepto son aplicables exclusivamente a los contratos administrativos con la excepción de la prevista en el artículo 211.1.g), «*la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205*», a la que están igualmente sujetos «*los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas… cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley*».

De otra parte, debe significarse que nos encontramos ante un precepto de carácter básico como lo es casi toda la regulación general de la resolución de los contratos administrativos en la LCSP, pues solo los apartados 2º y 5º del artículo 212 relativos a los efectos de la resolución derivada de una declaración de concurso o de insolvencia carecen, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final 1.3, de esa condición.

explotación de la obra o el servicio, siendo necesario además, lo que no parece fácil, «*la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional*[4]».

En estas consideraciones iniciales conviene igualmente recordar que la normativa sobre contratación pública configura la resolución del contrato como una prerrogativa o potestad de la Administración, así como que la concurrencia de una causa de resolución no produce automáticamente la extinción de la relación contractual a excepción de aquellos supuestos en los que así lo haya previsto expresamente la norma. Con carácter general, ante la existencia de un motivo de resolución, «*la parte a la que no sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma*» podrá, como determina el artículo 212.2, «*instar la resolución*», aunque también puede optar por su mantenimiento. Una decisión que, en el caso de la Administración, habrá de venir motivada por la satisfacción del interés público al que atiende el contrato.

II. LAS PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 9/2017 EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

a) Sobre las causas de resolución y sus efectos.

1. Causas que afectan a la personalidad, a la capacidad del contratista o a su solvencia.

En este primer grupo de motivos posibles de ruptura anticipada de un contrato se incluyen las causas hoy prevista en las letras a) y b) del artículo 211.1 de la LCSP: «*la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista*» en los casos en los que no vaya acompañada de una nueva persona jurídica que la sustituya o, la que le suceda, no reúna las condiciones de solvencia necesarias[5]; y «*la declaración de*

---

4 Artículos 279.c) y 294.c).

5 El artículo 98 de la LCSP, al que expresamente remite el artículo 211.1.a), prevé que «*en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista*», el contrato "continuará" con «*la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo*». En los supuestos, de otra parte, de «*escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas*», el contrato proseguirá con «*la entidad a la que se atribuya*» que, igualmente, quedará «*subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provenga el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato*». La causa de resolución se circunscribe así a los casos en los que no pueda producirse «*la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias*», considerándose «*a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario*» con las consecuencias que, para estos casos, establece el artículo 213.3. Fuera de estas hipótesis, es posible también una resolución fundada en la desaparición de la personalidad jurídica de la sociedad contratista en los supuestos en los que esta no va acompañada de la aparición de un nuevo ente que la sustituya, supuestos cuyos efectos no se especifican en la LCSP.

concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento». Si, en el ámbito de las primeras, la Ley de 2017 no introduce modificación alguna en el ordenamiento anterior, como tampoco lo hace respecto de «*la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento*», sí que altera significativamente el régimen de la resolución por concurso, al haber eliminado la regla recogida en el artículo 224.2 del TRLCSP de 2011 que establecía que la apertura de la fase de liquidación del concurso daba «*siempre lugar a la resolución*» del contrato[6]. Una causa obligada de ruptura del vínculo contractual que ahora desaparece para, en la línea defendida por algunos autores[7], atribuir, en todo caso, a la Administración contratante la posibilidad de elegir entre la disolución del contrato o su mantenimiento si, como establece el artículo 212.5, «*razones de interés público así lo aconsejan*» y «*siempre y cuando el contratista prestare las garantías adicionales suficientes para su ejecución*». El propio Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, al Anteproyecto de Ley, destacó como la Administración dispone, sin duda, de «*un margen de discrecionalidad para decidir si opta por la continuidad del contrato*», aunque llamó también la atención sobre «*las condiciones extraordinarias que han de concurrir para que sea factible la pervivencia del vínculo contractual que une a la Administración con una sociedad en liquidación*[8]». En cualquier caso, debe de tenerse en cuenta que esta facultad de

---

Aunque no estamos ante un caso frecuente en los dictámenes de los órganos consultivos y las resoluciones judiciales, los existentes permiten comprobar que la desaparición de la entidad no tiene por qué suponer, como indica el Dictamen del Consejo consultivo de La Rioja 35/2015, de 6 de julio, que nos encontremos «*ante un incumplimiento culpable del contratista*», lo que significa que podrá devolvérsele la garantía.

En los casos, de otra parte, de muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual, el artículo 212.3 de la LCSP mantiene la regla, ya prevista en el Derecho anterior, que faculta a la Administración para «*acordar la continuidad del contrato con sus herederos o sucesores*». El RD 1098/2001, de 12 de octubre, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), en vigor en lo que no se oponga a las disposiciones de la nueva Ley, dispone en su artículo 110 que el acuerdo sobre la continuidad del contrato «*será adoptado por el órgano de contratación a petición de los herederos o del representante del incapaz*». La «*no continuación del contrato no dará derecho alguno a indemnización por el resto del contrato dejado de ejecutar*».

6 Una previsión procedente, a su vez, del Texto Refundido de Contratos de 2000 tras su modificación por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En su redacción originaria, el artículo 212.2 de ese Texto Refundido establecía que «*la declaración de quiebra, de concurso de acreedores, de insolvente o de fallido en cualquier procedimiento originará siempre la resolución del contrato*».

Bajo la vigencia del régimen anterior, el Consejo de Estado y el resto de órganos consultivos no dudaron en manifestar, así lo hace por ejemplo el Dictamen 386/2018, de 17 de mayo, del órgano estatal, que «*la apertura de la fase de liquidación en el concurso comporta la extinción ex lege de la concesión, correspondiendo a la Administración la determinación de sus efectos*» en un acto que «*es jurídicamente debido, por derivarse directamente de la ley*» y que se «*limita a la mera constatación, fijación o expresión de una situación jurídica preexistente –el efecto resolutorio dispuesto por la ley–*». Así quedó además establecido en las Sentencias de la Sala especial del Tribunal Supremo para los Conflictos de Jurisdicción de 5 y 15 de diciembre de 2016 (RJ 2017/2357 y RJ 2017/ 2359, respectivamente).

7 Era el caso, por ejemplo, De Guayo Castiella, I. *Contratos del sector público y concurso de acreedores,* La Ley, Madrid, 2011, págs. 93-95.

8. El órgano consultivo dejó además apuntados los casos en los que pudiera, abierta la fase de liquidación, ser aconsejable la continuidad del contrato. Y así destacó que «*no es imposible imaginar un supuesto en el que la apertura de la fase de liquidación tenga lugar cuando el contrato esté próximo a su cumplimiento, supuesto en el que genera para la Administración mayores inconvenientes la resolución y posterior licitación del trabajo remanente que su finalización por la entidad en concurso. Incluso, la pervivencia del vínculo contractual puede favorecer la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concurso o de cualesquiera otras unidades productivas*».

elección quedará excluida, como siempre ha reconocido este órgano consultivo en un criterio que no tiene por qué variar ante el silencio legal, en aquellos supuestos en los que los pliegos del contrato hayan previsto su obligada resolución como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación[9] o, incluso, de la propia declaración de concurso.

El artículo 212.5 de la LCSP, lo que no hacía la norma anterior, determina, en una previsión introducida por el Congreso de los Diputados[10], que «*en todo caso se entenderá que son garantías suficientes*» que aseguran la permanencia del contrato: «*a) Una garantía complementaria de al menos un 5 por 100 del precio del contrato, que deberá prestarse en cualquiera de las formas contempladas en el artículo 108*» y b) «*El depósito de una cantidad en concepto de fianza, que se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 108.1, letra a), y que quedará constituida como cláusula penal para el caso de incumplimiento por parte del contratista*[11]».

También los efectos de la resolución del contrato por esta causa se han visto alterados, lo que a juicio del Consejo de Estado debió "reevaluarse", con la promulgación de la LCSP de 2017 que ha suprimido la previsión del Texto Refundido precedente que determinaba que «*sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable*[12]», excluyéndola, por consiguiente, ante concursos fortuitos[13]. De esta forma, puede afirmarse que la nueva Ley no solo

---

9 En tal sentido, Dictamen, por ejemplo, 726/2016, de 22 de septiembre.

10 El precepto tiene su origen en la enmienda número 677 del Grupo Parlamentario Socialista, cuya motivación señalaba que «*referirse a "garantías suficientes" no es sino emplear un concepto jurídico indeterminado cuya concreción ha planteado no pocos problemas y las opiniones que sobre la materia se han vertido son ciertamente opuestas por lo que resulta razonable su concreción*».

Las enmiendas se encuentran publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, Núm. 2-2, 16 de marzo de 2017.

11 El hecho de que las indicadas cuenten, en todo caso, con esa condición de "garantías suficientes" hace pensar en la posibilidad de que puedan existir otras cuya admisión queda en manos de la Administración titular del contrato. En tal sentido Menéndez Sebastián, E.M. ("Capítulo XLV. La extinción del contrato: la resolución", en Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público, T.III,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 2398).

12 La previsión tenía su origen en la modificación del artículo 208.4 de la LCSP por el RDL 6/2010, de 9 de abril, efectuada con el objeto, según manifiesta expresamente su Preámbulo, de «*favorecer la actividad empresarial*».

13 En tal sentido, y entre otros, Dictamen 291/2017, de 23 de octubre del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Ahora bien, es posible, y de hecho así ocurre con frecuencia, que la resolución contractual preceda a la calificación judicial del concurso. Para responder a estas hipótesis, los órganos consultivos con algunas excepciones ciertamente (Dictámenes, por ejemplo, 105/2015, de 15 de abril, del Consejo consultivo de Castilla-La Mancha, 273/2013, de 22 de julio del Consejo consultivo de Canarias o 365/2016, de 15 de septiembre y 369/2016, de 15 de septiembre del Consejo consultivo de Castilla León), mantuvieron, y es posible que así continúe sucediendo, la retención provisional de la garantía, como medida cautelar, hasta que se produzca la calificación del concurso y pueda, por tanto, determinarse su destino (En tal sentido, Dictamen 569/2014, de 17 de junio del Consejo de Estado o Dictámenes 344/2013, de 19 de diciembre, del Consejo jurídico de la Región Murcia; 479/2014, de 2 de julio, del Consejo consultivo de Andalucía; 442/2012, de 21 de junio, del Consejo consultivo de Extremadura; 206/2013, de 3 de octubre, del Consejo consultivo del Principado de Asturias; o 5/2014, de 9 de enero de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña).

no resuelve los problemas ya planteados bajo la vigencia de la disposición anterior en torno al posible deber del contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que la ruptura anticipada del contrato le hubiera podido ocasionar, problemas que quedan pues abiertos[14], sino que viene además a crear una nueva duda antes inexistente, la relativa al destino de la garantía. Ante la falta de previsión al respecto y en espera de la interpretación que puedan ofrecernos los órganos consultivos y la jurisprudencia contencioso-administrativa, habrá que estar al propio pronunciamiento que la Administración, obligada a ello por el artículo 213.5, haga sobre «*la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía*» en el acuerdo de resolución, acuerdo que deberá tener en cuenta la regla hoy establecida por el artículo 111.1 que, en el mismo sentido que disposiciones anteriores, condiciona su devolución al hecho de que la resolución se haya producido «*sin culpa del contratista*». La aplicación de este precepto podría llevar al mantenimiento de la solución precedente[15], de entenderse que la calificación culpable del concurso confiere esa misma naturaleza a la resolución que de ella trae causa, algo, sin embargo, que no puede ser aceptado pacíficamente en la medida en que no faltan pronunciamientos como el Dictamen 20/2016, de 27 de

---

14. El TRLCSP no contenía, en efecto, ninguna previsión sobre la posible exigencia al contratista de una indemnización por los daños que la resolución hubiera podido ocasionar a la Administración que los tribunales y los órganos consultivos van, por lo general, a reconocer con fundamento en su artículo 225.3 sobre los efectos de la resolución «*por incumplimiento culpable del contratista*», al entender que tal es, en definitiva, la situación que se produce en estos supuestos En tal sentido Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de septiembre de 2001 (JUR 2011/17911) y Dictámenes, entre otros, 136/2008 de la Comisión Jurídica asesora de Euskadi; 328/2012, de 27 de diciembre, del Consejo consultivo de Castilla-La Mancha; 471/2012, de 26 de julio, del entonces Consejo consultivo de Madrid; 261/2012, de 5 de noviembre, del Consejo jurídico de la Región de Murcia; o 273/2013, de 22 de julio, del Consejo consultivo de Canarias. Una interpretación de la que participaron igualmente autores como Linares Gil, M.I. ("Concurso de acreedores y contratación administrativa", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm 14/2011, pág. 203), Carlon, M. ("Comentario al artículo 67", en Rojo, A. y Beltrán, E. *Comentarios de la Ley Concursal,* Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 1246-7), Vázquez Lepinette, T. ("Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010", *Anuario de Derecho concursal*, núm. 22/2011, pág. 330) o Vázquez de Rey Villanueva, R. ("La resolución de los contratos públicos en tiempo de crisis: Mutuo acuerdo e insolvencia de los contratistas", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 34/2013, pág. 97). No obstante, no faltaron voces discordantes con este planteamiento como es el caso del Dictamen 291/2017, de 23 de octubre, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia que destaca que «*la mera declaración judicial de concurso no constituye, "*per se*", una causa constitutiva de un incumplimiento imputable y culpable del contratista*».
En los casos de concursos fortuitos no se encuentran, por el contrario, pronunciamientos en esa doctrina de los órganos consultivos y jurisprudencia que avalen de manera clara ese posible deber del contratista de indemnizar los daños que la extinción anticipada del contrato hubiera podido causar a la Administración, deber al que apunta el Consejo de Estado en su Dictamen 1025/2016, de 12 de diciembre, o la Comisión jurídica Asesora de Euskadi en el Dictamen 136/2008, de 3 de julio, pero que, sin embargo, otros órganos consultivos rechazan abiertamente, como puede comprobarse en el Dictamen 471/2012, de 26 de julio, del entonces Consejo consultivo de Madrid.
Un desarrollo de esta cuestión puede encontrarse en Barrero Rodríguez, C. "Los efectos de la resolución de los contratos administrativos: resolución por concurso y por incumplimiento del contratista. La conveniencia de una reforma", *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, págs. 77-79.
15 En favor de «*la pérdida de la garantía que el contratista hubiese constituido en caso de resolución por concurso del contratista cuando el concurso sea calificado como culpable*» se ha manifestado Fernández Farreres, G., *Sistema de Derecho Administrativo II,* 4ª ed., Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2018, pág. 257.

junio, del Consejo consultivo de la Rioja o el Dictamen 291/2017, de 23 de mayo, del Consejo jurídico de la Región de Murcia que niegan una conexión que rechaza igualmente la Sentencia 31/2017, de 27 de enero del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 12 de Barcelona que recoge otras anteriores en el mismo sentido. Como decimos, habrá que estar atentos a lo que puedan determinar los órganos consultivos y los tribunales de los que cabe igualmente esperar una clarificación, que también hubiera sido deseable que estuviera en la Ley, sobre los efectos de la resolución en el plano de la indemnización de los posibles daños ocasionados a la Administración por la extinción del contrato. Si prevé, en cambio, con claridad la LCSP la prohibición de contratar derivada de la situación de concurso[16], así como la posibilidad, reconocida igualmente en el Texto Refundido anterior, de que el contratista incurso en esa situación pueda ceder el contrato, aun cuando no concurran las condiciones para ello establecidas con carácter general en el artículo 214.2.b) y esté abierta la fase de liquidación[17].

2. La resolución con origen en la modificación del contrato.

La LCSP establece una regulación de la modificación de los contratos que, como es sabido, parte de la diferenciación entre dos clases de variaciones posible del contrato, la «*prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particularidades*» y la operada *ex lege*, reguladas, respectivamente, en sus artículos 204 y 205. En cualquier otro supuesto, determina el artículo 203.2, en que «*fuese necesario que un contrato se ejecute en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes*». De forma coherente con estas previsiones, el artículo 211.1.g) recoge entre las causas generales de resolución de los contratos «*la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205*». Una circunstancia que como manifiesta, entre otros, el Dictamen 326/2018, de 23 de mayo del Consejo jurídico consultivo de la Comunidad de Valencia en relación con la previsión de igual contenido del TRLCSP de 2011, ha de quedar debidamente acreditada no procediendo la extinción del contrato en caso contrario.

Ahora bien, a este supuesto de resolución ya previsto en la disposición anterior –fue incorporado a nuestro Derecho por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES)–, el artículo 211.1.g) de la Ley de 2017 añade la posibilidad, la resolución es aquí potestativa, de que el contrato pueda romperse

---

16. Así su artículo 71.1.c) prohíbe contratar con las personas que hayan «*solicitado declaración de concurso voluntario*», hayan «*sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento*», «*declaradas en concurso, salvo que en éste haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos*» o «*inhabilitadas*» conforme a la Ley Concursal «*sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso*».

17 El indicado precepto exige con carácter general, para que la cesión sea posible, que el contrato esté ejecutado «*al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios*», haya sido explotado «*durante al menos una quinta parte del plazo de duración*».

«*cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205*», esto es siendo posible una variación del contrato no prevista en los pliegos, «*las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido*». La LCSP recupera así, y lo hace además con carácter general, un supuesto de resolución del contrato de obras existente en el ordenamiento anterior y que la LES había eliminado, recuperación que el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto de Ley sitúo entre las innovaciones del régimen de la resolución contractual que "resultan acertadas". En definitiva, y así queda establecido en el artículo 212.2, las modificaciones del contrato que no puedan efectuarse «*al no darse las circunstancias establecidas en los artículos 204 y 205, darán siempre lugar a la resolución*», en tanto que «*serán potestativas para la Administración y para el contratista*» aquéllas que pudiendo llevarse a cabo, «*impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido*[18]»; por debajo de esa cifra, el contratista, como dispone el artículo 206.1, viene obligado a acatar la modificación.

Los efectos de la ruptura del contrato por esta causa vienen expresamente establecidos en el artículo 213.4 de la LCSP[19]. El contratista tendrá derecho «*a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar*», a menos que la circunstancia que determina esa modificación del contrato que jurídicamente no es posible, le «*sea imputable*»; o, segunda posibilidad, rechace, siendo esta procedente, «*la modificación contractual propuesta por la Administración*», lo que reduce el derecho del contratista a la indemnización a las hipótesis en las que sea la Administración la que insta la resolución, excluyéndolo, por tanto, en los supuestos en los que sea él quien ejerce la facultad resolutoria del contrato[20]. Nada, de otra parte, dispone expresamente la LCSP sobre el destino de la

---

18 Ante el ejercicio por la Administración de su potestad resolutoria en estos casos, y en términos del Dictamen 242/2013, de 10 de julio, bajo la vigencia del régimen anterior, «*debe valorarse y ponderarse que decisión resulta más compatible con dicho interés público, teniendo en cuenta los principios de igualdad y concurrencia en la contratación, la no demora en la finalización de las obras y los perjuicios económicos que al Ayuntamiento le pueda suponer la adopción de una y otra medida*».

19 Horgué Baena, C. a cuyas consideraciones sobre la resolución de los contratos fundadas en esta causa, y en general sobre la regulación de su modificación en la LCSP, me remito, ha valorado positivamente el que, por primera vez nuestro Derecho establezca claramente «*los efectos de la resolución del contrato cuando trae causa en una modificación que, aun siendo válida, supondría traspasar el límite del 20 por ciento del precio inicial del contrato despejando la incertidumbre que había suscitado la cuestión en otros momentos*» ("Capítulo XLIII. Modificación de los contratos", en E. Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público, T.III, op. cit*., págs. 2308-2310).

20 Esta previsión no figuraba en las versiones iniciales del Anteproyecto de Ley. Se introduce tras las consideraciones efectuadas por el Consejo de Estado que en su dictamen a ese Anteproyecto advertía que «*no debe surgir el derecho del contratista a cobrar el 3 % de la prestación dejada de realizar cuando, planteada la modificación por la Administración y estando la misma amparada por el artículo 205, el contratista decline firmar el proyecto modificado*», «*por cuanto una cosa es dotar de carácter potestativo a la reforma contractual por encima del 20 % del precio inicial y otra distinta incentivar al contratista para que la rechace abonándole una indemnización en tal coyuntura. Podrá o no prestar su conformidad a la modificación, pero no es procedente resarcir al contratista con el 3 % de la prestación dejada de realizar en el supuesto en el que se niegue a aceptarla*».

garantía en estos supuestos de ruptura anticipada del contrato. No parece, sin embargo, que existan dudas sobre la procedencia de su devolución si, como con carácter general ocurre en estos supuestos, nos encontramos ante una causa de resolución ajena al incumplimiento del contratista. Así han venido manteniéndolo los órganos consultivos, ante el silencio igualmente del régimen anterior, en un criterio que no tiene por qué variar[21].

3. El mutuo acuerdo entre Administración y contratista.

La resolución del contrato es también posible, como recoge hoy el artículo 211.1.c), por «*el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista*», posibilidad subordinada, como establece el artículo 212.4) en los mismos términos que disposiciones anteriores, a que no «*concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato*». Resuelto el contrato por esta causa, lo que ciertamente no es frecuente en la práctica, los derechos de las partes, como dispone el precepto siguiente en su apartado 4º, «*se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas*».

b) Otras previsiones de la LCSP sobre la resolución del contrato.

Damos aquí cuenta breve de otras normas introducidas por la Ley de 2017 en el régimen de la resolución de los contratos administrativos y que vienen a positivizar soluciones plenamente implantadas en la práctica o a dar respuestas a problemas que esta misma práctica había puesto de manifiesto.

En el primero de esos ámbitos debe situarse la norma aparecida en el artículo 211.2 que para «*los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción*», ordena que se atienda «*a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo*[22]». Una regla con la que el Consejo de Estado, y más tarde los órganos consultivos autonómicos, así como la jurisprudencia contencioso-administrativa han dado tradicionalmente respuesta a los supuestos, habituales en la práctica, en los

21 En tal sentido, y entre otros, Dictámenes 195/2015, 9 de abril, y 563/2015, de 2 de julio, del Consejo de Estado, 821/2016, de 21 de diciembre, del Consejo Consultivo de Andalucía o 14272016, de 2 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid.

22 La redacción final de este artículo coincide con la sugerida por el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto al Ley que la consideraba más clara que la establecida en el texto sometido a su consideración que señalaba que «*cuando en una misma relación contractual concurrieran varias causas de las enumeradas en el apartado anterior, el órgano de contratación deberá estar a lo que resulte de la prioridad cronológica en su aparición*». La propuesta por el órgano consultivo refleja mejor, ciertamente, su doctrina tradicional en la materia expresada en el Dictamen número 47.892, de 4 de julio de 1985, frecuentemente citado a partir de esa fecha, que señalaba que esa regla de prioridad tiene sentido «*cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas*», toda vez que, si como indica el Dictamen 985/2014, de 4 de diciembre, éstas «*son idénticas*», procede «*resolver el contrato por cualquiera de ellas*».

que en un mismo contrato surgen distintos motivos de resolución de alcance y consecuencias diferentes, regla que ahora, lo que ha de considerarse positivo, adquiere rango legal.

De otra parte, debe señalarse que la LCSP, que sigue remitiendo el procedimiento de resolución a «*las normas de desarrollo de esta Ley*[23]», aun cuando en su artículo 191 prevea dos trámites de obligado cumplimiento: la audiencia al contratista y «*el dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva*» cuando «*se formule oposición*» por su parte, sí establece en cambio, y a diferencia de las disposiciones anteriores, el plazo máximo, ocho meses, en el que estos procedimientos «*deberán ser instruidos y resueltos*». Se trata, sin duda, de una previsión muy oportuna en la medida en que, ante la ausencia de uno específico, se había venido aplicando el plazo supletorio de tres meses previsto en la norma común del procedimiento administrativo, artículos 42.3 de la Ley 30/1992 y 21.3 de la Ley 39/2015[24]. Un plazo a todas luces insuficiente, como los propios órganos consultivos se encargarán de manifestar, ante la complejidad que, por lo general, revisten estos procedimientos[25]. La falta de resolución y notificación en plazo supone, si el procedimiento se inició a instancias del contratista, que «*podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver*» de conformidad con lo dispuesto en la disposición final 2ª.1. De haberse incoado de oficio, se producirá su caducidad como reconocen una consolidada doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia contencioso-administrativa[26].

---

23 Así el artículo 212.1 dispone que la resolución se ha de acordar por «*el órgano de contratación, de oficio o a instancias del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca*». En espera del anunciado desarrollo reglamentario, ha de entenderse aplicable el procedimiento previsto en el RGCAP, en vigor en lo que no se oponga a las nuevas disposiciones legales.
La disposición final 2ª.1 de la Ley dispone además la aplicación supletoria en este ámbito de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas.
24 Así lo hacen, entre los más recientes, los Dictámenes del Consejo de Estado 25/2018, de 22 de febrero o 48/2018, de 19 de abril o los Dictámenes 441/2018 de 14 de junio y 652/2018, de 26 de septiembre del Consejo consultivo de Andalucía;194/2018, de 6 de septiembre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; 367/2018, de 2 de agosto, 466/2018, de 24 de octubre y 471/2018, de 31 de octubre de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid; 214/2018, de 24 de mayo, del Consejo Consultivo de Castilla y León; 179/2018, de 20 de junio del Consejo Asesor de Galicia; 11/2018, de 16 de febrero y 68/2018, de 20 de septiembre de la Comisión Jurídica de Extremadura; 169/2018, de 26 de julio de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña; 31/2018, de 5 de febrero y 42/2018, de 19 de febrero del ConsejoJurídico de la Región de Murcia; o 550/2018, de 4 de diciembre del Consejo Consultivo de Canarias.
En el mismo sentido, pueden verse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Málaga) de 27 de marzo de 2017 (RJCA 2018/348) o de Murcia de 27 de enero de 2017 (RJCA 2017/156), expresivas de otra muchas que contienen igual pronunciamiento.
25 En tal sentido, Dictámenes del Consejo de Estado 690/2015, de 27 de julio, o 750/2016, de 10 de noviembre.
26 Como puede comprobarse en el Dictamen del Consejo de Estado 363/2017, de 29 de junio o en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 15 de diciembre de 2016 (JUR 2017/43612) o de Castilla y León (Sala de Valladolid) de 16 de diciembre de 2016 (JUR 2017/16054) que dan cuenta de la posición del Tribunal Supremo en la materia.

Finalmente debe señalarse que el artículo 213.6 de la LCSP ha extendido a las resoluciones fundadas en la situación de concurso del contratista o el incumplimiento por su parte de las obligaciones principal o esenciales del contrato, incluida la infracción del plazo, una previsión que el Texto Refundido de 2011 solo establecía para los casos de rupturas contractuales derivadas de una modificación del contrato: la que dispone que «*al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato*» podrá iniciarse «*el procedimiento para la adjudicación de un nuevo contrato*» que «*quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución*», aplicándose «*la tramitación de urgencia a ambos procedimientos*[27]». Además, y hasta que se formalice el nuevo contrato, «*el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado*». Su retribución, a falta de acuerdo, se fijará por «*el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato*». El contratista «*podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles*». Si el contratista, dispone por último la norma, no puede asegurar «*las medidas indispensables establecidas en el párrafo anterior, la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero*».

III. EN PARTICULAR, LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA.

El incumplimiento de las partes contratantes ha figurado siempre en nuestras normas entre las causas de resolución de los contratos administrativos, pudiendo además considerarse, si atendemos a la doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia contencioso-administrativa, el motivo que, con mayor frecuencia, sirve de base a la extinción anticipada del contrato y uno de los que tradicionalmente ha planteado, si nos atenemos a esa misma doctrina y jurisprudencia, mayores dudas jurídicas y problemas en su aplicación.

En el ámbito de la resolución por incumplimiento debe naturalmente diferenciarse entre el procedente del contratista y el de la propia Administración contratante. Entre las causas generales de resolución del artículo 211.1 de la LCSP solo aparece un incumplimiento de la Administración con un posible efecto resolutorio del contrato, el previsto en su letra e), la demora en el pago «*por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8*», esto es, a seis meses o al más bajo que puedan

27 Esta tramitación paralela de ambos procedimientos se ha considerado "aconsejable" al ser la solución más favorable para la defensa del interés público que concurre en estos casos. En este sentido, Fernández Astudillo, J.M., *El nuevo régimen de la contratación pública*, Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág.1188.

haber fijado las Comunidades Autónomas[28]. Resuelto el contrato por esta causa, el contratista tendrá derecho, como disponen los artículos 198.6 y 213.2, «*al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen*», «*al pago de los daños y perjuicio que por tal causa*» se le irroguen, en cuya acreditación y valoración se generan los principales problemas en la aplicación de un motivo de resolución que, en su configuración legal, no suscita especiales dudas y que tampoco es muy habitual.

Más problemáticos en términos jurídicos han sido tradicionalmente los supuestos de resolución con origen en el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones, un motivo, de otra parte, que justifica con extraordinaria frecuencia la ruptura anticipada de un contrato, de ahí que debamos detener especialmente nuestra atención en su análisis. En el artículo 211.1 de la LCSP aparecen tres motivos de resolución derivados del incumplimientos del contratista, dos procedentes de disposiciones anteriores, aun cuando se introduzcan en ellos modificaciones de interés: la demora en el cumplimiento de los plazos del contrato y el incumplimiento de su obligación principal o esenciales; y un tercero, sin precedente alguno en el ordenamiento anterior y que, como veremos, plantea no pocos problemas importantes que el legislador no resuelve, el recogido en la letra i), «*el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato*».

a) El incumplimiento por el contratista de sus obligaciones contractuales.

El incumplimiento por el contratista de sus obligaciones contractuales aparece como causa resolutoria del contrato desde las primeras normas sobre contratación pública si bien con alcance y efectos muy diferentes en una regulación, por tanto, que ha variado mucho a lo largo del tiempo y que la Ley de 2017 vuelve a modificar, tanto en lo que se refiere a la determinación de los incumplimientos que facultan a la Administración para ejercer su potestad resolutoria del contrato, como a los efectos de su ruptura.

---

28 El pago del precio del contrato constituye una de las obligaciones más importantes con las que ha de cumplir la Administración contratante, quedando reconocida en la LCSP como un derecho del contratista, el derecho, establece su artículo 198.1, «*al abono del precio convenido por la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato*» que se ha de producir, como señala el apartado 4º del precepto, en los «*treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210*». Transcurrido dicho plazo, el contratista tendrá derecho «*a los intereses de demora y a la indemnización por los costes de cobro*» y si la demora supera los cuatro meses podrá optar a la suspensión del contrato.

1. Las obligaciones cuyo incumplimiento hace posible la resolución del contrato.

Las obligaciones a cuyo incumplimiento el Derecho vincula el posible efecto resolutorio de un contrato han sido objeto de una importante evolución en nuestras normas de la que la Ley vigente constituye el último eslabón. Prescindiendo de antecedentes más lejanos, cabe señalar que fue la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la que introdujo en su artículo 112.g) el carácter "esencial" de la obligación cuyo incumplimiento por el contratista faculta a la Administración para resolver el contrato, acogiendo así la regla plenamente consolidada en la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia contencioso-administrativa que, en su interpretación de la normativa anterior[29] y bajo la influencia, sin duda, de la doctrina la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre el artículo 1124 del Código civil, habían circunscrito la potestad administrativa resolutoria del contrato a los incumplimientos del contratista de carácter «*grave y de naturaleza sustancial*[30]», a los relativos a sus «*cláusulas esenciales*[31]». El artículo 206.g) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 223.f) de su Texto Refundido, mantendrá esta exigencia aunque añade un requisito inexistente en la norma anterior, el que esas obligaciones esenciales «*estén calificadas, como tales, en los pliegos o en el contrato*». La incorporación de esta nueva condición, que sin duda aporta seguridad jurídica, pone fin «*al problema interpretativo de determinar qué debía entenderse por deber esencial*[32]», abre, sin embargo, un interrogante importante, el de si la Administración puede romper un contrato ante la infracción por el contratista de obligaciones que, aun pudiendo considerarse esenciales de acuerdo con su propio régimen, no cuentan, sin embargo, con esa tipificación en sus pliegos[33]. Aunque los órganos consultivos mantendrán interpretaciones divergentes sobre el particular, finalmente se impondrá, aun con algunas excepciones iniciales[34], la tesis favorable a esta posibilidad, pues como manifiesta, por ejemplo, el Dictamen 47/2016, de 23 de

---

29 El artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 que se refería, sin mayor precisión, al incumplimiento por el contratista de «*las obligaciones que le incumban*» y los artículos 52.1 y 75.1 de la Ley de Contratos de 1965, para los contratos de obras y servicios públicos, respectivamente, que aludían al «*incumplimiento de las cláusulas del contrato*» y «*al incumplimiento del empresario*».

30 Sentencia, por ejemplo, del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1992 (RJ 1992/2994).

31 Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1998 (RJ 1988/5903).

32 En términos, por ejemplo, del Dictamen del Consejo Consultivo de Galicia 230/2016, de 14 de septiembre.

33 La previsión de la Ley de 2007 fue objeto en este punto de importantes críticas. Entre otros, por Ruíz Damiel, M. ("La resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales. Una crítica a la actual regulación formalista", *Observatorio de la Contratación Pública, Sección Opinión*, *26 de diciembre de 2016*).

34 Es el caso del Consejo Consultivo del Principado de Asturias que en su Dictamen 40/2014, de 3 de marzo, en la misma línea que el anterior 217/2013, de 17 de octubre, sostuvo, aun reconociendo que existía «*un incumplimiento contractual de importancia no desdeñable y digno de reproche*», que «*no debería articularse la resolución sobre esta causa a falta de definición concreta en los pliegos o en el contrato de una obligación contractual esencial que constituya el espejo de tal incumplimiento*». Ahora bien, su Dictamen 43/2015, de 5 de marzo, parece cambiar de criterio al mantener la posibilidad de que el contrato pueda resolverse ante el incumplimiento de obligaciones que pueden ser consideradas como tales, aun cuando no hayan quedado tipificadas con tal carácter.

diciembre, del Consejo de Estado, «*la voluntad evidente del legislador es incentivar el celo de los redactores de los documentos de contratación y moderar el empleo de la potestad de resolución, pero no impedirla en casos de incumplimientos groseros y flagrantes o que demuestren una voluntad del contratista rebelde al cumplimiento*», de incumplimientos, afirma el Consejo consultivo de Andalucía en su Dictamen 926/2018, de 13 de diciembre, «*de una obligación esencial por la propia naturaleza del objeto del contrato*[35]». No obstante, cabe advertir que el ejercicio de la potestad resolutoria constituye, en términos muy repetidos, «*una medida drástica que solo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general*[36]», «*se configura como última medida que la Administración debe ejercitar cuando el interés público lo aconseje,…*[37]», teniendo en cuenta que, en principio, toda resolución perjudica al interés general, siquiera sea por la dilación que supone para su satisfacción, de ahí que si puede lograrse que se enderece la situación, aun con las penalidades correspondientes, esta haya de considerarse, en principio, mejor opción que la de la ruptura del contrato.

El artículo 211.1.f) de la LCSP de 2017 vuelve a modificar el presupuesto de hecho de esta causa de resolución procedente ahora en dos supuestos diferentes. De una parte, y ante todo, cuando el contratista incumpla «*la obligación principal del contrato*», obligación que, como indicó el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto de Ley, cabe identificar con la prestación que, en cada caso, constituya su objeto. De esta forma, destacaba también el órgano consultivo, el texto sometido a su consideración superaba «*la dificultad interpretativa*» que planteaba la norma de 2007 y su Texto Refundido en los casos en los que los pliegos calificaban «*de esenciales varias de las obligaciones accesorias imputables al contratista*» pero omitían, sin embargo, esa «*calificación en lo que atañe al objeto mismo del contrato (la realización de la obra, la entrega del suministro o la prestación del servicio) por su obviedad*[38]». Ahora bien, la resolución es también posible cuando el contratista incumpla alguna «d*e las restantes obligaciones esenciales siempre que éstas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los Pliegos o en el correspondiente documento técnico descriptivo*». Una cláusula

---

También el Consejo de Aragón parece variar su posición inicial como puede comprobarse en su Dictamen 82/2012, de 29 de mayo y en los posteriores 88/2014, de 17 de junio, 298/2015, de 15 de diciembre, 220/2016, de 21 de septiembre o 142/2017, de 12 de junio.

35 De esta misma doctrina participan los órganos consultivos de Castilla-La Mancha (Dictámenes 95/2018, de 15 de marzo o 279/2018, de 27 de julio); la Región de Murcia (Dictamen 217/2015, de 28 de julio); La Rioja (Dictámenes 20/2016, de 20 de junio o 47/2016, de 23 de diciembre), Canarias (Dictamen 401/2018, de 4 de octubre); Castilla y León (Dictámenes 282/2018, de 11 de julio, 474/2018, de 15 de noviembre y 490/2018, de 28 de noviembre); o Madrid (Dictámenes 153/2018, de 27 de marzo y 287/2018, de 21 de junio).

36 Dictámenes 479/2018, de 8 de noviembre y 552/2018, de 20 de diciembre de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid.

37 Dictamen 539/2018, de 25 de julio, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad de Valencia.

38 En iguales términos vienen pronunciándose los primeros comentaristas de la Ley. Así lo hacen Fernández Astudillo, J.M. (*El nuevo régimen de la contratación pública*, *op. cit*., págs. 1193-1194) y Guerrero Ankersmit, R. ("Comentario al artículo 211", en Recuerda Girela, M.A. (dir), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector público,* Civitas,Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2018, pág. 1245-1246).

procedente del artículo 223.f) del TRLCSP de 2011 a la que se añaden, no obstante, dos exigencias inexistentes en esta norma: Que la delimitación efectuada respete «*los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos*», esto es, que no sea contraria «*al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración*»; y que tales obligaciones «*figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general*». Unos requisitos con los que, como advirtió igualmente el Consejo de Estado en ese mismo dictamen, la norma trata de impedir que el pliego «*configure como obligaciones esenciales cuyo incumplimiento determine la resolución contractual todas las obligaciones asumidas por el contratista*».

En definitiva, la LCSP vigente contiene una determinación mucho más precisa de esta causa de resolución que la existente en el texto normativo anterior. De hecho no viene sino a recoger la interpretación de los órganos consultivos que bajo la vigencia de la disposición anterior venían manifestando que debe considerarse «*esencial la obligación central, nuclear del contrato, así como aquellas que están perfectamente identificadas de tal forma que los licitadores puedan conocer su importancia y las consecuencias que acarrea su incumplimiento*[39]». Confiemos en que la nueva fórmula legal ponga fin a los problemas que se han venido planteando en este ámbito, lo que no obsta a que debamos de continuar llamando la atención sobre la necesidad e importancia de que los pliegos del contrato definan las obligaciones de esta clase, hoy acrecentada por el hecho de que, como advirtiera también el Consejo de Estado, el artículo 211 de la LCSP, a diferencia de disposiciones precedentes, no concluye ya con una remisión genérica a otras posibles causas de resolución «*establecidas expresamente en el contrato*», lo que significa que para que «*este efecto extintivo pueda modularse en función de las características propias de cada contrato, la única opción remanente será la definición en el pliego de dichas obligaciones esenciales, lo que habrá de tenerse en cuenta en la confección del mismo*».

2. Los efectos de la resolución por esta causa.

La LCSP modifica también el segundo de los extremos fundamentales del régimen de la resolución por incumplimiento del contratista, el relativo a sus efectos; en este caso, para volver a la regla establecida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 poniendo fin así a la solución prevista por la de 2007 y que tantas dudas interpretativas viene planteando, dudas que sería muy conveniente aclarar, pues aunque ese régimen ha sido derogado y esos efectos han cambiado, son todavía muchos los contratos sujetos a sus disposiciones.

---

39 Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid153/18, de 27 de marzo.
En el mismo sentido, y entre otros muchos, pueden verse los Dictamen 474/2018, de 15 de noviembre del Consejo Consultivo de Castilla y León o 926/2018, de 13 de diciembre del Consejo Consultivo de Andalucía.

Los artículos 208.4 de la Ley de 2007 y 225.3 de su Texto Refundido disponían que «*cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada*». La garantía queda pues adscrita a la indemnización de los daños y perjuicios que el contratista haya podido causar a la Administración. Ahora bien, estos preceptos no disponen su incautación como efecto propio y necesario de la ruptura del contrato. De esta forma, dejan planteado el interrogante de si están o no reconociéndole el derecho al reintegro de aquella parte de la misma que no sea necesaria para la compensación de los daños ocasionados. Una interpretación que, desde luego, puede venir avalada por el tenor literal de la norma –la primera en nuestra historia que no impone la incautación automática de la garantía en estos supuestos–, pero que encuentra, sin embargo, un escollo importante en el artículo 102.1 del propio TRLCSP que condiciona su devolución al hecho de que la resolución contractual se produzca "sin culpa del contratista", excluyéndola así, *a contrario sensu*, en los supuestos en los que esta concurra. La cuestión, a día de hoy, dista de estar clara pues en los dictámenes de los órganos consultivos y en las pocas sentencias existentes conviven dos interpretaciones bien distintas sobre ese posible derecho del contratista a la devolución de la garantía en la medida en que no sea necesaria para la reparación de los daños producidos a la Administración por la disolución anticipada del contrato, apreciándose igualmente pareceres doctrinales divergentes[40]. El Consejo de Estado, en la que ya califica de «*interpretación*

---

40 En favor de la pérdida, en todo caso, de la garantía se manifestó Cano Campos, T. ("La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista", Soriano García, J.E. (Dir), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, págs. 1810-24). También García-Trevijano Garnica, E., siendo consciente de que "se trata de una cuestión discutible", sostuvo la existencia de «*argumentos para sostener que el régimen aplicable en este aspecto tras la entrada en vigor de la LCSP es similar al anterior*», esto es procede la incautación, en todo caso, de la garantía ("La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público", *Revista Española de la Función Consultiva, núm. 14, 2010*, págs. 159-161), tesis de la que participan igualmente Castillo Blanco, F. ("Las garantías en la contratación administrativa y las responsabilidades a que están afectas**:** un estado de la cuestión", Soriano García, J.E. (Dir), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, op. cit., 2014, págs. 1825-1865) y Santamaría Pastor, J.A. (*Principios de Derecho Administrativo General II*, 4ª ed, Iustel, Madrid, 2016, pág. 281), entre otros autores.
A favor, por el contrario, de la devolución de la garantía en la medida en que no sea necesaria para la indemnización de los daños causados se manifestaron, entre otros, Collado Martínez, R.Mª. ("La bruja por la chimenea y la incautación de la fianza en caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista", *La contratación pública: Problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, www.madrid.org/ccmadrid, págs. 227-247), Baño, T. y Morales, R. ("La incautación de la garantía definitiva en la resolución del contrato administrativo por culpa del contratista. Cuestiones derivadas de la nueva Ley de Contratos del Sector público", *Revista Española de la Función consultiva*, núm. 12, 2009, págs. 116-9), Mir Puigpelat, O. ("Contratación administrativa en tiempos de crisis", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 12/2009, pág. 112), De Vicente, R. ("Los incumplimientos recíprocos en el contrato administrativo como causa de su resolución y de la indemnización de daños y perjuicios", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 18/2008, págs. 35-36), Cuereda

consolidada», va a reconocer tal derecho, al entender que la Ley de 2007 supuso una modificación sustancial en el régimen de las garantías, pues «*a diferencia de lo que era tradicional en la contratación administrativa en España*», en el sistema de esta Ley «*la resolución del contrato a causa del incumplimiento del contratista no lleva aparejada, a menos que así lo haya dispuesto el pliego, la incautación automática de la fianza definitiva en poder de la Administración contratante*», que, por consiguiente, ha de ser devuelta al contratista si no existen daños que indemnizar, lo que no excluye que el acuerdo de resolución pueda decidir su retención hasta que se proceda a su cuantificación[41]. La interpretación del órgano consultivo estatal es compartida, en algunos casos nítidamente desde un primer momento y en otros tras algunas dudas iniciales o de una manera menos explícita, por los órganos consultivos del Principado de Asturias[42], Madrid[43], Islas Baleares[44], Castilla y León[45], aun cuando dictámenes muy recientes de su Consejo Consultivo pudieran apuntar a un cambio de criterio[46], Castilla-La Mancha[47], Galicia[48], Extremadura[49] y Cataluña[50]. Otros órganos consultivos mantienen, sin embargo, la incautación de la garantía como efecto propio de toda resolución de un contrato fundada en el incumplimiento culpable del contratista, con independencia pues de que existan o no daños que indemnizar a la Administración y de cual sea, en su caso, su cuantía. Así ocurre en la Región de

---

Mas, J. ("La renuncia contractual e incautación de la garantía definitiva", *Revista CEMCI*, núm. 12/13, 2011, pág. 12) o Escrihuela Morales, F.J. (*La contratación del sector público, Especial referencia a los contratos de suministros y servicios*, 5ª ed., La Ley, Madrid, 2018, pág. 1423).

41 Otros muchos dictámenes desde el año 2012 y hasta la actualidad confirmarán esta interpretación. Entre los más recientes, Dictámenes 971/2016, de 19 de enero de 2017, 729/2017, de 28 de septiembre, 730/2017, de 5 de octubre y 731/2017, de 5 de octubre.

42 Como puede comprobarse en los Dictámenes 42/2017, de 23 de febrero y 65/2018, de 12 de abril, expresivos de una doctrina formulada con claridad desde sus primeros pronunciamientos sobre el tema.

43 Su Comisión Jurídica Asesora, hasta abril de 2016 Consejo Consultivo, aceptó siempre esta interpretación de la Ley de 2007 como puede comprobarse, por citar tan solo los más recientes, en los Dictámenes 479/2018, de 8 de noviembre, 481/2018, de 8 de noviembre y 552/2018, de 20 de diciembre.

44 Como mantienen, entre los últimos dictados, los Dictámenes 28/2018, de 22 de marzo y 65/2018, de 11 de julio, que siguen el criterio ya defendido en pronunciamientos anteriores.

45 En este sentido, Dictámenes 545/2017, de 14 de diciembre y 566/2017, de 1 de febrero de 2018, expresivos de otros anteriores en la misma línea.

46 Concretamente los Dictámenes 490/2018, de 28 de noviembre y 510/2018, de 5 de diciembre en los que puede leerse que «*el incumplimiento culpable del contratista provoca, como efectos de la resolución, la incautación de la garantía constituida, en los términos previstos en el artículo 100.c) del TRLCSP, y la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido ocasionarse a la Administración contratante por la actuación del contratista, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 225.3 del TRLCSP*». La aplicación de ese artículo 100 conduce necesariamente a la incautación de la garantía en los supuestos de resolución por culpa del contratista.

47 Su Consejo consultivo mantiene igualmente el derecho del contratista a la devolución de la garantía si no existen daños que indemnizar y a menos que los pliegos del contrato hayan dispuesto lo contrario, como puede comprobarse, entre otros muchos de igual sentido, en los Dictámenes 15/2018, de 16 de enero, 71/2018, de 21 de febrero, 282/2018, de 27 de julio y 309/2018, de 12 de septiembre.

48 Dictamen 134/2018.

49 Dictámenes 27/2018, de 19 de abril y 28/2018, de 19 de abril.

50 Dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora 50/2018, de 22 de marzo, 146/2018, de 12 de julio, 159/2018, de 19 de julio, 198/2018, de 13 de septiembre, 292/2018, de 22 de noviembre y 293/2018, de 22 de noviembre, por citar tan solo los de ese año.

Murcia[51] y Canarias[52]. En esta línea parecen igualmente apuntar, aunque no se puede decir que hayan profundizado en los cambios introducidos por la Ley de 2007 o que sus pronunciamientos sean del todo claros, el Consejo Consultivo de La Rioja[53], así como el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad de Valencia[54]. Y en este grupo habría igualmente que incluir al consejo andaluz aunque en un conjunto de dictámenes dictados a partir de 2016 y que llegan hasta la fecha, se atisba un posible cambio de criterio al afirmarse que de conformidad con «*los apartados 3 y 4 del artículo 225 del TRLCSP*», la incautación de la garantía «*no deriva automáticamente de un incumplimiento culpable del contratista*», resultado, sin embargo, que, en todos los casos enjuiciados, se declara procedente porque así lo imponen los pliegos del contrato[55]. Este pronunciamiento convive además con la tradicional posición de este órgano, presente en otros dictámenes del mismo periodo temporal, favorable a la incautación de la garantía en estos supuestos de resolución contractual[56]. Más dudas suscita finalmente la posición mantenida por el Consejo consultivo de Aragón que si en el Dictamen 43/2017, de 27 de febrero, se muestra partidario de un automatismo, que aprecia en el artículo 225.3 del TRLCSP, entre incautación de la garantía e incumplimiento culpable del contratista, en otros casos, por ejemplo en los Dictámenes 71/2017, de 18 de marzo y 273/2018, de 30 de octubre, mantiene que la actual redacción del TRLCSP, como reconoce el Consejo de Estado, no impone ya necesariamente dicha consecuencia, por lo que debe atenderse, en cuanto a la incautación o devolución de la garantía, a «*las especiales y singulares circunstancias concurrentes*".

También en el ámbito judicial, y aunque son muy pocos los pronunciamientos existentes, se aprecian posturas divergentes sobre el destino de

---

51 Posición que su Consejo Jurídico mantiene desde sus primeros dictámenes sobre esta materia recaídos en 2012 y que queda plasmada en los más recientes Dictámenes 167/2018, de 27 de junio, 269/2018, de 15 de octubre y 296/2018, de 12 de noviembre.

52 Dictámenes, se citan de nuevo tan solo los últimos dictados, 92/2018, de 7 de marzo, 93/2018, de 7 de marzo, 153/2018, de 11 de abril, 363/2018, de 12 de septiembre, 364/2018, de 12 de septiembre, 405/2018, de 4 de octubre y 511/2018, de 15 de noviembre.

Existen, no obstante, algunos dictámenes del Consejo Consultivo de esta Comunidad, así los Dictámenes 60/2016, de 10 de marzo, 165/2016, de 24 de mayo, 307/2016, de 29 de septiembre y 417/2018, de 11 de octubre, que mantienen una posición diferente, al considerar, en términos del último de ellos que cita al del Consejo de Estado de 19 de abril de 2012, que «*la consecuencia de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista es la obligación de indemnización de daños y perjuicios, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante*».

53 Tal parece ser, en efecto, la doctrina que mantienen los Dictámenes 26/2014, de 26 de mayo, 14/2015, de 8 de abril, 47/2016, de 23 de diciembre y 58/2017, de 16 de octubre.

54 Dictámenes 64/2018, de 21 de febrero, 321/2018, de 23 de mayo, 404/2018, de 13 de junio, 458/2018, de 4 de julio, 487/2018, de 11 de julio y 498/2018, de 17 de julio.

No obstante, no faltan pronunciamientos en los que parece reconocerse una posible devolución de la garantía, como es el caso del Dictamen 444/2018, de 27 de junio.

55 Dictámenes, entre los de fecha más próxima, 174/2017, de 22 de marzo, 384/2017, de 20 de junio, 443/2017, de 20 de julio, 444/2017, de 20 de julio y 535/2017, de 27 de septiembre.

56 En este sentido, Dictámenes 111/2018, de 21 de febrero, 261/2018, de 17 de abril, 364/2018, de 16 de mayo y 465/2018, de 27 de junio.

la garantía en estos supuestos de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista. Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla) de 17 de febrero de 2017 aboga por su incautación automática al margen pues de la existencia de posibles daños causados a la Administración y de su cuantificación[57]. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid opta, por el contrario, en su Sentencia de 21 de enero de 2016, por un interpretación del artículo 225.3 del TRLCSP de 2011 favorable al reintegro de la garantía si no es necesaria para indemnizar los daños causados a la Administración por la resolución del contrato[58]. Interpretación a la que parece apuntar igualmente el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) en su Sentencia de 29 de septiembre de 2017[59].

---

57 JUR 2018/252212.

Así considera que «d*e la lectura de los núms. 4 y 5 del artículo 208 de la Ley 30/2007…, claramente se desprende que la incautación de la garantía, o mejor dicho su pérdida, se produce de forma automática* (ope legis) *desde el acuerdo de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, la que queda legalmente afecta al pago de la indemnización, siendo cuestión distinta que tras liquidar los daños y perjuicios haya un remanente que deba ser devuelto*».

Aunque la sentencia genera, desde luego, alguna confusión en su referencia a que es «*cuestión distinta que tras liquidar los daños y perjuicios haya un remanente que deba ser devuelto*», su opción favorable a la incautación necesaria de la garantía se ve confirmada por la afirmación de su Fundamento de Derecho 3º relativa a que «*la apelante en absoluto desvirtúa la reflexión sustancial del juez* a quo*, de no encontrar amparo legal la tesis que aquella preconiza en torno a que la garantía definitiva solo pueda quedar afecta al importe de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración…*». Una opción además de la que no cabe ninguna duda tras haber sido admitido el recurso de casación del que fue objeto por Auto del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2017, justamente por entender este Tribunal que la doctrina que la sentencia mantiene es contradictoria con la sostenida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid que claramente apuesta por la devolución de la garantía en la medida en que no sea necesaria para la indemnización de los daños causados a la Administración por la resolución.

58 RJCA 2016/123.

Sostiene este Tribunal que «*el precepto es claro, diferenciándose de forma evidente de la regulación contenida en normativa anterior… en la que se preveía la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista, quién, además, debería indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios causados. Ahora bien, el artículo 208.4 de la Ley 30/2007 (actual 225.3 del TRLCSP) no hace referencia alguna a la incautación automática de la garantía, circunscribiendo las consecuencias de este tipo de resolución a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, la cual ha de hacerse primero efectiva sobre la garantía constituida, subsistiendo la responsabilidad contractual en lo que exceda de su importe. Ello supone… que de ser superior el importe de la fianza al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma remanente tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización*».

Aunque a los efectos de este estudio lo que interesa es la interpretación que el Tribunal ofrece del artículo 225.3, no deja de sorprender la aplicación que la sentencia hace de este precepto al caso enjuiciado, toda vez que al tratarse el contrato cuya resolución examina de un contrato de concesión de obra pública, la norma aplicable era la del artículo 247.4 del propio TRLCSP que, para este concreto contrato, mantiene la regla que estuviera establecida con carácter general en el artículo 113.4 del Texto Refundido de 2000, la que impone la incautación necesaria de la garantía en estos supuestos de resolución contractual.

59 RJCA 2018/355.

La sentencia no se pronuncia abiertamente sobre el tema aunque quizás en su afirmación de que las garantías ofrecidas «*quedarán retenidas en tanto no se proceda a la cuantificación de los daños causados…*» pudiera verse la idea de que, de no existir daños, la incautación no procede y, en consecuencia, puede ser devuelta al contratista.

Esta situación es, sin duda, manifiestamente insatisfactoria. Esta interpretación tan dispar del artículo 208.4 de la Ley de Contratos de 2007, 225.3 del posterior TRLCSP, termina por vulnerar el carácter básico de un precepto con el que el legislador pretende, en definitiva, que los efectos de la resolución de los contratos sean uniformes en todo el territorio del Estado, aparte de generar una situación de grave inseguridad jurídica; de ahí la necesidad de su aclaración, toda vez que aunque el precepto ha sido derogado, son muchos todavía, como apuntamos, los contratos que al estar adjudicados a la entrada en vigor de la Ley de 2017, continúan sujetos a esa normativa en aplicación de su disposición transitoria 1ª. Una aclaración que, sin duda, habrá de producirse con la esperemos pronta sentencia del Tribunal Supremo que resuelva el recurso de casación planteado contra la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y admitido a trámite por Auto de 11 de diciembre de 2017[60]. La cuestión, afirma, en la que «*existe interés casacional objetivo*» es la de si «*el artículo 225.3 del TR de 2011 habilita a la Administración la incautación automática u* ope legis *de la garantía constituida por el contratista en el caso de resolución del contrato por incumplimiento culpable de este, o bien si dicha garantía queda afecta a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento y hasta la cuantía que por este concepto se fije, procediendo su devolución en la suma en su caso remante tras hacerse efectiva la indemnización*».

La LCSP de 2017 ha alterado, el propio Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto de Ley destacó "el pleno acierto" de la modificación legal en este punto, las consecuencias de la resolución de los contratos en estos supuestos. Y lo hace para volver exactamente en su artículo 213.3 a la norma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 y el Texto Refundido de 2000: «*Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada*».

En consecuencia:

1) La garantía se incauta por el simple hecho de la ruptura del contrato por causa imputable al contratista, existan o no daños que indemnizar a la Administración y sea cuál sea su valoración. Así lo afirman, como no podía ser de otra manera ante la claridad de los términos legales, los primeros dictámenes que aplican el régimen de la norma vigente[61] y los autores que se han adentrado en su análisis[62].

---

60 JUR 2018/311857.

61 Como es el caso del Dictamen 517/2018, de 29 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid. También da cuenta del cambio producido, aun cuando el contrato que examina no está sujeto a las previsiones de la nueva Ley, el Dictamen 65/2018, de 11 de julio del Consejo Consultivo de las Islas Baleares.

62 Así Fernández Astudillo, J.M. que, no obstante, expresa sus reservas con la nueva previsión legal que «*considera que en ocasiones puede ser desproporcional*», de ahí que manifieste que «*lo más adecuado hubiera sido continuar supeditando la indemnización a los daños, y si el importe de la garantía es inferior a estos daños, únicamente incautar parcialmente la garantía… como estaba recogido en el art. 225.3 del extinguido TRLCSP*» (*El nuevo régimen de la contratación pública*, *op. cit*., págs. 1218 y 1220-1222).

2) La garantía queda vinculada a la indemnización de los daños y perjuicios que la disolución del contrato ocasione a la Administración contratante. De no ser suficiente su cuantía, esta podrá ejercitar una acción de responsabilidad frente al contratista para resarcirse por los no cubiertos por su importe. De esta forma, la garantía cumplirá con una función liquidatoria en los casos en los que los daños causados a la Administración superen su cuantía y con una finalidad total o parcialmente punitiva en aquellos otros supuestos en los que la disolución anticipada del contrato no origine daños o los cause en una cifra inferior a la de esa cuantía. La nueva fórmula legal, al igual que la vigente hasta 2007, deja pues como resultado, lo que no deja de ser un tanto paradójico, el hecho de que mientras menor sea el daño que el incumplimiento culpable del contratista causa a la Administración, más alta será la cantidad incautada en concepto de pena. Expresado en otros términos, si los daños son cuantiosos, superan el importe de la garantía, toda ella quedará adscrita a su compensación por lo que ninguna pena derivará del incumplimiento contractual. Si los daños son escasos o, incluso, inexistentes, la pena será más alta.

La opción legal en favor de la indemnización a la Administración de los daños no cubiertos por el importe de la garantía, exige que tales daños queden siempre debidamente acreditados y cuantificados, pues solo así podrá saberse sí la garantía incautada es o no suficiente para su compensación y, en su caso, la cantidad no cubierta por ella[63]. Estos daños deben determinarse, como establece aún el artículo 113 del RGCAP de 2001, en vigor, como es el caso, en lo que no se oponga a las disposiciones de la LCSP, «*por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia*» del contratista. Una determinación que, como siempre

---

Por el contrario, para Guerrero Ankersmit, R., «*el cambio normativo merece una valoración favorable*» al «*dar por zanjada la polémica suscitada con la confusa redacción anterior*» ("Comentario al artículo 213", en Recuerda Girela, M.A. (dir), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector público, op. cit*., págs. 1265-1267).

63 Es importante insistir en la necesidad de que los daños queden debidamente demostrados y valorados toda vez que, bajo la vigencia de la Ley de 1995 y de su Texto Refundido, ciertos autores y algún consejo consultivo siguieron manteniendo, como expuse en *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista* (Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 189-193) esa doctrina, desarrollada en aplicación de disposiciones más antiguas, según la cual la garantía sería una cláusula que tasa los perjuicios de difícil cuantificación que comporta siempre la ruptura del contrato sin la realización de su objeto. Una tesis que quizás no tuviera cabida, como tampoco la tendría hoy, en el régimen establecido por esas disposiciones, cuya correcta aplicación exigía, al igual que lo hace el artículo 213.3 de la LCSP vigente, la acreditación y cuantificación de los daños causados.

El Consejo de Estado, sin embargo, no parece en su dictamen al Anteproyecto de Ley apuntar en esta dirección, al manifestar que «*el incumplimiento culpable determinará para el contratista la pérdida de la fianza, que desarrollará por sí misma una función punitiva, desincentivando la inobservancia de lo pactado, y permitirá a la Administración verse resarcida de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento ocasiona, sin necesidad de demostrar su cuantificación, como ahora sucede. Solamente si se estima que tales daños y perjuicios sobrepasan el importe de la garantía definitiva incautada, la Administración tendrá que afrontar la justificación de su importe, para poder ejercer su prerrogativa de depurar la responsabilidad contractual del adjudicatario, con la consiguiente exigencia de la suma excedentaria*». Habrá que permanecer atentos a lo que puedan determinar este y otros órganos consultivos así como los propios tribunales.

han reconocido los órganos consultivos[64], puede efectuarse tanto en el propio acuerdo de resolución del contrato como en el curso de un procedimiento posterior, pues lo importante es que los daños queden demostrados y que el contratista tenga la posibilidad de rebatir la valoración efectuada por la Administración. Cuestión distinta es que no se muestre, de hecho, interesado en discutir su exacta cuantificación en las hipótesis en las que la propia Administración los considera reparados con la garantía, toda vez que esta, en ningún caso, va a reintegrársele.

Los efectos de la resolución establecidos en el artículo 213.3 se completan con los de liquidación del contrato en la parte ejecutada y con la posible inhabilitación del contratista prevista en el artículo 71.2.d) de la LCSP. Este precepto prohíbe contratar, primera modificación importante de la norma en este ámbito, «*con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley*», es decir con todas las incluidas en su ámbito subjetivo de aplicación, y no solo, como disponía el artículo 61.3 del TRLCSP de 2011, con «*la Administración o entidad del sector público competente para su declaración*», a quienes hubieran «*dado lugar, por causa de la que hubieran sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad de las comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley*». Una prohibición que el artículo 71.3 extiende, segunda innovación de interés, «*a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que la rigen o de otras circunstancias pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas*». El procedimiento para la declaración de inhabilitación, que el artículo 72.5 remite a «*las normas de desarrollo de esta Ley*», no podrá iniciarse, como dispone el apartado 7.c) del mismo precepto, «*si hubiesen transcurrido más de tres años desde la fecha en la que fuese firme la resolución del contrato*». La inhabilitación, como ya ocurría bajo la vigencia de disposiciones anteriores, no opera de manera automática, sino que requiere de un procedimiento específicamente encaminado a su declaración. El acuerdo que la declare fijará su duración que no podrá exceder, frente a los cinco previstos en la norma anterior, de tres años, como dispone ahora el artículo 72.6, a contar, como indica el 73.3, «*desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente*». Este mismo precepto exige en su apartado 2º que la declaración de inhabilitación se comunique «*sin dilación para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado*».

Finalmente, y para concluir con el análisis de los efectos de esta causa de resolución, debe señalarse que la Ley de 2017 sigue sin ofrecer regulación de los supuestos en los que al incumplimiento del contratista causante de la resolución del contrato se suma el de la propia Administración contratante. Ya en su Dictamen 1270/1993, de 2 de diciembre, al Anteproyecto de la Ley de 1995, el Consejo de Estado sugirió, sin éxito, la conveniencia de regular estas situaciones, lo que volverá

64 En tal sentido, y entre otros, Dictámenes del Consejo de Estado 612/2016, de 20 de julio o 716/2016, de 6 octubre y Dictámenes 43/2017, de 27 de febrero, del Consejo Consultivo de Aragón o 46/2017, de 24 de febrero del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

hacer, de nuevo sin conseguirlo, con ocasión de la tramitación de la Ley vigente[65]. Desde luego, la regulación de estas hipótesis de concurrencia de incumplimientos resulta muy necesaria ante los muchos casos en los que aparecen y la disparidad de soluciones que ante ellas ofrecen los órganos consultivos, tanto en lo que hace a las soluciones aportadas como a los argumentos que las apoyan. Así, y como estudié con detalle en un trabajo anterior al que me remito[66], aparecen casos en los que los órganos consultivos, ante la existencia de algún incumplimiento de la Administración, se decantan por la improcedencia de exigir daños y perjuicios al contratista, manteniendo inalterada, sin embargo, la incautación de la garantía, resultado que justamente es el que, en otras ocasiones, se declara improcedente, bien autónomamente[67], o conjuntamente con la exclusión de la indemnización[68] o su moderación[69]. También aparecen supuestos en los que se considera que el incumplimiento de la Administración desprovee al del contratista de la nota de la culpabilidad con lo que desaparece el presupuesto legalmente necesario para la aplicación, al menos en su totalidad, de esas gravosas consecuencias[70] o, incluso, impide la propia resolución del contrato[71].

Esta diversidad de soluciones, que resume el aún reciente Dictamen 100/2017, de 6 de abril, del Consejo consultivo del Principado de Asturias, se aprecia igualmente cuando se analizan las razones o argumentos que las amparan, si es que esos dictámenes los explicitan. Así se defiende que la aplicación de las consecuencias previstas para estos supuestos de resolución contractual requiere la culpa exclusiva del contratista, se apela a las exigencias derivadas de los principios de buena fe y equidad o a la prohibición del enriquecimiento injusto en favor de la Administración, se busca amparo en la regla que exige al acuerdo de resolución un pronunciamiento sobre el destino de la garantía, se invocan las circunstancias del caso o se hacen genéricas apelaciones a las posiciones mantenidas por el Tribunal Supremo o el Consejo de Estado. Falta, en fin, una definición clara y precisa del

---

65 Su Dictamen 1116/2015 proponía, incluso, cual podría ser el contenido de la disposición que regulase estas hipótesis. El siguiente: «*Excepcionalmente, la incautación de la garantía podrá ser modulada en el caso de que al incumplimiento culpable del contratista hubiera concurrido la actuación de la Administración*».

66 *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2ª Ed, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 208-277.

67 En este sentido, y entre los más recientes, pueden verse los Dictámenes 33/2018, de 12 de febrero, del Consejo Jurídico de La Región de Murcia; 128/2018, de 28 de febrero y 162/2018, de 28 de marzo del Consejo Jurídico Consultivo de Valencia; y 175/17, de 4 de mayo y 270/2017, de 29 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid.

68 Como propugnan, igualmente entre los más próximos en el tiempo, el Dictamen 100/2017, de 6 de abril, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias o el Dictamen 368/2017, de 16 de octubre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

69 En esta línea pueden verse los Dictámenes del Consejo de Estado 476/2015, de 9 de julio y 907/2017, de 2 de noviembre o el Dictamen 317/2017, de 10 de mayo del Consejo Jurídico Consultivo de Valencia.

70 Es la tesis que mantiene el Dictamen 183/2015, de 22 de junio del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

71 Es lo que defienden los Dictámenes 474/2013, de 13 de junio y 851/2015, de 24 de septiembre del Consejo de Estado; 108/2017, de 13 de septiembre del Consejo Consultivo de las Islas Baleares; 351/2017, de 7 de septiembre de la Comisión jurídica Asesora de Madrid; 56/2013, de 6 de marzo del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; o 31/2018, de 3 de mayo de la Comisión Jurídica de Extremadura.

fundamento de la potestad de la Administración para atemperar los efectos propios de la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, que en todo caso se le reconoce, cuando ella misma haya incurrido en una infracción del régimen que la obliga[72]. Falta una regulación que la Ley de 2017 tendría que haber ofrecido ante lo que cabe esperar que la cuestión sigue desarrollándose como lo ha hecho hasta ahora.

Tampoco, de otra parte, la nueva LCSP atiende a una posible modulación de las consecuencias de la resolución en atención al propio alcance del incumplimiento del contratista, las concretas circunstancias en las que se ha producido y el perjuicio que causa al interés público, extremos que han llevado tradicionalmente a los órganos consultivos, ante la ausencia de regla expresa, a modular[73], e incluso excluir[74], su responsabilidad con apoyo, igualmente, en argumentos diversos, como pueden ser los artículos 1103 o 1154 del Código civil, las exigencias impuestas por los principios de equidad y buena fe o la necesaria atención a las circunstancias particulares de cada caso[75].

En definitiva, cabe lamentar que la LCSP de 2017, al igual que las que le han precedido, siga partiendo en su regulación de esta causa de resolución de un único presupuesto, la culpa neta y exclusiva del contratista, cuando la realidad es mucho más compleja y variada. Ello determina que para la solución de todos estos supuestos haya, en buena medida, que acudir a las disposiciones del Código civil, solución que, aunque posible con base en la declaración de supletoriedad establecida en la propia LCSP, no puede, sin embargo, considerarse satisfactoria ante las importantes diferencias que separan a los contratos administrativos de los contratos privados.

b) El incumplimiento del plazo contractual.

La LCSP sigue reconociendo como causa propia de resolución del contrato, lo hace en su artículo 211.1.d), el incumplimiento de la que constituye, sin duda, una de las obligaciones más importante del contratista, la de ejecutar el contrato, como hoy dispone el artículo 193.1, «*dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva*[76]». Ahora bien, para la Ley, que mantiene así una norma tradicional en nuestro Derecho, el mero incumplimiento del plazo no faculta a la Administración para resolver el contrato, este es un resultado que reserva a los supuestos en los que el incumplimiento obedece, como establecen sus artículos

---

72 En *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2ª Ed (*op. cit*., págs. 228-232) puede encontrarse un desarrollo de esta materia.
73 En tal sentido, Dictamen del Consejo de Estado 347/2017, de 27 de abril.
74 Es lo que hace, por ejemplo, el Dictamen 99/2014, de 9 de abril, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.
75 Para un mayor análisis de esta cuestión me remito igualmente a *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2ª Ed, *op. cit*., págs. 277-288.
76 Cabe advertir que aunque estamos ante una causa general de resolución, no resulta de aplicación, como disponen los artículos 279 y 294 de la LCSP, en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

192.2 y 193.3, a «*causas imputables al contratista*». Si no es así y ofrece «*cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución*», el órgano de contratación, como señala el artículo 195.2, le concederá esa ampliación por «*un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor*». La potestad de la Administración para resolver el contrato se circunscribe pues a los supuestos de incumplimiento imputable al contratista ya sea del plazo total de ejecución o de los plazos parciales cuando así «*se hubiese previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total*». Unas hipótesis ante las que, "atendidas las circunstancias del caso", podrá optar entre la ruptura del contrato o su mantenimiento con la imposición de las penalidades que procedan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 193[77]. Aunque es cierto que la Administración cuenta, como reconocen órganos consultivos y tribunales, con un importante margen de apreciación a la hora de decidir sobre la continuidad o no del contrato, es también verdad que se han decantado siempre por la solución favorable a la prórroga de los contratos, pues, en expresión tomada del Dictamen 120/2017, de 7 de abril, del Consejo de Castilla y León expresiva de una doctrina plenamente consolidada, «*lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista*», hasta el punto de que han llegado a defender la existencia de una «*norma de conveniencia de llevar adelante las obras, siempre que sea posible, mejor que rescindir o resolver los contratos*[78]».

Ahora bien, esta potestad de la Administración para elegir entre la ruptura del contrato o su mantenimiento ante estos supuestos de infracción contractual, regla general y única en nuestras disposiciones históricas sobre contratación pública y en los artículos 192.2 y 193.3 de la LCSP vigente, se excepciona sin embargo, por el propio artículo 211.1.d) que, en una previsión incorporada a la Ley por el Congreso de los Diputados[79], considera, «*en todo caso*», causa de resolución el «*retraso injustificado*», imputable al contratista por tanto, «*sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas*», privando así a la Administración de la posibilidad de optar por la continuidad del contrato[80]. Un supuesto que tendría, por consiguiente, que figurar, y no está, en el artículo 212.2 entre esas causas que «*darán siempre lugar a la resolución del contrato*». Probablemente no se reparó, al modificarse el artículo 211 por esa cámara parlamentaria, que debía igualmente alterarse ese otro artículo con el que guarda relación al objeto de garantizar la coherencia debida entre los distintos preceptos legales.

---

77 El artículo 193.4, al que expresamente remite el 212.6, dispone también que «*cada vez que las penalidades por demora alcance un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, IVA excluido*», el órgano de contratación podrá decidir entre la continuidad del contrato «*con imposición de nuevas penalidades*» o su resolución.
78 Dictamen de 1 de marzo de 1979 (expediente número 41941).
79 Enmienda número 388 del Grupo parlamentario de Ciudadanos que en su justificación manifestaba que así se «*otorga una mayor seguridad a la administración del buen término del contrato,…*».
80 En tal sentido Guerrero Ankersmit, R. ("Comentario al artículo 211", en Recuerda Girela, M.A. (dir), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector público*, op. cit., 2018, págs.1244-1245).

La LCSP no se refiere específicamente –tampoco lo hacían las disposiciones anteriores– a los efectos de este supuesto de ruptura del contrato. No caben dudas, sin embargo, que estos han de ser, ya los hemos analizado, los propios de una resolución por «*incumplimiento culpable del contratista*», los previstos en su artículo 213.3.

Cabe reparar finalmente en que en la LCSP de 2017 ha desaparecido la expresa referencia que las normas anteriores hacían al incumplimiento del plazo de inicio de la ejecución del contrato en «*los expedientes calificados de urgentes*[81]». Es lógico que sea así, de hecho esa previsión carecía ya de sentido en la Ley de 2007 y en su Texto Refundido que, a diferencia de disposiciones precedentes, atribuían a esta concreta infracción del plazo contractual, como ocurre igualmente en la Ley vigente, las mismas consecuencias que a cualquier otra.

c) El incumplimiento por el contratista de sus obligaciones laborales.

El artículo 211.1.i) de la LCSP considera finalmente causa de resolución «*el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato*».

Se trata de una causa que, como ha indicado Menéndez Sebastián, debe conectarse con las obligaciones impuestas a los Estados por las Directivas de Contratación de 2014 de velar porque «*los contratistas cumplan con la normativa laboral*» en «*línea con lo que se ha dado en llamar "contratación social*[82]*"*». Una causa sin precedentes en nuestro Derecho de la contratación pública y que se introduce en la Ley por el Congreso de los Diputados que acepta diversas enmiendas presentadas con tal fin[83]. No obstante, no puede considerarse un motivo de ruptura del vínculo contractual completamente desconocido en el régimen de la contratación anterior a 2017, toda vez que el pago de los salarios a los trabajadores y otras obligaciones del contratista respecto de estos, ha figurado en muchos pliegos contractuales entre sus «*obligaciones esenciales*», determinando su infracción la posible resolución del contrato como resultado de un incumplimiento de las obligaciones de esa naturaleza, algo de lo que existen números ejemplos en los

---

81 Véase artículo 112.2.c) del Texto Refundido de 2011.

82 "Capítulo XLV. La extinción del contrato: la resolución", *op. cit*., pág. 2402.

83 Así el Informe de la Ponencia manifiesta que esta «*ha aprobado por unanimidad un nuevo texto en relación con este artículo…, como consecuencia de la aceptación de la enmienda transaccional procedente de las enmiendas 147 del GP Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, 297 y 306 del GP de Esquerra Republicana, 676 del Grupo Parlamentario Socialista y 917 del GP Mixto-PDeCAT*». El primero de estos Grupos había propuesto que fuera causa de resolución «*el impago de los salarios por parte del adjudicatario a la plantilla que participa de la ejecución del contrato o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor durante su ejecución*». Por su parte, los Grupos de "Esquerra Republicana", "Socialista" y "Mixto" solicitaban incluir como motivo de resolución «*los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios, o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa*». En su justificación,

dictámenes de los órganos consultivos[84] aunque tampoco han faltado posiciones discordantes[85]. Ahora bien, concebida autónomamente como causa propia y ajena al cumplimiento del contrato es ciertamente novedosa, pues con esta causa la resolución se desvincula de la infracción de las obligaciones surgidas del propio contrato, ámbito al que tradicionalmente había estado circunscrita, para alcanzar al incumplimiento por el contratista de otros deberes al margen de la relación contractual, como son, en este caso, los impuestos por la normativa laboral. La resolución además «*solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista*», lo que significa que la capacidad de instar el procedimiento de resolución contractual escapa a las partes contratantes que son, respecto del resto de causas, las únicas que pueden hacerlo, dejando además en manos de los trabajadores la decisión sobre la continuidad del

---

la enmienda 147 señalaba que «*el incumplimiento de la legislación en materia laboral debe ser un motivo básico de resolución de un contrato puesto que la Administración no puede permitir que existan trabajadores que prestan servicios públicos y cobren sus salarios de manera regular, mientras que otros, que también participan en la prestación de servicios públicos aunque sea a través de la forma de gestión indirecta, no lo hagan*»; la 297 se refería a una «*mejora técnica para garantizar el debido cumplimiento de las obligaciones laborales de los contratistas y subcontratistas*»; y la 917 a que «*esta cláusula permite garantizar la negociación colectiva y la capacidad de asumir incrementos tributarios o de las cotizaciones de seguridad social no previstos en la momento de la adjudicación*».

84 Así el Dictamen 273/2017, de 11 de julio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha examina un supuesto en el que el «*Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, establece como específicas causas de resolución del contrato de servicio de vigilancia y seguridad el "incumplimiento de las obligaciones laborales, que tiene el carácter obligación contractual esencial"*». En su aplicación, el Consejo informa favorablemente la propuesta de resolución ante el incumplimiento por el contratista «*de las obligaciones laborales consistentes en el mantenimiento de los derechos salariales adquiridos y consolidados por los trabajadores subrogados, y en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo con carácter colectivo,…*» que «*son obligaciones impuestas tanto por el contrato como por el PCAP, con naturaleza de obligaciones contractuales esenciales, cuyo incumplimiento faculta al órgano de contratación a la resolución del contrato*». También el Dictamen 179/2018, de 18 de julio, del Consejo Consultivo de Aragón estima que procede resolver un contrato, en este caso de gestión y explotación de un hotel, con las consecuencias previstas en el artículo 225.3 del TRLCSP, al haber quedado acreditado el impago, al menos, a uno de los trabajadores y figurar en el pliego del contrato como causa de resolución el «*incumplimiento grave (por el contratista) de sus obligaciones con los trabajadores, Seguridad Social o con las Administraciones en general*». El más antiguo Dictamen 41/2012, de 23 de enero, del Consejo Consultivo de Canarias, que cita otros anteriores en el mismo sentido, considera acreditado, en un contrato de recogida de residuos y transporte hasta los correspondientes vertederos sujeto a las prescripciones del Texto Articulado de Contratos de 1965, el «*incumplimiento por la adjudicataria de sus obligaciones de abono de salarios a los trabajadores y de las cuotas a la Seguridad Social, incumpliendo con ello lo dispuesto en… el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas…, en cuya virtud el adjudicatario se encuentra obligado a cumplir con lo dispuesto en las leyes protectoras del trabajo en todos sus aspectos, incluidas las de previsión y seguridad del trabajo y seguridad social*», lo que justifica la resolución del contrato.

85 Es el caso del Dictamen 324/2013, de 30 de julio, del entonces Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que, en la misma línea que otros pronunciamientos anteriores, mantiene que el impago por el contratista de las cuotas a la Seguridad social correspondiente a los trabajadores no puede fundamentar la resolución del contrato enjuiciado a pesar de que en el Pliego figurase el incumplimiento de «*la legislación vigente en cuanto a la Seguridad Social, obligaciones laborales, higiene y seguridad en el trabajo, etc.*» como causa posible de su ruptura. Y ello porque «*la tipología del incumplimiento reprochado, al no afectar a los actos de ejecución del contrato carece del carácter sustancial que es exigible para fundamentar la resolución contractual*». El impago de esas cuotas, con ser importante, «*no afecta al objeto del contrato, es decir carece de sustancialidad y puede ser corregido mediante otros medios más idóneos…*».

contrato aun cuando se estén produciendo algunos de los incumplimientos de la normativa laboral previstos en la norma[86].

Con independencia de la valoración que la introducción de esta causa pueda merecer en un plano de oportunidad o conveniencia[87], son muchos los interrogantes, apuntados ya por Ruiz Damiel[88] o Guerrero Ankersmit[89], que en su propia configuración legal deja planteados. De entrada, cabe preguntarse si cualquier incumplimiento de la normativa laboral hace posible la resolución del contrato o si su ruptura ha de quedar reservada a los supuestos de incumplimientos sustanciales, "graves", como ya establece, por cierto, el artículo 160.1.i) de la Ley foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos públicos. Una cuestión que en el caso concretamente del impago a los trabajadores resulta especialmente importante pues parece necesario conocer el alcance que ha de revestir a los efectos de fundar una posible ruptura del contrato. No es lo mismo, desde luego, que se entienda que ha de afectar a toda la plantilla, a una parte significativa de la misma o que el hecho del impago a un solo trabajador pueda dar lugar a la extinción del contrato sin la realización completa de su objeto.

Tampoco, de otra parte, la LCSP determina quien ha de constatar esa situación de incumplimiento. Se supone que, de entrada, será la representación de los trabajadores que ejercita la potestad resolutoria del contrato la que tendrá que acreditar esa situación, correspondiendo a la Administración competente para resolver la valoración sobre su efectiva concurrencia, aunque no faltan ya voces que manifiestan que tal declaración le corresponde a la jurisdicción laboral[90]. Igualmente la Ley deja planteada la duda de si constatado el incumplimiento, este se convierte en causa necesaria de resolución o simplemente faculta a la Administración para ejercer su potestad en tal sentido pudiendo optar también por el mantenimiento del contrato si razones de interés público aconsejan su continuidad, posibilidad, esta última, que puede verse avalada por el hecho de que este motivo de ruptura del contrato no aparece entre los que, en aplicación del artículo 212.2, «*darán siempre lugar a la resolución*», aunque es verdad también que tampoco puede entenderse comprendida

---

86 Esta regla general se excepciona en los supuestos en los que «*los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio*».
87 Menéndez Sebastián, E.M., por ejemplo, la ha valorado "muy positivamente" ("Capítulo XLV. La extinción del contrato: la resolución", *op. cit*., pág. 2403). Para Ruiz Damiel, M., por el contrario, no parece que la causa de resolución establecida sea "la solución" para garantizar el cumplimiento por los contratistas de sus obligaciones laborales ("La resolución del contrato por impago de los salarios o por incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en la nueva Ley de Contratos del Sector público", *Observatorio de la Contratación Pública, Sección Opinión, 11 de diciembre de 2017*).
88 "Los incumplimientos de las obligaciones laborales por el contratista en determinados contratos de servicios" (*Observatorio de la Contratación Pública, Sección Opinión, 6 de marzo de 2017)* y "La resolución del contrato por impago de los salarios o por incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en la nueva Ley de Contratos del Sector público" (*op. cit*.).
89 "Comentario al artículo 212", en Recuerda Girela, M.A. (dir), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector público, op. cit*., págs. 1252-1254.
90 Es el caso de Fernández Astudillo, J.M., *El nuevo régimen de la contratación pública*, *op. cit*., págs. 1199.

en la previsión que, en este mismo precepto y apartado, determina que «*la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a la misma*», toda vez que aquí la facultad para instarla no viene atribuida, con carácter general, a ninguna de las partes contratantes.

Finalmente, cabe destacar que la LCSP no prevé los efectos de una resolución por este motivo, resultando además muy difícil hallar una solución en la aplicación supletoria de las reglas previstas en el artículo 213 para otros supuestos de resolución contractual. Aunque, en principio, pudiera pensarse que estamos ante un caso de incumplimiento por el contratista de sus obligaciones incardinable, por consiguiente, en el apartado 3º del precepto, no debe de pasar por alto que esta norma tiene como presupuesto de hecho, lo que aquí no concurre, el incumplimiento de obligaciones surgidas del propio contrato, de ahí el deber de indemnizar a la Administración por los daños causados por su ruptura, circunstancia que en estas hipótesis no tiene, en principio, que producirse. De otra parte, tampoco debe de pasar desapercibido que la aplicación del artículo 213.3 exige como condición *sine qua non* que el incumplimiento del contratista sea culpable, lo que, en presencia de la causa prevista en el artículo 211.1.i), no tiene necesariamente que darse. En principio, la única consecuencia posible de una resolución por este motivo puede ser la de la pérdida de la garantía adoptada por el órgano competente al que, "en todo caso", el artículo 213.5 exige un pronunciamiento al respecto, incautación, no se olvide, que el artículo 111.1 reserva a los supuestos de resolución «*sin culpa del contratista*». Habrá que permanecer atentos a la interpretación que puedan ofrecernos los órganos consultivos y la jurisprudencia sobre las distintas cuestiones que esta causa, de cuya loable intención no se duda, está llamada a plantear en su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

Barrero Rodríguez, C.: "Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del sector público", *Documentación Administrativa. Nueva época*, número 4/2017.
- Capítulo 36. Las causas generales de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del sector público", en Gimeno Feliu, J.M. (dir). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, J, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

Fernández Astudillo, J.M.: *El nuevo régimen de la contratación pública*, Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Guerrero Ankersmit, R.: "Comentarios a los artículos 211, 212 y 213", en Recuerda Girela, M.A. (dir): *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector público,* Civitas,Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2018.

Menéndez Sebastián, E.M.: "Capítulo XLV. La extinción del contrato: la resolución", en Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs)*, Tratado de Contratos del Sector Público, T.III,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Ruíz Damiel, M.: "La resolución del contrato por impago de los salarios o por incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en la nueva Ley de Contratos del Sector público", *Observatorio de la Contratación Pública, Sección Opinión, 11 de diciembre de 2017*.
- "Los incumplimientos de las obligaciones laborales por el contratista en determinados contratos de servicios" (*Observatorio de la Contratación Pública, Sección Opinión, 6 de marzo de 2017*

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto el análisis de la resolución de los contratos administrativos en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. En él se examinan las innovaciones introducidas por esta norma, las dudas que suscitan las nuevas reglas legales y las lagunas y problemas interpretativos que planteaba el régimen derogado y a los que, sin embargo, esta disposición no ha dado respuesta. La atención se centra especialmente en los motivos de resolución derivados del incumplimientos del contratista, dos procedentes de disposiciones anteriores, aun cuando se introducen en ellos modificaciones de interés: la demora en el cumplimiento de los plazos del contrato y el incumplimiento de su obligación principal o esenciales; y un tercero, sin precedentes en el ordenamiento anterior y que plantea problemas importantes que el legislador no resuelve, el impago de los salarios a los trabajadores que estuvieran participando en la ejecución del contrato o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor.

Palabras clave: Contratación pública – Consejos Consultivos – Resolución de contratos – Incumplimiento del contratista.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyse the termination of administrative contracts in Law 9/2017, on Public Sector Contracts. It examines the innovations introduced by this rule, the doubts raised by the new legal rules and the gaps and interpretative problems raised by the repealed regime, to which, however, this provision has not provided an answer. The main focus is on the grounds for termination arising from the contractor's breach of contract, two of them from previous provisions, even when they introduce interest changes: the delay in compliance with the terms of the contract and the breach of its principal or essential obligation; and a third motive, unprecedented in the previous order and raises important problems not resolved by the legislator, the non-payment of wages to workers who were participating in the execution of the contract or non-compliance with the conditions established in the collective bargaining agreements in force.

Keywords: Resolution.– Contract – Contractual Obligations – Indemnification – Guarantee – Deadlines.

INCIDENCIA DE LAS SENTENCIAS FIRMES EN LA FUNCIÓN CONSULTIVA

Roberto Pérez Sánchez
Secretario de la Comisión Jurídica
Asesora de la Comunidad de Madrid

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN SOBRE LA FUNCIÓN DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.
II. VISIÓN GENERAL SOBRE LA INCIDENCIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.
III. INCIDENCIA DESPLEGADA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA.
IV. «COSA JUZGADA» FORMAL, MATERIAL, POSITIVA Y NEGATIVA.
V. LITISPENDENCIA.
VI. INCIDENCIA EN LA ACTIVIDAD DESPLEGADA POR LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID.
a) Mención a las revisiones de oficio.
b) Mención a la responsabilidad patrimonial.
VII. COROLARIO O CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN SOBRE LA FUNCIÓN DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Buenos días; quiero iniciar mi ponencia dando las gracias a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, y en particular a su presidenta por permitirme participar en estas "XIX Jornadas Nacionales de la Función Consultiva", y por ello, poder dirigirme a ustedes que conforman un selecto grupo de asistentes en su mayoría procedentes de los distintos órganos consultivos de las Comunidades Autónomas que ejercen esa función consultiva, imprescindible a mi modo de ver, en aras de lograr, o por lo menos pretender, que la actuación de las Administraciones Públicas a que debemos nuestra razón de ser se ajuste al ordenamiento jurídico

vigente, y por ende, a la interpretación que del mismo llevan a efecto los distintos tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Y digo que en su mayoría los asistentes forman parte de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, porque también tenemos el privilegio de contar con la presencia de insignes miembros de la carrera judicial a quienes debemos gratitud por servirnos de luz en nuestra labor diariamente desempeñada, y esperamos que a su vez, nuestra actuación en el seno de los distintos procedimientos en que intervenimos les sea útil y les permita enjuiciar los asuntos que se les someten, con la máxima depuración posible.

En el día de hoy en que se tratarán cuestiones de interés en la función consultiva, necesito poner en valor el trabajo que desempeñan los órganos de las Comunidades Autónomas que la tienen encomendada, máxime cuando hemos atravesado un periodo de incertidumbre económica que ha llevado a revisar y redimensionar las distintas Administraciones Públicas, y que ha llevado a cuestionar o por lo menos reexaminar la actuación que desplegamos.

Ni que decir tiene, que los órganos consultivos creados por las Comunidades Autónomas con base en el principio de autonomía organizativa previsto en los artículos 147.2 c) y 148.1.1ª de la Constitución Española, colaboramos con la Administración Pública en la que nos incardinamos aunque siendo ajenos a la Administración activa[1]. Esa ajenidad, precisamente es la que garantiza la independencia que asevera en la rectitud de los dictámenes sobre los asuntos que nos son sometidos a consejo legal. Así, nuestra actuación les ofrece un asesoramiento previo con elementos de juicio precisos para que sus órganos resolutorios puedan finalmente actuar con plenitud de conocimiento sobre las cuestiones sobre las que han de decidir.

---

1 Como dijera la STC 56/1990, de 29 de marzo –que resolvió recursos de inconstitucionalidad acumulados, interpuestos por el Parlamento de la Generalidad de Cataluña, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, por la Junta de Galicia, y por el Gobierno Vasco, frente a determinados preceptos de la LOPJ; en su fundamento jurídico 37 acerca del art. 38 LOPJ que atribuye la resolución de los conflictos de jurisdicción al Tribunal del que forman parte tres Consejeros Permanentes de Estado. Señala la STC que «*un Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (art. 1 de la L.C.J.), que permite salvaguardar la garantía constitucional del monopolio jurisdiccional aprovechando la experiencia en la materia del Consejo del Estado. Pero sin que en dicho órgano pueda entenderse que la Administración que suscita o frente a quien se suscita el conflicto esté, ni siquiera formalmente, representada por los Consejeros Permanentes que la integran. En efecto, el Consejo de Estado no forma parte de la Administración activa. Es, por el contrario, conforme al art. 107 C.E. y al art. 1.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (L.O.C.E.), un órgano consultivo que actúa, en todo caso, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia (art. 1.2 L.O.C.E.). El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del art. 107 de la C.E., que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece. Así resulta de su composición [arts. 7 y 9 h) L.O.C.E] y de sus funciones consultivas que se extienden también a las Comunidades Autónomas, según prevén explícitamente en el diseño competencial a que se remite la Norma fundamental, realizado por los arts. 20 a 23 de la L.O.C.E.*»

No profundizaré sobre la justificación de la función consultiva pues a ello hemos de agradecer notorias aportaciones efectuadas por autores como Font i Llovet, Ruiz Miguel, Garrido Mayol, o Parada Vázquez, entre otros; dejando apuntada únicamente la Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, del Pleno del Tribunal Constitucional, dictada sobre la cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 23.2 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, en relación con el artículo 22.3 de la misma Ley, en cuanto pudiera vulnerar los artículos 2, 137, 148.1.1ª, 107 y 153 de la Constitución Española.

La Sentencia declara la constitucionalidad de tal precepto interpretado conforme a sus fundamentos jurídicos. Así, en su fundamento de derecho 4 declaró que «*ningún precepto constitucional, y menos aún el que se refiere al Consejo de Estado, impide que en el ejercicio de esa autonomía organizativa las Comunidades Autónomas puedan establecer, en su propio ámbito, órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, siempre que estas se ciñan a la esfera de atribuciones y actividades de los respectivos Gobiernos y Administraciones autonómicas*». También señala en su fundamento de derecho 5 que «*si una Comunidad Autónoma, en virtud de su potestad de autoorganización (148.1.1 C.E.), crea un órgano superior consultivo semejante, no cabe duda de que puede dotarlo, en relación con las actuaciones del Gobierno y la Administración autonómica, de las mismas facultades que la L.O.C.E. atribuye al Consejo de Estado, salvo que el Estatuto de Autonomía establezca otra cosa, y naturalmente sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 153 b), en relación con el 150.2 de la C.E.* [control del Gobierno de la Nación, previo dictamen del Consejo de Estado, del ejercicio por las CCAA de las funciones delegadas]»*;* y concluye que «*la intervención del órgano consultivo autonómico excluye la del Consejo de Estado, salvo que la Constitución, los Estatutos de Autonomía, o la Ley Autonómica, establezcan lo contrario para supuestos determinados*», refiriendo diversos preceptos de la legislación estatal que aluden a esos órganos[2].

La Constitución Española hace referencia a la función consultiva *"stricto sensu"* en su artículo 107, dedicado al Consejo de Estado, a cuyo tenor: «*El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia*», y lo hace, precisamente en su título IV rubricado «*Del Gobierno y de la Administración*», de manera previa a que el artículo 103.1 disponga que «*la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía,*

2 Art. 13.1 de la LRBRL –requiere alternativamente, para el supuesto que contempla, «*dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, si existiere*»–, art. 114.3 del TRDLVRL –Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local exige también, para otro supuesto distinto, el preceptivo dictamen «*del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si existiere, o en su defecto, del Consejo de Estado*»– y los arts. 102 y 103 de la LRJ-PAC.

descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho», y que el artículo 106.1 establezca que «*los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*».

Por su parte, la disposición adicional decimoséptima de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992 o LRJ-PAC), añadido por el artículo 2.8 de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, que modificó las disposiciones de la parte final de la misma, y que tenía carácter básico de acuerdo con el artículo 149.1.18.ª de la Constitución Española según su apartado 3, previno que la Administración consultiva podría articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional con respecto a la Administración activa, o a través de los servicios jurídicos de esta última[3].

Hoy, es el artículo 7 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante Ley 40/2015 o LRJSP), el que regula los «*Órganos consultivos*» con similar redacción –y que también tiene carácter básico de acuerdo con el artículo 149.1.18ª de la Constitución Española que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las bases régimen jurídico de las Administraciones Públicas–, y dispone que: «*La Administración consultiva podrá articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional con respecto a la Administración activa, o a través de los servicios de esta última que prestan asistencia jurídica. En tal caso, dichos servicios no podrán estar sujetos a dependencia jerárquica, ya sea orgánica o funcional, ni recibir instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación de los órganos que hayan elaborado las disposiciones o producido los actos objeto de consulta, actuando para cumplir con tales garantías de forma colegiada*».

Efectivamente, el examen de la cuestión objeto de esta ponencia, nos obliga a recordar la obligación que tienen las Administraciones Públicas de servir con objetividad a los intereses generales en su actuación, y la necesidad, como no podía ser de otra forma, que dicha actuación se someta plenamente a la ley.

---

3 Sus dos primeros apartados, expresaban que:
«*1. Para el ejercicio de la función consultiva en cuanto garantía del interés general y de la legalidad objetiva las Comunidades Autónomas, los Entes Forales se organizarán conforme a lo establecido en esta disposición.*
2. La Administración consultiva podrá articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional con respecto a la Administración activa, o a través de los servicios jurídicos de esta última.
En tal caso, dichos servicios no podrán estar sujetos a dependencia jerárquica ya sea orgánica o funcional, ni recibir instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación de los órganos que hayan elaborado las disposiciones o producido los actos objeto de consulta, actuando para cumplir con tales garantías de forma colegiada».

A ello sumaremos, precisamente, el control de legalidad que ejercen los tribunales respecto de la potestad reglamentaria y la actuación administrativa, que se manifiesta en las sentencias dictadas por dichos órganos; sentencias que inciden en el ejercicio de nuestra función consultiva –garantista del interés general y de la legalidad objetiva–.

He de puntualizar, que el expositivo que realizo tiene su soporte en la actividad desplegada por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, creada por la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo, de conformidad con la precitada disposición adicional decimoséptima de la Ley 30/1992, y a la que fue atribuida la función consultiva por su artículo 2, que configura su naturaleza de órgano colegiado superior consultivo de la Comunidad de Madrid que «*ejerce sus funciones con autonomía jerárquica, orgánica y funcional*», creyendo por lo demás necesario, agradecer a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid y al resto de órganos de la Administración el pleno respeto que han mostrado por la autonomía en la actuación desplegada por este órgano consultivo a lo largo de sus años de funcionamiento.

II. VISIÓN GENERAL SOBRE LA INCIDENCIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

El sometimiento de las Administraciones Públicas a la ley es corolario de la previsión contenida en el artículo 9 de la Constitución Española cuando establece en su apartado 1 que «*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*» y en su apartado 3 que «*la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*». Es un precepto que fundamenta constantemente las sentencias de nuestros tribunales

Como hemos apuntado, a los precitados artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución Española, hemos de sumar su artículo 117 incardinado en el título VI rubricado *"Del Poder Judicial"*, que atribuye con exclusividad a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan «*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*», y también su artículo 118 a cuyo tenor «*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*».

Así, las Administraciones Públicas en cuanto afectadas por concretas resoluciones judiciales, resultan compelidas por nuestra Constitución a cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, como más

específicamente se previene en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), para cuya exposición de motivos: «*Los Tribunales, en efecto, controlan sin excepciones la potestad reglamentaria y la actividad administrativa, con lo que ninguna actuación del poder ejecutivo quedará sustraída a la fiscalización de un poder independiente y sometido exclusivamente al imperio de la Ley. Habrá que convenir que el Estado de Derecho proclamado en la Constitución alcanza, como organización regida por la ley que expresa la voluntad popular y como sistema en el que el Gobierno de los hombres es sustituido por el imperio de la ley, la máxima potencialidad posible*».

El título preliminar de la LOPJ expresa las grandes líneas de la Ley y recoge los principios que se consagran en la Constitución, así, su artículo 8 reitera la previsión de que «*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*» y su artículo 17 es taxativo al indicar que:

> «*1. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley.*
>
> *2. Las Administraciones Públicas, las autoridades y funcionarios, las corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes*».

Asimismo, su artículo 18 dispone que «*1. Las resoluciones judiciales solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes*» y que «*2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos (...)*», con lo que redunda en el control judicial de la actividad administrativa y su sujeción a la legalidad.

Por su parte, el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), especifica el glosario citado en ese orden jurisdiccional, e indica que:

> «*1. La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia.*
>
> *2. Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen.*

3. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto (...)».

III. INCIDENCIA DESPLEGADA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA.

A esa visión general de la afección de las sentencias y resoluciones judiciales firmes sobre los poderes públicos no quedamos sustraídos los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de nuestra función, ya que continuamente se nos someten a dictamen un gran número de asuntos en los que de algún modo ha tenido incidencia la actuación desplegada por los jueces y tribunales, y en los que ha de realizarse un análisis de las instituciones de la «*cosa juzgada*» y la «*litispendencia*».

Dejamos al margen expositivo el evidente y notorio soporte jurisprudencial que tenemos en cuenta en las consideraciones de derecho de los dictámenes que emitimos sobre los asuntos sometidos a consulta en esa labor complementaria del ordenamiento jurídico que atribuye a la jurisprudencia el artículo 1.6 del Código Civil[4].

Baste apuntar ahora, que en el año 2016 se han emitido 11 dictámenes en los que hemos examinados alguna de las dos instituciones anteriormente señaladas, de los cuales 4 han versado sobre revisiones de oficio y 7 sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Este número se ha elevado a 17 dictámenes con la incidencia expresada, que fueron emitidos en el año 2017, de los cuales a su vez 10 versaron sobre revisiones de oficio, 6 sobre responsabilidad patrimonial y 1 sobre contratación administrativa. Finalmente, en lo que llevamos del año 2018 se han emitido 9 dictámenes con el repetido análisis, 4 de los cuales fueron referidos a revisiones de oficio y 5 a responsabilidad patrimonial.

Para entender adecuadamente la incidencia de las resoluciones judiciales en nuestra función consultiva, resulta preciso realizar un breve apunte de la «*cosa juzgada*» y la «*litispendencia*», recordando, como todos sabemos, que ambas figuras son instituciones netamente judiciales y por tanto despliegan su eficacia *stricto sensu* sólo en el ámbito de esos procedimientos judiciales. Pero debemos perfilar nítidamente sus rasgos, en la medida que sistemáticamente son alegadas o aducidas por los interesados en los procedimientos que nos son sometidos a dictamen, o en ocasiones por la propia Administración consultante.

---

4 «*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

IV. «COSA JUZGADA» FORMAL, MATERIAL, POSITIVA Y NEGATIVA.

La cosa juzgada es una excepción procesal que se actúa en el seno de tales procedimientos judiciales y que tiene por objeto poner de manifiesto al órgano que ha de adoptar algún tipo de resolución, que el hecho o cuestión que se le somete a consideración ya ha sido enjuiciado definitivamente en otro proceso judicial previo y que por tanto, debe estar a lo que anteriormente se dijo, o negarse a enjuiciarlo nuevamente.

Tal limitación tiene su razón de ser en el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrados respectivamente en los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución Española[5], que determinan la intangibilidad de los fallos judiciales. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1991, de 20 de diciembre, dictada en el recurso de amparo núm. 860/89, resume su doctrina en su fundamento jurídico 5 al señalar sobre el principio de la inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes que «*...es una exigencia del concepto mismo del poder jurisdiccional, concebido como el que los Jueces y Tribunales ejercen en el marco establecido por las Leyes –art. 117.3 de la C.E.–, entre las que obviamente se incluyen las del orden procesal y además en lo que aquí interesa, constituye garantía mediante la cual el derecho a la tutela judicial, en conexión con el principio de seguridad jurídica, consagrada en el art. 9.3 de la Constitución, asegura a los que son o han sido partes en un proceso, que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo que hayan alcanzado firmeza no serán alteradas o modificadas al margen de los cauces legales previstos (SSTC 159/1987, 119/1988 y 12/1989, entre otras)*». Esa doctrina se mantiene en posteriores sentencias como la STC 16/1993, de 18 de enero, la 367/1993, de 13 de diciembre, la 19/1995, de 24 de enero[6] y la 5/2003, de 20 de enero, entre otras.

Por otra parte, la cosa juzgada presenta dos aspectos el formal y el material. La cosa juzgada formal (o externo) implica que por haber realizado los

---

5 Art 9.3. «*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*» Art. 24.1 «*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*»

6 «*es necesario recordar la reiterada doctrina de este Tribunal de que el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales es una exigencia del principio de seguridad jurídica recogido en el art. 9.3 de la C.E., pero a su vez, en lo que respecta a las garantías del justiciable, debe considerarse parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales consagrado en el art. 24.1 de la C.E., puesto que este derecho asegura a los que han sido partes en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello. De modo que el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 de la C.E. actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (SSTC 16/1986; 119/1988; 231/1991; 101/1992; 142/1992; 16/1993; 304/1993; 352/1993; 380/1993; 23/1994)*».

interesados determinadas actuaciones en el procedimiento, o al contrario, por no haberlas efectuado, la sentencia o resolución judicial firme deviene inatacable e invariable en el proceso, o en otras palabras, alcanza fuerza de cosa juzgada formal. En otro orden, la cosa juzgada material añade a la citada inimpugnabilidad de la resolución judicial, la obligación que para el resto de juzgadores impone el respetarla por ser jurídicamente indiscutible el pronunciamiento judicial que contenga el fallo, esto es, adquiere fuerza de cosa material o interno.

En todo caso el aspecto formal es presupuesto del material. A su vez, los efectos de la cosa juzgada son dos como hemos apuntado, el positivo (o prejudicial) y el negativo (preclusivo o excluyente).

En el primero, los jueces o tribunales vienen obligados a aplicar lo resuelto por el anterior por existencia de conexión en las pretensiones y, en consecuencia, deben resolver el procedimiento de que conocen con respeto a lo declarado anteriormente (STS 9-7-1988).

Por el efecto preclusivo o negativo (STC 77/1983), no puede producirse un nuevo pronunciamiento sobre la misma cuestión ya resuelta en proceso anterior.

Desde luego, la importancia de esta figura hace que los presupuestos de su existencia sean estrictos, así, el anterior artículo 1252 del Código Civil exigía para la aplicación su la presunción, que existiera perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que fuere invocada. Tal identidad de personas, cosas y causas se mantiene en el artículo 222 ("*Cosa juzgada material*") de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero (LEC[7]), a cuyo tenor:

> «*1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.*
>
> *2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley (Juicio Ordinario; Alegaciones iniciales; Artículo 408. Tratamiento procesal de la alegación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda. Cosa juzgada… 3. La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada).*

7 Artículo 4. *Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* «En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley».

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal».

El efecto negativo se basa en el principio de seguridad jurídica, y por ello, lo ya impetrado en un procedimiento no puede volver a articularse en otro posterior, y ello, aunque la resolución firme del procedimiento hubiera podido tener otro sentido de haberse articulado de manera diferente o con actuaciones omitidas, esto es, si un vicio en la actuación del interesado devino en un pronunciamiento judicial firme, éste debe ser respetado por haberse satisfecho lo pretendido con un pronunciamiento conforme a derecho. Así, únicamente cabría que acudiera al recurso de revisión de sentencias firmes, que tiene un carácter excepcional y extraordinario conforme se afirma en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en todos los órdenes[8].

---

8 En este sentido, la STS, Sala de lo Social de 17 de marzo de 2017 (Recurso 55/2015), dice en su fundamento segundo:

«*...se ha de señalar que el carácter excepcional y extraordinario del proceso de revisión de sentencias firmes ha sido proclamado por la jurisprudencia social emanada de esta Sala IV del Tribunal Supremo , afirmándose, como señala nuestro auto de 25/01/2013 (rev. 28/2012), que "su finalidad última, "se orienta a la prevalencia del principio de justicia material sobre el de seguridad jurídica que acompaña a toda sentencia firme obtenida en un proceso judicial. De aquí que, en la pugna entre ambos principios, dotados en la actualidad de un reconocimiento jurídico-constitucional en los arts. 9 y 24 de CE, haya tenido que arbitrarse un sistema de protección combinada que propicie la adecuada pervivencia de uno y otro en términos de ajustada ponderación jurídica" (reproduciendo doctrina anterior, SSTS de 15/03/01 –rec. 1265/00–; 26/04/05 –rec. 23/03–; 31/10/05 –rec. 9/05–; 24/07/06 -rec. 35/05–; 24/10/07 –rec. 22/06–; y 06/11/07 –rec. 26/06–). Y al constituir una quiebra del principio de autoridad de la cosa juzgada [antes*

En cualquier caso, no pueden obviarse los matices diferenciales que presenta dicha figura en función del orden jurisdiccional en el que haya de producir sus efectos y la casuística del asunto a resolver.

La STS, Sala de lo Civil de 19 de enero de 2017 (Recurso: 1861/2013), en su fundamento segundo considera que no hay aplicación de cosa juzgada cuando se toman como elementos de prueba lo acreditado en una sentencia previa en relación a determinado aspecto, para llegar a una conclusión mediante la presunción judicial, al decir que «... *la sentencia ahora recurrida no aplica la eficacia cosa juzgada material en sentido positivo de la primera sentencia (la que declara que no ha habido error vicio en la contratación del swap de A). Lo que hace la sentencia de primera instancia es tomar como elemento de prueba lo acreditado en aquella sentencia, en relación con el cumplimiento de los deberes de información y el conocimiento que tenían los administradores de A en la contratación del swap, para declarar probado, mediante una presunción judicial, que también en este caso el administrador de B debía conocer las características del producto que contrataba. En consecuencia, y al margen del juicio que pudiera merecer esta valoración de la prueba y el razonamiento contenido en la sentencia para justificarlo, no puede apreciarse que haya existido infracción de las normas relativas a la cosa juzgada, razón por la cual se desestima el recurso*».

La STS, Sala de lo Contencioso Administrativo de 7 de noviembre de 2016 (Recurso: 2655/2015), en fundamento segundo cita la sentencia de 3 de junio de

---

art. 1251 CC y actualmente art. 222 LECiv], el juicio de revisión no puede exceder de los estrictos límites que tiene legalmente demarcados, pudiendo únicamente ser pretendida a través de las causas previstas en la Ley, que se configuran como «numerus clausus» o «tasadas », imponiéndose –pues– "una interpretación restrictiva y rigurosa tanto de sus causas, como de sus requisitos formales", a fin de evitar que se convierta en un nuevo grado jurisdiccional en el que, al arbitrio de alguno de los litigantes y con menosprecio de la cosa juzgada, se intente volver a discutir casos ya debatidos y definitivamente resueltos, con olvido de que el recurso de revisión no se halla establecido para corregir sentencias supuestamente injustas, sino para rescindir las ganadas injustamente (con cita de numerosos precedentes, las SSTS de 15/03/01 –rec. 1265/00–; 26/04/05 –rec. 23/03–; 24/05/05 –rec. 1/03–; 31/10/05 –rec. 9/05–; 03/03/06 –rec. 19/04–; 15/02/07 –rec. 15/02–; 20/07/06 –rec. 25/05–; 24/07/06 –rec. 35/05–; 28/06/07 –rec. 10/04–; 24/10/07 –rec. 22/06–; y 06/11/07 –rec. 26/06–) " (ATS/IV 18-septiembre-2008 –rec 21/2007–)".

Asimismo, como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala (entre otros, nuestro auto de siete de abril de 2015), " para la resolución de las demandas de revisión se ha de partir de la afirmación reiteradamente manifestada por esta Sala -como ya tuvo ocasión de recordar en su sentencia de fecha 30 de mayo de 2006 (recurso. 29/2005)-, de que" el proceso de revisión ni es una tercera instancia ni puede ser utilizado para enmendar errores que hubieran podido producirse en la sentencia de cuya revisión se trata, salvo que los mismos reunieran las exigencias específicas que se contienen en los distintos apartados del artículo 510 LEC y aun ellos interpretados de forma restrictiva por cuanto se trata nada más y nada menos de determinar si es procedente o no rescindir y dejar sin efecto una sentencia firme". Y en esta misma sentencia, se recordaba los constantes y reiterados pronunciamientos de esta Sala subrayando que: "Por constituir la revisión de sentencias firmes una quiebra del principio de autoridad de la cosa juzgada (artículo 1251 del Código Civil), de suerte que se trata, con esta posibilidad de revisión, de equilibrar la seguridad jurídica -garantizada hoy día por el artículo 9. 3 de la Constitución española - con la justicia - valor superior del ordenamiento jurídico que proclama el artículo 1.1 de la propia Ley Fundamental -, haciendo ceder parcialmente aquélla en favor de ésta, es claro que el juicio de revisión no puede exceder de los estrictos límites que tiene legalmente demarcados».

2015, de la Sala C/A TSJ del País Vasco, recurso 794/2011, que es objeto de casación, y que expresa en su fundamento cuarto sobre la causa de inadmisibilidad alegada al amparo del artículo 69.d de la LRJCA:

> «*debemos recordar que la cosa juzgada material, como se señala, entre otras muchas, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2015, rec 1619/2012 es una institución procesal que produce dos efectos: uno negativo, impedir una segunda sentencia sobre el fondo, y, un segundo positivo o prejudicial, que obliga a tener en cuenta en un segundo proceso lo resuelto en el anterior, si su objeto es parcialmente idéntico a lo resuelto en la sentencia que ganó el efecto de cosa juzgada material. Y se fundamenta en la concurrencia de tres identidades, subjetiva (de las partes y de la calidad con la que actuaron y actúan, no controvertida en el caso de autos), de causa de pedir o fundamento de la petición (en el presente supuesto la reclamación de daños y perjuicios se invoca expresamente en la demanda tener causa en la Orden Foral N° 921/98, de 18 de febrero, Orden que fue anulada por la sentencia de esta Sala recaída en el recurso 1801/98) y el petitum (que en este caso es la indemnización de los daños y perjuicios consistentes en el beneficio dejado de percibir o lucro cesante, correspondiente a todas las carteleras objeto de la retirada y en el concepto de coste de retirada de esas carteleras).*
>
> *Atendido que el presente recurso se interpone contra la resolución administrativa (presunta) de desestimación de una específica reclamación de responsabilidad patrimonial presentada tras el dictado de la sentencia por la que se anula la Orden Foral N° 921/98, de 18 de febrero, que expresamente se identifica como acto administrativo origen de los daños y perjuicios reclamados, la cuestión que cabría plantearse es si, aun cuando expresamente se dedujo pretensión de indemnización de daños y perjuicios en el recurso contencioso administrativo en el que se dicta la sentencia por la que se anula la referida Orden Foral, cabría excluir la apreciación de la excepción de cosa juzgada atendido que el presente recurso se dirigiría contra actividad administrativa distinta de aquella que fue objeto del precedente recurso 1801/98.*
>
> *El Tribunal Supremo en la anteriormente referida sentencia de 23 de enero de 2015, rec 1619/2012 señala:*
>
> > *"Esa vinculación negativa de la cosa juzgada (material), como causa de inadmisibilidad, exige la comprobación de tres identidades, a las que se vincula su concurrencia: 1) Identidad subjetiva de las partes en ambos procesos y de la calidad con la que actúan, identidad incuestionable en este caso, y única reconocida por la recurrente; 2) causa de pedir o fundamento de la petición: idéntico en los dos procesos concernidos, pues la reclamación de indemnización de daños y perjuicios tiene su causa en las Resoluciones administrativas anuladas por la Sentencia de*

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núms. 28 y 29, julio (2017) - junio (2018), págs. 81-122

5 de octubre de 2006 (Rº 624/04); c) petitum, idéntico en ambos procesos, reclamación de una indemnización que, mientras en el Rº 624/04, se defería su cuantificación al trámite de ejecución de Sentencia, en el Rº 796/08 quedaba cuantificado en la demanda.

A estos requisitos hay que añadir, como recuerda la Sentencia de esta Sala Tercera, Sección Cuarta, de 13 de julio de 2011 (casación 645/07), con cita en otras anteriores, que la cosa juzgada en el ámbito del proceso contencioso-administrativo 'tiene matices muy específicos..., donde basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto del revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente.....', salvo, como afirmaba la STS de 30 de junio de 2003 , y reitera la de 2011, 'que el acto (actuación) o la disposición objeto del segundo recurso sean meras repeticiones del que se juzgó en el primero', como aquí acaece.

La primera Sentencia (de la Sección Primera de la Sala de Sevilla) resolvió la acción de responsabilidad patrimonial, articulada conjuntamente con la acción de anulación de las Resoluciones causa de los daños reclamados, acumulación a la que pude optar voluntariamente el recurrente (art. 31.2 LJCA EDL 1998/44323), mediante el ejercicio de lo que se denomina la acción de plena jurisdicción con la que se insta no sólo la anulación de la actuación administrativa, sino el restablecimiento de la situación jurídica individualizada o la indemnización de los perjuicios ocasionados por aquella resolución recurrida, cuya anulación se pretende.

Se trata, en definitiva, de una opción que el Legislador procesal contencioso otorga al perjudicado por una decisión administrativa previa, de acumular a esa acción de anulación, una acción de responsabilidad patrimonial, obviando, así, el procedimiento administrativo previo regulado en los arts. 142 y 143 de la Ley 30/92, o, plantear dicha reclamación, a través de ese procedimiento administrativo, una vez que se haya anulado, por Sentencia firme, la Resolución administrativa causa del daño que se reclama.

Pero, como decimos, es una opción que queda al arbitrio del recurrente, de forma similar, salvando las evidentes diferencias, al proceso penal en el que el Legislador faculta a la víctima del delito para que en dicho proceso ejercite conjuntamente la acción penal y la civil, o, si así lo estima oportuno, se reserve la acción civil para ejercitarla ante los órganos de este Orden Jurisdiccional.

Lo que, en ningún caso cabe es duplicar una reclamación de responsabilidad patrimonial mediante el ejercicio de una acción de plena jurisdicción y, una vez desestimada por Sentencia firme, reiterarla por el cauce procedimental general de la reclamación de responsabilidad patrimonial administrativa del ya citado art. 142 de la Ley 30/92, que es lo que ha hecho la mercantil recurrente.

Por tanto, aunque la Resolución administrativa impugnada (desestimación de la reclamación por cosa juzgada) pueda ser formalmente diferente de la recurrida en el proceso anterior, en la medida que el objeto de este segundo proceso es mera repetición de lo que se juzgó en el primero no opera como causa de exclusión del efecto negativo de la cosa juzgada material de la Sentencia firme.

En este sentido se han pronunciado las ya citadas Sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2003 y de 13 de julio de 2011."»

Aplicando esa doctrina al caso concreto, la sentencia de 3 de junio de 2015, de la Sala C/A TSJ del País Vasco, estimó la excepción invocada de cosa juzgada material como causa de inadmisión, porque «*esa pretensión resarcitoria fue expresamente deducida en el presente recurso y expresamente desestimada por la sentencia… sin que por la recurrente, si se estimaba genérica, oscura o insuficiente la referida desestimación, que en del tenor de la sentencia es inequívoca y expresa, se solicitase aclaración o complemento de la sentencia recaída… pues como señala el art. 142.4 de la LRJAP-PAC, la mera anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, por lo que en todo caso la pretensión resarcitoria debía fundarse en un daño antijurídico determinado por la indebida, conforme a la normativa aplicable, desinstalación de las carteleras, cuestión que no se tuvo por acreditada en aquel recurso, y, a mayor abundamiento, debemos señalar que tampoco se ha justificado en estos autos…*».

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 7 de noviembre de 2016 llega a la misma conclusión y desestima el recurso de casación porque la sentencia recurrida resolvió sobre todas las pretensiones sin incurrir en vicio de incongruencia, afirmando incluso que «*firme la sentencia, debe estimarse que en ella se resuelven todas las pretensiones accionadas en el proceso, incluso cuando existiera incongruencia y esta no se hubiera subsanado, y ello como una manifestación del principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios de nuestro Derecho, como se declara en el artículo 9.3º de la Constitución , porque sostener lo contrario sería tanto como pretender abrir nuevamente un proceso para corregir precisamente ese vicio formal de la sentencia que, al omitir pronunciarse sobre las pretensiones accionadas, sería contraria a la exigencia que se impone en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , reabriendo un nuevo proceso para corregir el vicio de la sentencia*», y que el ejercicio de la pretensión indemnizatoria se hizo

«*independiente de la mayor o menor argumentación que se hiciese para fundarla o incluso, en la forma pretendida, la mayor o menor concreción en su cuantía porque el artículo 71.1º.d) de nuestra Ley procesal autoriza a su determinación, caso de imposibilidad de determinación en la fase de conocimiento, en trámites de ejecución de sentencia. Es decir, ni la pretendida "indicación genérica" ni el hecho de no incluir "ningún tipo de pormenor" de la indemnización, hace diferente la pretensión porque ahora se haga de manera "específica" y con "cantidades concretas" –exigencia que debiera haberse hecho con esa condiciones en un primer momento–; porque ello no altera la pretensión que, insistimos, está determinada por el derecho del que trae causa, es decir, en el caso de autos, el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios por la ejecución de una disposición general que ha sido anulada; y esa pretensión, esa acción, es la que vincula a los efectos de apreciar el ámbito objetivo de la cosa juzgada*».

El examen de dicha institución, como no puede ser de otro modo, sigue siendo constante en la jurisprudencia de todo orden, como denotan, a título de ejemplo y al margen de las citadas, las sentencias del Tribunal Supremo (ROJ de CENDOJ): STS 6333/2013 (28/06/2013) Civil; STS 5921/2013 (26/11/2013) Civil; STS 5213/2014 (12/12/2014) Civil; STS 463/2015 (08/01/2015) Civil; STS 4832/2015 (07/10/2015) Social; STS 5152/2015 (30/11/2015) Civil; STS 328/2016 (04/02/2016) Civil; STS 1135/2016 (17/03/2016) Contencioso Administrativo; STS 1623/2016 (08/04/2016) Civil; STS 1659/2016 (20/04/2016) Civil; STS 1904/2016 (05/05/2016) Civil; STS 2065/2016 (12/05/2016) Civil; STS 3115/2016 (01/07/2016) Civil; STS 3781/2016 (19/07/2016) Contencioso Administrativo; STS 4292/2016 (07/10/2016) Civil; STS 4529/2016 (17/10/2016) Contencioso Administrativo; STS 4630/2016 (24/10/2016) Contencioso Administrativo; STS 4900/2016 (07/11/2016) Contencioso Administrativo; STS 5660/2016 (21/12/2016) Civil.

V. LITISPENDENCIA.

La litispendencia es una institución que produce efectos similares a la anterior al guardar identidad en la fundamentación y finalidad, regulándose la forma de invocación (excepciones procesales) y el tratamiento de resolución en las distintas leyes procesales con el complemento de la aplicación supletoria de la LEC[9], en concreto, el comienzo de la litispendencia en el artículo 410[10], su examen en el artículo 416[11] y la resolución[12] en el artículo 421 de la LEC por remisión, que previene:

---

9 En C/A: artículo 69.d) de la LJCA, y artículos de la LEC, aplicables al ámbito del procedimiento contencioso administrativo en virtud de lo establecido en la Disposición Final Primera de la LRJCA, relativos a la litispendencia y la prejudicialidad.

10 «*desde la interposición de la demanda, si después es admitida*».

11 «*1. Descartado el acuerdo entre las partes, el tribunal resolverá, del modo previsto en los artículos siguientes, sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y, en especial, sobre las siguientes: 2ª Cosa juzgada o litispendencia*».

12 En casos de litispendencia o cosa jugada.

«*1. Cuando el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222, dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento.* –Cosa juzgada negativa–.

Sin embargo, no se sobreseerá el proceso en el caso de que, conforme al apartado 4 del artículo 222, el efecto de una sentencia firme anterior haya de ser vinculante para el tribunal que está conociendo del proceso posterior. –Cosa juzgada positiva–.

2. Si el tribunal considerare inexistente la litispendencia o la cosa juzgada, lo declarará así, motivadamente, en el acto y decidirá que la audiencia prosiga para sus restantes finalidades.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando la dificultad o complejidad de las cuestiones suscitadas sobre litispendencia o cosa juzgada lo aconsejen, podrá también resolver sobre dichas cuestiones mediante auto, dentro de los cinco días siguientes a la audiencia, que proseguirá en todo caso para sus restantes finalidades. Si fuese necesario resolver sobre alguna cuestión de hecho, las actuaciones oportunas, que ordenará el tribunal, se practicarán dentro del plazo antedicho».

Obviamente, la litispendencia trata de evitar que se dicte resolución sobre un procedimiento que guarda la identidad de sujetos, causa de pedir y *petitum*, cuando se está ventilando otro proceso con la misma identidad.

No debe confundirse esta figura con la prejudicialidad regulada en los artículos 40 a 43 de la LEC, si bien guarda conexión por razón de su incidencia en los distintos procesos al tratar aspectos parciales que afectarán a la resolución a dictar. No siendo el lugar de examen, base señalar que la prejudicialidad penal determina la suspensión del procedimiento civil de concurrir las circunstancias del art 40.2 LEC; que conforme al art. 42 «*a los solos efectos prejudiciales, los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social*», si bien «*la decisión de los tribunales civiles sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirá efecto fuera del proceso en que se produzca*», y que «*no obstante … cuando lo establezca la ley o lo pidan las partes … suspenderá el curso de las actuaciones … hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta, en sus respectivos casos, por la Administración pública competente, por el Tribunal de Cuentas o por los Tribunales del orden jurisdiccional que corresponda. En este caso, el Tribunal civil quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial*»; y que según el art. 43: «*Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o*

de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial».

La STS de 28 de junio de 2005 (recurso 6/2004), dice que «*la suspensión del procedimiento por prejudicialidad prevista en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es supletoriamente aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativa en aquellos supuestos en los que la cuestión previa a dilucidar consiste en la determinación sobre la legalidad o validez de una disposición de carácter general de rango reglamentario*».

Sobre las similitudes de la litispendencia y la cosa juzgada, así como sobre su finalidad, traemos a colación la STS 678/2017, de fecha 19 de abril de 2017, de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Recurso: 1/2014), que indica que ambas comparten similitudes, pues la litispendencia pretende evitar la cosa juzgada y con ambas se pretende evitar las sentencias contradictorias. En concreto, su fundamento de derecho sexto refiere que:

> *«al amparo del artículo 69.d) de la LJCA, la Abogacía del Estado invoca la excepción de litispendencia por razón de los recursos directos seguidos tanto ante esta Sala como ante la Audiencia Nacional. El enjuiciamiento de tal causa de inadmisibilidad exige precisar lo siguiente:*
> *1º Que la litispendencia comparte exigencias con la excepción de cosa juzgada precisamente porque con la primera pretende evitar lo segundo y con ambas se pretende evitar el dictado de sentencias contradictorias. De esta forma para que concurra se exige una triple identidad: subjetiva o de partes y de la calidad en que actúan; de la causa de pedir o fundamento de la pretensión y de pretensiones, lo que se identifica atendiendo a los hechos alegados y su encuadramiento en el supuesto abstracto de la norma jurídica invocada. Es decir, mismos sujetos, mismo objeto y mismas pretensiones.*
> *2º La jurisprudencia de esta Sala recuerda que el régimen general regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, presenta modulaciones en este orden jurisdiccional. La más relevante –que rompe esa triple identidad– es la que afecta al presupuesto del proceso, esto es, que el acto, actuación o disposición atacada no sean coincidentes, precisamente porque las pretensiones objeto del proceso se hacen valer en relación a esos presupuestos*».

En el caso resuelto, la sentencia rechaza (fundamento noveno) que exista litispendencia y entra en el fondo ya que «*se trata de pleitos en los que se plantean unas pretensión es indemnizatorias con evidente diferencia en el fundamento, y sin plena coincidencia en cuanto a la pretensión indemnizatoria; además y en todo caso, la Sala opta por entrar en el fondo para un enjuiciamiento plenario de lo litigioso pues, de darse, la situación de litispendencia sólo se daría en la hipótesis final de un pronunciamiento favorable*».

El examen de la figura litispendencia –al igual que en la cosa juzgada–, sigue siendo también constante en la jurisprudencia de todo orden, como denotan a título de ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo (ROJ de CENDOJ): STS 3466/2018 (09/10/2018) Civil; STS 3394/2018 (04/10/2018) Contencioso Administrativo; STS 3239/2018 (20/09/2018) Civil; STS 3232/2018 (19/09/2018) Civil; STS 3314/2018 (14/09/2018) Social; STS 3211/2018 (19/07/2018) Social; STS 2798/2018 (19/07/2018) Civil; STS 2501/2018 (02/07/2018) de lo Militar; STS 2069/2018 (06/06/2018) Contencioso Administrativo; STS 1951/2018 (01/06/2018) Contencioso Administrativo; STS 1939/2018 (28/05/2018) Contencioso Administrativo; STS 1552/2018 (07/05/2018) Penal; STS 4724/2017 (19/12/2017) Social; STS 4621/2017 (19/12/2017) Contencioso Administrativo.

VI. INCIDENCIA EN LA ACTIVIDAD DESPLEGADA POR LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

a) Mención a las revisiones de oficio.

En el Dictamen 31/16, de 21 de abril, sobre revisión de oficio, se examinó la propuesta de una Universidad madrileña para revisar su hoja de aprecio presentada en un procedimiento expropiatorio, oponiendo los interesados la cosa juzgada por existencia de sentencias firmes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Tribunal Supremo.

En el dictamen se tuvo en cuenta la existencia de más de un pronunciamiento judicial en el que se recogía el carácter revisable de oficio de las hojas de aprecio y concluyó que el hecho de que los tribunales de justicia hubieran conocido previamente la cuestión de la conformidad a derecho de la resolución del Jurado Territorial de Expropiación (JUTER) por la que se fijó el justiprecio de la finca expropiada, no constituía un impedimento para la posible revisión de oficio del acto administrativo, esto es no existía cosa juzgada negativa determinante de la inadmisibilidad de la revisión, puesto que el JUTER no pudo entrar a examinar la oposición de fondo de la Universidad al interponer extemporáneamente el recurso de reposición potestativo a la formulación directa de la vía contencioso-administrativa contra la resolución del JUTER sobre justiprecio, de forma que ni éste en dicha vía administrativa, ni posteriormente la Sala del Tribunal Superior de Justicia, pudieron entrar a conocer de su oposición de fondo contra el acuerdo sobre la valoración económica de la finca expropiada.

Se analizó también la ausencia de cosa juzgada positiva en cuanto a la causa de nulidad alegada en el procedimiento de revisión de oficio en el que se enmarcaba el dictamen, pues la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en su Sentencia de 13 de marzo de 2014 confirmada por la del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2015 (RC 1686/2014), dejó abierta la posibilidad de revisión y no se pronunció sobre la posible nulidad de la hoja de aprecio por razón de vicio de incompetencia resultante

–esta vez– de la ausencia de atribuciones del gerente para realizar actos de disposición patrimonial.

Se indicó que «*precisamente la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, se ha enfrentado en Sentencia de 27 de marzo de 2015 (PO 123/2013) y otras anteriores que cita (así, entre las más cercanas, las sentencias de la misma Sala de 6.6.2014 y 5.7.2014, PPOO 112 y 117/2012, respectivamente), a supuestos equiparables*»; y que la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 30 de septiembre de 2005 dictada en el recurso 533/2004, señala que «*...en los casos en los que la Sala ha examinado previamente la demanda de la parte expropiada contra la resolución del Jurado siendo desestimada, como ha ocurrido en el presente caso con el recurso 340/2003 donde se dictó la citada sentencia desestimatoria, no se produce la concurrencia de la excepción de cosa juzgada, por cuanto resulta evidente que en el recurso interpuesto por la propiedad expropiada contra la resolución del Jurado y el interpuesto por el Estado en demanda de lesividad contra el mismo acuerdo, no solo existe entre ellos diferente situación procesal de cada parte en sendos procesos, por cuanto quien es actor en el presente es demandado en el otro y viceversa, y no solo existe diferente causa de pedir, sino que incluso las pretensiones que en cada respectiva demanda se piden son absolutamente contradictorias. Este mismo criterio es el que recoge el criterio predominante y reiterado del T.S; así la STS, Sala 3ª de 24 noviembre 1998...*».

(En cuanto al fondo, fue desfavorable a la revisión).

En el Dictamen 40/16, de 28 de abril, sobre revisión de oficio, se examinó la propuesta de un Ayuntamiento para revisar un proyecto de aprobación inicial y definitiva de expropiación, así como las actas posteriores de ocupación y pago. El dictamen concluyó que el procedimiento había caducado lo que «*no impediría el inicio de un nuevo procedimiento*», si bien, tenía en cuenta que «*de la relación de hechos expuesta se deduce la existencia de distintos recursos contencioso administrativos interpuestos por algunos de los interesados en el procedimiento, bien oponiéndose al proyecto de expropiación, bien solicitando la continuación del expediente de expropiación*», por lo que advertía que la existencia de diversos procedimientos judiciales sobre los actos cuya nulidad se pretendía podía «*afectar al procedimiento de revisión de oficio (cosa juzgada, litispendencia), por lo que la propuesta de resolución que en su día se dictara, deberá examinar especialmente la incidencia de estos recursos contencioso administrativos en el procedimiento de revisión de oficio…*».

Posterior **Dictamen 522/16, de 17 de noviembre**, trató el mismo asunto, dimanante de una nueva incoación al haber caducado el procedimiento anterior, disponiendo la retroacción del procedimiento para pronunciamiento sobre la prueba y emisión de una propuesta de resolución –no efectuada–.

Posterior **Dictamen 332/17, de 9 de agosto**, trató el mismo asunto, dimanante de una nueva incoación al haber caducado el procedimiento anterior. El dictamen analizó la procedencia de examinar el acto de aprobación definitiva al haber sido anulado por sentencia en el seno de tres recursos contencioso administrativos, si bien, existían otros 25 interesados que no recurrieron para los que el acto sería firme, al no afectarles la cosa juzgada pues la sentencia de 12 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, 6 (recurso de apelación 50/2016) rechazó esa posibilidad al decir que «*La pretensión de la parte apelante de quedar afectados los recurrentes por tales pronunciamientos, que naturalmente les perjudican, carece de fundamento pues su alcance, como así se ha considerado por los Juzgados, queda limitado al procedimiento seguido respecto de los actores en sus respectivas causas*».

El dictamen concluyó con la procedencia de la revisión al carecer el Ayuntamiento de competencia expropiatoria en el caso examinado –por corresponder a la Comunidad de Madrid– y al no existir «*causa expropiandi*», determinando como efecto de tal nulidad conforme al art. 102.4 LRJ-PAC «*las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley*», que el Ayuntamiento indemnizara los daños y perjuicios irrogados a los interesados.

En el Dictamen 270/16, de 30 de junio, sobre revisión de oficio, se examinó el procedimiento de revisión iniciado por solicitud de interesado para revisar un decreto de alcaldía que requería la demolición de una obra.

El dictamen refiere que no existía cosa juzgada negativa determinante de la inadmisibilidad de la revisión como límite al ejercicio de dicha facultad, por la circunstancia de que en relación a tal decreto se hubiera dictado una sentencia que ordenaba al Ayuntamiento que se ejecutara siguiendo el trámite pertinente con notificación al interesado, a fin de que se respetara su derecho de audiencia y defensa; «*pues la cosa juzgada impide la revisión únicamente cuando las causas de nulidad hayan sido deducidas en el procedimiento judicial. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003 ha precisado que "no es jurídicamente viable instar una revisión por causas de nulidad de pleno derecho cuando tales causas ya hayan sido planteadas y desestimadas en un proceso jurisdiccional decidido por sentencia firme" por una cuestión de seguridad jurídica y respeto a la cosa juzgada*», añadiendo que tal no era el caso resuelto por la sentencia, cuyo objeto venía constituido por la inejecución del decreto, sin que en el proceso se examinara la legalidad del mismo, ni se resolvieran por ello, las causas de nulidad en que incurre el mismo.

En el Dictamen 60/17, de 9 de febrero, sobre revisión de oficio, se examinó el procedimiento de revisión iniciado de oficio para revisar un Acuerdo de

una Junta de Gobierno Local, por el que se aprobó el expediente de un contrato de servicios, al haberse adjudicado sin publicación del anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOCE). Contra la adjudicación se interpuso recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y frente a su resolución –que anuló la adjudicación y ordenaba retrotraer para adjudicación a la empresa que presentara la mejor oferta previo cumplimiento de los requisitos legales– se interpuso recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En ese estado se inició el procedimiento de revisión de oficio que fue dictaminado con procedencia de la revisión al no apreciar la existencia de cosa juzgada conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014).

En el Dictamen 122/17, de 23 de marzo, sobre revisión de oficio, se examinó el procedimiento de revisión iniciado a instancia de interesado para revisar determinadas resoluciones de la Dirección General de Carreteras de autorización de obras de acceso a un ámbito urbanístico desde determinada carretera. En el procedimiento incidió la Sentencia de 19 de febrero de 2015 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (PO 1267/2013) que estimó parcialmente el recurso –del interesado– y ordenaba a la Administración retrotraer las actuaciones administrativas con el fin de que, previa admisión de la solicitud, iniciara los trámites de revisión de oficio.

Asimismo, incidió la existencia de una sentencia firme (STSJ Madrid, Secc 8ª, de 18 de enero de 2012) que desestimó un recurso del interesado frente a una de las resoluciones que se pretendían fuera revisada de oficio, que llevó a la Comisión a considerar, al margen del examen de las causas aducidas por el interesado respecto de cada uno de los actos, que «*produce el efecto de cosa juzgada material e impide que se cuestione su revisión de oficio en el procedimiento que nos ocupa, puesto que tal como tiene señalado el Tribunal Constitucional en abundantes sentencias, entre otras, Sentencia 182/1994, de 20 de junio, con criterio que ha sido recogido por el Tribunal Supremo "la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia*».

En el Dictamen 257/17, de 22 de junio, sobre revisión de oficio, se examinó el procedimiento de revisión iniciado a instancia de parte frente a un Acuerdo de la Junta de Gobierno Local que ordenaba la demolición de unas obras ilegales. En el procedimiento incidió la sentencia de 22 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Madrid que desestimó el recurso –del interesado– frente a un Acuerdo plenario municipal que requería la demolición de la obras y estimaba parcialmente el recurso contra la desestimación presunta por silencio de solicitud de revisión de oficio «*en el único sentido de que procede que la entidad local tramite conforme a Derecho tal solicitud, y dicte resolución expresa sobre la misma*». Dicha sentencia fue confirmada en apelación por la sentencia 149/2015, de 25 de febrero de 2015, de la Sección 2ª de la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuyo fundamento de derecho tercero se recogía la existencia de una previa sentencia de esa Sección (de 27 de abril de 2006, Apelación 369/2004) que «*confirmó la legalidad de la orden de demolición de la misma edificación que ahora es objeto de autos*» que resolvió recurso del padre del interesado alegando otra causa de nulidad, y sostenía la existencia de cosa juzgada material:

> «*Efectivamente por lo ya expresado en la sentencia citada, las pruebas aportadas no pueden modificar el pronunciamiento anterior de esta Sala; existe la cosa juzgada material: La Ley de Enjuiciamiento Civil dispone en el art. 222, ap. 4°: Cosa juzgada material: "Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal".*
>
> *El principio o eficacia de cosa juzgada material, que consagra el art. 222 de la LEC/2000, tiene por finalidad dar seguridad y certidumbre a las relaciones jurídicas y evitar que puedan dictarse sentencias contradictorias sobre un mismo asunto, lo que impide a los Tribunales volver a examinar y pronunciarse sobre un asunto ya fallado definitivamente. De esta forma, la excepción de cosa juzgada tiene su expresa consagración en el art. 69.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aplicable a este litigio. Y, en una jurisprudencia que ha configurado dicha causa de inadmisión en torno a la comprobación de la identidad de las pretensiones de la que fue objeto del proceso decidido por sentencia firme.*
>
> *En este sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 190 de 25 de octubre de 1999, Sala 2ª, después de proclamar, de forma genérica, que ni el artículo 14 ni el 24.1 de la Constitución Española, imponen a los jueces la observancia de una absoluta homogeneidad en la interpretación del derecho, y si bien la libertad de interpretación de la norma debe ser respetada como parte integrante de la propia función jurisdiccional, declara sin embargo que los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal (art. 9.3 y 117.3 CE) vetan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos en la Ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia.*
>
> *Se trata de una cuestión que afecta a la salvaguarda de la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial, según el art. 24.1 CE*».

Dando cumplimento a la sentencia de 22 de mayo de 2013, el Ayuntamiento resolvió expresamente la inadmisión de la solicitud de revisión al darse cosa juzgada y sentencia firme, frente a la que se interpuso otro recurso en que se dictó nueva sentencia 115/2015, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 34 de Madrid, que lo desestimó pues «*es claro que la Entidad Local demandada no incurre en vulneración alguna cuando, vinculada por la cosa juzgada, decide que la solicitud de revisión de oficio, promovida nuevamente sobre la misma cuestión carece además de fundamento pues ninguna resolución podría en todo caso haber dado que no fuese respetuosa con lo ya resuelto en los tres pronunciamientos judiciales que aquí se han considerado (el del Juzgado n° 11, el confirmatorio de éste por la Sala de Apelación, y el desestimatorio del Juzgado nº 3)*».

Con base en tal fundamentación, el dictamen concluyó con la no procedencia de la revisión de oficio.

En el Dictamen 188/17, de 11 de mayo, sobre revisión de oficio, se examinó el procedimiento de revisión iniciado de oficio para revisar determinadas licencias urbanísticas con las que se ocupó dominio público por particulares. En el procedimiento incidió la sentencia firme de 18 de junio de 2008 de Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 2 de Madrid, (PO 35/2007) que ordenaba a la Administración el ejercicio de sus facultades de recuperación posesoria sobre los viales afectados. Para ejecutar la sentencia en sus términos (conforme a lo dispuesto en los artículos 17.2 y 18.2 de la LOPJ y 103.2 de la LRJCA) resultó preciso que el Ayuntamiento revisara de oficio las licencias que amparaban actuaciones materiales de ocupación. Incidió así, la fuerza vinculatoria de la sentencia para la Administración.

En el Dictamen 309/17, de 27 de julio, sobre revisión de oficio, se examinó el procedimiento de revisión iniciado de oficio para revisar un decreto de concejalía en el que se fijaron las retribuciones y el complemento de productividad para la Policía Local (por falta de competencia y omisión del procedimiento legalmente establecido). En el procedimiento incidió la sentencia -firme tras inadmisión de la apelación del Ayuntamiento por el TSJ- de 16 de enero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 24 de Madrid (PA 59/2014) que estimó el recurso de un componente de dicha policía frente a la desestimación presunta del abono del complemento de productividad, que ordena se le abone. Asimismo, incidió posterior Auto del citado Juzgado, de fecha 19 de julio de 2016, que extendió sus efectos a otro policía.

El dictamen, si bien constató que concurrían las causas de nulidad, tuvo en cuenta los efectos de cosa juzgada positiva como límite de la potestad revisora (ex art. 110 LPAC) para concluir la improcedencia de la revisión. Decíamos en él que

> «*el artículo 110 menciona, además de la prescripción y del tiempo transcurrido, "otras circunstancias" que pudieran hacer que el ejercicio de la revisión de oficio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o las leyes. A la vista del expediente de*

revisión de oficio consideramos que sí se aprecian esas "otras circunstancias"».

En efecto, ante una reclamación formulada… la sentencia del Juzgado… condenó al Ayuntamiento a "abonar la suma que se venía percibiendo en la misma cuantía, al no justificarse la razones por las que se ha minorado esa cantidad".

La revisión de oficio… llevaría aparejado el reembolso de las cantidades abonadas en concepto de productividad todavía no prescritas, supondría contravenir el fallo de la sentencia que condenó a la Administración a abonar la cantidad que se venía percibiendo en la misma cuantía, en contra del derecho de los particulares.

La sentencia… produce efectos de cosa juzgada e impide que puedan reclamarse las cantidades satisfechas y que, por la declaración de nulidad… al producir efectos "ex tunc", deberían ser devueltas por aquellos que las percibieron.

Por tanto, la especial circunstancia de haber recaído una sentencia, declarada firme… opera como límite a la revisión de oficio… toda vez que contravendría el derecho de los policías reconocido en la sentencia o en el auto de extensión de efectos de ésta, al percibo de la cantidad íntegra fijada en concepto de productividad.

Por ello… parece procedente no revisar de oficio…, sin perjuicio de que por el Ayuntamiento… se pueda acordar en resolución motivada el cese del abono del complemento de productividad a partir de la fecha en que se adopte el Acuerdo, pues como indica la sentencia "el pago de un complemento de productividad durante un período de tiempo no origina el derecho a percibirlo en períodos posteriores».

En el Dictamen 353/17, de 7 de septiembre, sobre revisión de oficio, se examinó el procedimiento de revisión iniciado a instancia de interesado para revisar licencia municipal de obras y actividad. En el procedimiento incidió la Sentencia de 2 de febrero de 2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 31 de Madrid, (PO 64/2015), en cuyo Fallo se estimó sustancialmente el recurso, ordenando al Ayuntamiento que procediera a tramitar el procedimiento de revisión de oficio interesado por la parte recurrente. En el procedimiento iniciado los interesados aducían que no podía revisarse el acto por existir cosa juzgada ya que otra sentencia –nº 120/2014, de 19 de febrero de 2014 del TSJ de Madrid, (PO 20/11)–, desestimó su petición de nulidad. El dictamen –sin perjuicio de concluir con la improcedencia de la revisión en examen del fondo– negó el efecto de cosa juzgada negativa al caso, pues expuso que obviaban que dicha sentencia reseñaba la existencia de un estudio de detalle no anulado, que afectaba a otro acto [cuarta identidad específica en ámbito administrativo] y que afirmaba la posibilidad de la

revisión de oficio al decir «... *que, sin perjuicio de que se revise de oficio la legalidad de esa licencia, como ya se ha ordenado por sentencia del juzgado de lo contencioso administrativo nº 20 de Madrid (de fecha 6 de octubre de 2011, recurso número 20/2011), no procede legalmente declarar la nulidad pretendida en cuanto consecuencia automática de la declaración de nulidad de la presente modificación del estudio de detalle*».

En el **Dictamen 470/17, de 23 de noviembre, sobre revisión de oficio**, se examinó el procedimiento de revisión iniciado a instancia de interesados respecto de un Acuerdo de determinada Universidad para amortización de puestos de trabajo y de los actos de ejecución concretados en el cese sin indemnización de los solicitantes. El informe de la Asesoría Jurídica de la Universidad, entre otras cuestiones, daba contestación a las alegaciones formuladas por los interesados y excepcionaba cosa juzgada pues la legalidad del Acuerdo había sido confirmada y ratificada por sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En el dictamen se analizó la institución de la cosa juzgada, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2017 (casación 1976/2015), y decíamos que:

> «*Es reiterada la jurisprudencia que viene acogiendo la improcedencia de la revisión de oficio respecto de actos que han sido previamente objeto de recurso contencioso-administrativo. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014) cuando dice que "no es posible instar la revisión de oficio, por existir cosa juzgada, cuando previamente se haya impugnado la resolución de que se trata en vía jurisdiccional".*
>
> *Además la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido también constante al considerar que no puede pretenderse válidamente instar una revisión de oficio de un acto ya impugnado judicialmente por una supuesta nulidad de pleno derecho, aunque se aleguen ahora nuevos motivos de nulidad que pudieron y debieron alegarse en su momento. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 mayo 2010 señala que "el actor tiene la carga de agotar todos los motivos de nulidad o anulabilidad en que haya incurrido a su entender el acto impugnado, so pena de dejar consentidos tales vicios".*
>
> *El escrito de reclamación menciona la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2017 (recurso 1469/2015) en el que se admite la revisión de oficio pese a que existía sentencia firme (al haberse declarado desierta la casación). No obstante, además de que se trata de una sentencia aislada frente a una sólida línea jurisprudencial, la sentencia hace especial hincapié en las particularidades del caso que resuelve, en el que existía una sentencia del Tribunal Supremo que anulaba la actuación de un*

tribunal de oposiciones. Por ello la sentencia alude expresamente en dos ocasiones (F. J. 4º) a las "características singulares del caso".

Trasladando las anteriores consideraciones al caso que no ocupa, cabe considerar que respecto aquellos que impugnaron en la vía contencioso-administrativo los actos que ahora se pretenden revisar, no cabría la revisión de oficio pretendida al verse afectados por la cosa juzgada.

Por lo que se refiere a los que no accionaron judicialmente en defensa de sus intereses, si bien no les afecta en puridad la cosa juzgada, pues es evidente que no existe identidad subjetiva, sin embargo debe entrar en juego el principio de seguridad jurídica, que se vería claramente dañado si aquellos que no impugnaron judicialmente los actos de la Universidad… que les eran desfavorables, consintiéndolos, obtuvieran por la vía de la revisión de oficio un pronunciamiento contradictorio con lo resuelto por sentencias firmes, en las que se ha considerado que el Acuerdo… en ningún caso podía reputarse arbitrario, irracional, desproporcionado o vulnerador del principio de igualdad (así la Sentencia de 30 de octubre de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid)».

Aun entrando en el fondo se concluyó en el dictamen que tampoco cabía revisar el acuerdo impugnado.

El **Dictamen 485/17, de 23 de noviembre, sobre revisión de oficio**, examinó el procedimiento de revisión iniciado a instancia de otros interesados respecto del mismo Acuerdo de la Universidad, con la misma conclusión desestimatoria.

En el **Dictamen 92/18, de 22 de febrero, sobre revisión de oficio,** se examinó el procedimiento de revisión iniciado de oficio por un Ayuntamiento, respecto al suministro de unos elementos tallados de granito que habían sido adquiridos verbalmente. Posteriormente se emitió el **Dictamen 431/18, de 27 de septiembre**, al haber caducado el anterior. En el procedimiento tuvo que analizarse la incidencia que pudiera tener la existencia de un procedimiento abierto en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 26 de Madrid, dictado en el procedimiento ordinario 187/2017, pretendiendo el abono de una deuda reconocida por la Administración en una certificación, cuya cuantía era considerablemente inferior a la que incidía la revisión de la contratación verbal efectuada, ya que el interesado adujo la litispendencia como causa de suspensión del procedimiento de revisión de oficio.

El dictamen consideró que «*por lo que hace a la suspensión del procedimiento por litispendencia coincidimos con el criterio de la Administración, pues no resulta necesario obtener un previo pronunciamiento de un órgano jurisdiccional para resolver este procedimiento. No hay que obviar, que el recurso*

formulado por el interesado en sede judicial se dirige frente a la inactividad de la Administración tras un requerimiento de pago de una deuda reconocida por la Intervención municipal, y que en caso de ser estimado por sentencia firme, ello incidiría sobre los efectos de la revisión que fuera acordada por la Administración de resultar procedente, pero no sobre la nulidad de los actos que son objeto de éste procedimiento administrativo». Esto es, no concurrían los presupuestos de identidad de causa de pedir, *petitum* ni acto administrativo, y por ello no cabía apreciar litispendencia ya que la sentencia que pudiera dictarse eventualmente recaería sobre los efectos de la revisión de oficio y no sobre la misma revisión.

En el **Dictamen 234/18, de 24 de mayo, sobre revisión de oficio**, se examinó el procedimiento de revisión iniciado por solicitud de interesada para la revisión de dos sanciones municipales en materia de tráfico. Incidió la sentencia nº 74/2017, de 10 de abril de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Madrid (PO 246/2015), que condenaba al Ayuntamiento recurrido a tramitar el procedimiento de revisión de oficio.

Intentaba soportar la nulidad 1) en la negación de los hechos objeto de sanción, ante lo que el dictamen reseñó que por su naturaleza extraordinaria «*la revisión de oficio no es una vía oblicua para la impugnación de resoluciones administrativas con objeto de revisar la adecuación a derecho declarada por los órganos administrativos o judiciales, máxime cuando no se ha agotado el régimen de recursos previstos por el ordenamiento jurídico, y más aún cuando se ha consentido el acto sin impugnarlo en vía contencioso administrativa, pudiendo hacerlo*»; y 2) en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 dictada en casación en interés de ley 2453/2016, que cita otra del mismo Tribunal de 12 de noviembre de 2015 (RCIL 816/2015), de las que dice la solicitante resultar que todos los dispositivos foto-rojo necesitan control metrológico, respecto de lo que consideramos que «*dichas sentencias se dictaron en el seno de una modalidad procedimental que está dirigida exclusivamente a fijar doctrina legal y que no pueden afectar a la situación particular derivada de la sentencia recurrida*», además de obviar que cada sentencia presenta sus particularidades y que la última afirma que «*si la prueba depende de captar una imagen de un vehículo sobrepasando un semáforo en fase roja…no exige medición alguna*», como es el caso de que traen causa las sanciones que pretendía revisar. Se trataba así de un supuesto en que se intentaba atribuir el carácter de cosa juzgada a sentencias dictadas para otros supuestos y finalidades.

En el **Dictamen 346/18, de 19 de julio, sobre revisión de oficio**, se examinó el procedimiento de revisión iniciado de oficio por un Ayuntamiento para declarar la nulidad de una licencia de obras. En lo que interesa al caso, el interesado adujo litispendencia porque el Ayuntamiento había hecho uso del procedimiento de suspensión de licencias con impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa contemplado en los artículos 197 y 198 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, a lo que sumaría el que, conforme el artículo 199 LSM solo sería posible la revisión de oficio de las licencias cuando las obras estuviesen

terminadas. El dictamen consideró que *"no puede considerarse que la existencia de esa legislación sectorial pueda impedir el ejercicio de una potestad recogida en las legislaciones de procedimiento administrativo común y de régimen local. Como puede comprobarse la vía de los artículos 197 y 198 LSM no exige que se trate de actos nulos sino de licencias concedidas que den lugar a la comisión de infracciones urbanísticas graves o muy graves. En estos casos, con una finalidad preventiva, la normativa urbanística permite suspender la licencia para su impugnación ante los tribunales. Por el contrario si no concurren esos requisitos la Administración solo puede acudir a los mecanismos generales de revisión de la legislación de procedimiento administrativo, tal y como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006 (recurso 8043/2002). La misma argumentación procede a la hora de interpretar el artículo 199 LSM que ha de hacerse en relación con los dos artículos que le preceden, es decir, que si las obras han concluido solo cabe la vía de la revisión de oficio pero no que no se pueda utilizar la revisión en casos diferentes a los de los artículos 197 y 198 si no han concluido las obras"*. En cuanto al fondo el dictamen determinó la improcedencia de la revisión.

En el **Dictamen 451/18, de 18 de octubre, sobre revisión de oficio**, se examinó el procedimiento de revisión iniciado por un Ayuntamiento para cumplir la sentencia de 24 de enero de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Madrid, en ámbito del PA 96/2015, que conoció de la desestimación por silencio de su solicitud de percepción del nivel de complemento de destino que se abonaba a un policía local. La sentencia estimó la demanda y declaró la nulidad del acto administrativo de abono de tal complemento a un policía local, ordenando al Ayuntamiento que iniciara el procedimiento de revisión de oficio a la luz de los fundamentos jurídicos de la sentencia y lo resolviera en determinado plazo pues, en caso contrario debería abonar el complemento al recurrente hasta que se le notificara la resolución. Lo peculiar del caso es que la revisión no formaba parte de la pretensión del recurrente, si bien, una vez aclarada la sentencia, alcanzó firmeza sin que se articulara recurso alguno por las partes interesadas.

El dictamen tuvo en cuenta la vinculación que tenía la Administración para tramitar el procedimiento, si bien, examinó el asunto con base en las actuaciones practicadas en el procedimiento de revisión y concluyó que procedía la revisión de oficio del complemento de destino.

b) Mención a la responsabilidad patrimonial.

En el Dictamen 290/16, de 7 de julio, sobre responsabilidad patrimonial, se examinó el procedimiento iniciado por solicitud indemnizatoria de interesado por una situación de acoso laboral y subsidiariamente por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Como antecedente, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid había emitido el Dictamen 292/15 de 27 de mayo, en el que constató que el Ayuntamiento pretendía dictar una resolución de inadmisión sin tramitar el procedimiento por lo que se dispuso la

retroacción. La Administración consideraba inadmisible la reclamación al considerar la existencia de litispendencia y cosa juzgada, por la existencia de distintos recursos contencioso-administrativos contra distintas resoluciones que afectaban a su puesto de trabajo, extremo a lo que se opuso el interesado.

Posterior **Dictamen 565/16, de 22 de diciembre**, constató defectos en la tramitación que obligaron a retrotraer el procedimiento.

Posterior **Dictamen 407/17, de 11 de octubre**, entró en el fondo de la cuestión. En el procedimiento constaban actividades administrativas impugnadas que fueron conocidas y resueltas por sentencias firmes de diversos órganos judiciales. Con ellas, el interesado construía el soporte con el que quería acreditar una situación de mobbing o subsidiariamente, de funcionamiento de la Administración a que anudar responsabilidad patrimonial. La Comisión Jurídica Asesora reseñó, por una parte la inidoneidad de éste procedimiento para discutir sobre la legalidad de resoluciones administrativas, y por otra, que por la cosa juzgada positiva las partes quedan vinculadas a lo decidido en el pleito de que se trate. Decíamos que:

> «*...como hemos sostenido en numerosos dictámenes, acogiendo la doctrina del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid plasmada, entre otros en su Dictamen 178/15, no es el procedimiento de responsabilidad patrimonial el adecuado para discutir y dilucidar sobre la legalidad de las resoluciones administrativas, habida cuenta que el ordenamiento jurídico ofrece los mecanismos de acción para los interesados mediante la formulación de recursos administrativos y contencioso administrativos en orden a destruir la presunción de validez y legitimidad de que gozan los actos administrativos, no pudiendo servir la tramitación de este expediente como vía oblicua para sortear esa presunción de legitimidad que a día de la fecha gozan las resoluciones a que se refiere el reclamante…*
>
> *No hay que obviar que el reclamante basa su reclamación precisamente en que con base en tales resoluciones se atribuyeron y ejercieron las funciones que le correspondían, por otras personas, y aduce que fue desposeído de ellas, y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid…, recoge diversas consideraciones en sus fundamentos jurídicos en las que se afirma la ausencia de modificación del puesto de trabajo del reclamante, la falta de modificación de sus funciones sin que se pueda concluir una paralela degradación del mismo, así como que si se hubieran entrado a decidir las cuestiones de fondo se habría llegado a su desestimación. Por su parte, la instructora del expediente acude a tales pronunciamientos, a sabiendas de que si bien no son vinculantes, pueden tener cierta influencia persuasiva en otros tribunales en la medida que tras valorar la prueba practicada, los magistrados que componen la Sala sentenciadora consideraron conveniente y necesario fijar en la sentencia esas consideraciones.*

Baste aquí decir que el contenido de las sentencias que obran en el procedimiento, han de servir a esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid para valorar la solicitud que es objeto del expediente –nuestro "thema decidendi"– y las circunstancias que concurren en los hechos alegados, en la medida que el objeto de este procedimiento se soporta por el interesado en el dictado de diversas resoluciones que fueron objeto –no todas– de recursos contencioso-administrativos, y en cuyas sentencias se incluyeron pronunciamientos que afectan a este procedimiento.

En este sentido, el reclamante ha de cargar con los pronunciamientos judiciales que le perjudican de la misma manera que pretende servirse de los que le favorecen,…»

En el Dictamen 382/16, de 1 de septiembre, sobre responsabilidad patrimonial, se examinó el procedimiento iniciado por solicitud indemnizatoria de interesada derivada de anulación de acto por sentencia. El acto anulado había excluido a la interesada de la lista de interinos docentes y reclamaba por los daños y perjuicios ocasionados por ello. El dictamen tiene en cuenta la inimpugnabilidad de la sentencia por alcanzar firmeza a la hora de computar el plazo prescriptivo, señalando que: «*Especial atención merece el análisis del plazo para el ejercicio del derecho a reclamar pues nos hallamos ante el supuesto previsto en el artículo 142.4 de la LRJ-PAC, que establece "la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5".*»

El dictamen reseña que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el derecho a reclamar puede ejercitarse a partir de la notificación de la sentencia, por todas, la sentencia de 6 de noviembre de 2015 (RC 1782/2014) que señala al respecto:

«*…se denuncia la infracción del art. 142.4. Ley 30/92 y su jurisprudencia, pues el "dies a quo" del cómputo del plazo de prescripción de la acción ejercitada debe situarse en el 20 de julio de 2009, fecha en la que fue notificada la Sentencia desestimatoria de su recurso de casación frente a la que declaró la nulidad del Plan Parcial…*

La Sentencia,…, tras exponer,…, que la reclamación de responsabilidad patrimonial se articula por los graves daños sufridos como consecuencia de la nulidad del Plan Parcial…, entiende que la acción para reclamar dicha partida estaría prescrita, pues cuando se formula la reclamación (global) había transcurrido más de un año desde que se dictó la Sentencia de 26 de marzo de 2009, en el Rº de apelación 232/08, firme por naturaleza, añadimos (porque hasta que no entre en vigor –22 de julio de

2016– el nuevo recurso de casación introducido por la Disposición Final Tercera de la L.O. 7/15, las Sentencias dictadas en apelación no son susceptibles de recurso de casación), sin que se compartan los cómputos de la Sala de instancia, pues el "dies a quo" del plazo ha de situarse en la fecha de notificación de la precitada Sentencia firme de 26 de marzo de 2009. La "cosa juzgada formal" (en el sentido de inimpugnabilidad) o firmeza de la que goza toda Sentencia dictada en apelación –y que, por tanto, no precisa ser declarada–…, por lo que, desde el momento en que la expectativa de edificar quedó definitivamente arrumbada con la anulación, en Sentencia firme, de las licencias, la recurrente tenía cabal conocimiento –desde la notificación de la Sentencia de 26 de marzo de 2009– del perjuicio que, como daño emergente, se le ocasionaba, iniciándose el plazo para ejercitar la acción en reclamación de dicho daño, acción que, desde luego, estaba prescrita en la fecha de formulación de su reclamación en vía administrativa (16 de julio de 2010)».

Debo hacer un inciso: en estos supuestos de responsabilidad patrimonial por anulación de actos por sentencia firme, también inciden las sentencias que se hayan dictado para tal anulación, aun cuando no lo hagan por la institución de cosa juzgada al no concurrir la triple identidad subjetiva, de causa de pedir y de *petitum*, más la del acto impugnado exigida jurisprudencialmente. El examen de las mismas se realiza a propósito del examen del requisito de antijuridicidad del daño previsto por la normativa para la responsabilidad patrimonial, teniendo en cuenta la jurisprudencia existente en relación a la doctrina del margen de razonabilidad en la aplicación de las normas efectuada por la Administración. En este sentido el dictamen 382/16 indica que

«*como señala de forma constante y reiterada la jurisprudencia, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015 (RC 1661/2014) y la de 6 de mayo de 2016 (RC 2741/2014), la anulación de un acto en sede judicial no presupone el derecho a indemnización pues es necesario que concurran los requisitos exigidos con carácter general, siendo esencial y determinante para que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial en estos casos, la antijuridicidad del perjuicio. De forma que: "como se dice en nuestra Sentencia… de 2 de febrero de 2012 (casación 462/11): 'cuando se trate del ejercicio de potestades discrecionales, cual es el caso, bastará en principio con un ejercicio razonable y razonado de la potestad, dentro del campo de posibilidades abierto a la libre apreciación de la Administración, para no estimar concurrente el requisito de la antijuridicidad del daño... Incluso cuando se trate del ejercicio de potestades absolutamente regladas, procederá el sacrificio individual, no obstante la anulación posterior de las decisiones administrativas, cuando éstas se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales...".*

Por lo que se refiere a la anulación de actos en vía jurisdiccional, recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2010, que "es en relación con la antijuridicidad del daño en tales casos que se ha incidido de manera especial en la jurisprudencia, entre otras, en sentencias de 5-2-96, 4-11-97, 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados". Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009 indica: "En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita".

Este último aspecto, en cuanto a la "interpretación razonable de las normas", se tuvo en cuenta por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el Dictamen 26/13, de 30 de enero, y ha sido acogido en nuestro Dictamen 103/16, de 19 de mayo».

En el Dictamen 558/16, de 22 de diciembre, sobre responsabilidad patrimonial, se examinó el procedimiento iniciado por solicitud indemnizatoria de interesados derivada de anulación de acto por sentencia. Con base en la anulación por sentencia de un acuerdo del Consejo de Gobierno que aprobó una modificación puntual de un PGOU, se solicitaba indemnización a la Comunidad de Madrid por la pérdida de valor de un inmueble como consecuencia de la construcción de una instalación pública. La Administración informó que se habían agotado las vías de reclamación a través de los correspondientes recursos, y en todas las instancias se había desestimado la pretensión indemnizatoria, existiendo cosa juzgada.

El dictamen aseveró que la «*reclamación de los interesados no resulta novedosa, pues como hemos expuesto en los antecedentes, los interesados ya formularon una reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con el daño cuyo resarcimiento pretenden ahora y fue desestimado tanto en vía administrativa como judicial. La novedad en este caso radica en el fundamento de la responsabilidad patrimonial que ahora se hace descansar en la anulación del Acuerdo del Consejo de Gobierno*». Por ello, la diferente causa de pedir o fundamento de la petición obligó a examinar el fondo del asunto, lo cual no fue óbice para que esta Comisión acudiera en análisis de la antijuridicidad, a la fundamentación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de febrero de 2009, que concluía que la Modificación Puntual llevada a cabo para la construcción del edificio público no había supuesto «*daño singular o especial alguno a los recurrentes que éstos no tengan la obligación de soportar en la medida*

en que dicha Modificación elimina, precisamente, la situación de "fuera de ordenación absoluta" que el edificio tenía antes de dicha Modificación por estar levantado en suelo afecto a una dotación pública de zona verde, zona verde ocupada por el edificio que es la que con la Modificación se suprime, eliminando su situación de fuera de ordenación, y siendo, además, su tipología edificatoria de "manzana cerrada"».

Indicamos asimismo, que «*de manera clarificadora, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de julio de 2015 (rec.núm.1077/2014), recaída en el procedimiento seguido por otros propietarios del edificio… contra la desestimación presunta de su reclamación de responsabilidad patrimonial, ofrece, a juicio de esta Comisión Jurídica Asesora, la fundamentación necesaria para desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial basada en la anulación del Acuerdo del Consejo de Gobierno…, al pronunciarse en los siguientes términos: "La anulación de la Modificación Puntal del PGOU no convierte el detenimiento patrimonial en antijurídico sino que provoca la restitución de la situación inicial, en que el edifico en cuestión ocuparía suelo calificado como zona verde. No existe, por tanto, conexión entre la antijuridicidad de la Modificación Puntual del Plan y el detrimento patrimonial que se aduce..."*».

Similares procedimientos fueron examinados en los **dictámenes 7/17 y 15/17, de 5 y 12 de enero, sobre responsabilidad patrimonial,** por solicitud indemnizatoria de interesados derivada de anulación de acto por sentencia. Se basaban en la anulación por sentencia del mismo acuerdo del Consejo de Gobierno y solicitaban indemnización a la Comunidad de Madrid por la pérdida de valor de su inmueble como consecuencia de la precitada construcción de una instalación pública. Los dictámenes concluyeron también que procedía la desestimación de las reclamaciones con base en las consideraciones jurídicas reseñadas en el citado dictamen 558/16, de 22 de diciembre, teniendo en cuenta la diferente causa de pedir o fundamento de la petición.

En el Dictamen 265/17, de 29 de junio, sobre responsabilidad patrimonial, se examinó el procedimiento iniciado por solicitud indemnizatoria de interesado derivada de anulación de acto por sentencia. Incidió la sentencia de 29 de marzo de 2016 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 16 de Madrid (PO 319/2014) –confirmada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid– que anuló la resolución recurrida que afectaba a determinado contrato «*reconociendo el derecho de la actora a la adjudicación de la licitación, así como, en el caso de que dicha adjudicación fuere imposible, a que se le indemnicen los daños y perjuicios derivados de dicha circunstancia en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia*».

El dictamen analizó los efectos que la cosa juzgada material pudiera tener sobre este procedimiento, trayendo a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2017 (casación 1976/2015) donde dice que «*el principio o eficacia de cosa juzgada material, se produce, según la jurisprudencia de esta*

Sala, cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución judicial en él recaída. Tal manifestación de la cosa juzgada, que consagra el artículo 222 de la LEC, atiende de manera especial a la seguridad jurídica, evitando que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ha sido ya definido o determinado por la Jurisdicción, y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias». Añadió que esta figura, que en principio se define en un ámbito procesal, tiene su trasunto en el ámbito administrativo, en tanto en cuanto las sentencias firmes tienen fuerza de obligar a las partes en el proceso, como indica el artículo 103 de la LRJCA. Finalmente, concluyó que al tratarse en el procedimiento judicial un acto distinto (desestimación presunta de reposición frente a resolución que declaraba desierta una licitación) del que sirve de sustento a la responsabilidad patrimonial (resolución que declaraba desierta la licitación) y que fue anulado por sentencia, debía entrarse en el fondo, así como que «*no cabe duda que concurre el efecto positivo de la cosa juzgada pues en cuanto a la pretensión resarcitoria en ambos casos es igual la "causa pretendí", los daños y perjuicios derivados de la anulación del acto por la que se declaraba desierta la licitación y de la privación de la adjudicación del contrato, y sustancialmente el mismo "petitum", igual concepto dañoso, el lucro cesante que en ambos casos se estima en el beneficio industrial calculado en un 10 % del importe del contrato, si bien en cada uno de ellos se añaden otros conceptos indemnizatorios, que, por lo que a la reclamación de responsabilidad patrimonial se refiere, [daños morales] posteriormente analizaremos*», por lo que considera que debe desestimarse la responsabilidad en la parte que el *"petitum"* es coincidente.

En el Dictamen 292/17, de13 de julio, sobre responsabilidad patrimonial, se examinó el procedimiento iniciado por solicitud indemnizatoria de interesada, al no poder acudir a unas instalaciones deportivas a practicar deporte por imponérsele una sanción que fue luego anulada por sentencia. La sentencia firme de fecha 14 de marzo de 2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 7,(PO 101/2015), estimó el recurso y dejó sin efecto la sanción impuesta, al considerar vulnerado el principio de tipicidad por haberse efectuado una incorrecta tipificación de la conducta sancionada.

El dictamen determinó que la sentencia tiene fuerza de cosa juzgada material para las partes del pleito sin que pueda estar sujeta a discusión, en la medida que la reclamante pretendía acreditar que no se produjeron los hechos que determinaron la imposición de la sanción por parte del Ayuntamiento, cuando era manifiesto que éstos no habían sido desvirtuados en sede judicial y la sentencia afirma que con esos hechos procedía una determinada tipificación y que la Administración erró y los incardinó en otro tipo, motivo por el cual, con estimación del recurso, dejó sin efecto la sanción.

Debo hacer un inciso: En este caso, –como señalamos en el análisis del Dictamen 382/16, de 1 de septiembre, también se tuvo en cuenta la doctrina del

margen de tolerancia en la actuación de la Administración, para valorar la antijuridicidad del daño, y nos hicimos eco de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (recurso 2040/2014) que cita la de esa Sala de 28 de marzo de 2014 según la cual: «*Tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5-2-96, 4-11-97, 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados*». Además, trajimos a colación dictámenes anteriores en los que conforme a la jurisprudencia se niega la responsabilidad patrimonial de la Administración por la incoación de un expediente disciplinario, aun cuando la sanción fuera posteriormente anulada, a no ser que se acreditara que el expediente adolece de una mínima base fáctica que le sirva de sustento[13].

En el Dictamen 390/17, de 28 de septiembre, sobre responsabilidad patrimonial, se examinó el procedimiento iniciado por solicitud indemnizatoria de interesado, por el retraso en la tramitación de un expediente de resolución de contrato. En el procedimiento incidió la sentencia de 17 de diciembre de 2007, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (Apelación 577/2007) que desestimó el recurso del interesado y analizó distintos conceptos contractuales reclamados y se pronunció sobre la reclamación de daños y perjuicios derivados de la quiebra técnica de la empresa como extracontractual, en los siguientes términos: «*Esta reclamación es una reclamaci6n de naturaleza diferente que las anteriores, que no nace de las relaciones contractuales existentes entre las partes y que debió ser realizada previamente a la Administración, además toda reclamación de daños y perjuicios requiere prueba plena de los daños y perjuicios causados que además deben de ser reales, efectivos y sufridos, y no meramente potenciales, hipotéticos o posibles, debiéndose acreditar asimismo que el daño se cifra en la cantidad reclamada y la relación de causalidad entre el daño y la conducta de la Administración. Pues bien, en el caso presente, ninguna de tales circunstancias está acreditada…*».

---

13 «*…nuestro Dictamen núm. 215/16 de 16 de junio, que se hizo eco del Dictamen núm. 216/08, de 10 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. En dicho dictamen se citaba una sentencia cuya fundamentación puede extrapolarse al supuesto que nos ocupa: "(…) la jurisprudencia niega responsabilidad patrimonial de la Administración por el mero hecho de la incoación de un expediente disciplinario, aun cuando la sanción fuera posteriormente anulada, a no ser que se acredite que el expediente adolece de una mínima base fáctica que le sirva de sustento (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 732/2004, de 31 de mayo, recurso 379/2003), pues en tal caso se estaría ante un daño que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar. Por el contrario, si el expediente se apoya en hechos que a priori son indiciarios de la comisión de alguna falta disciplinaria, los perjuicios que pudieran derivarse del expediente sancionador no son antijurídicos, por lo que no pueden dar lugar al nacimiento de la responsabilidad indemnizatoria de la Administración*». En la misma línea, se pronuncia la sentencia núm. 1879/2011, de 29 de julio de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que cita jurisprudencia.

Trajimos a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2017 (casación 1976/2015), y reseñamos que «*según jurisprudencia consolidada la cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisible el proceso cuando advierte que el objeto de éste coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es solo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquel no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en este. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su "thema decidendi" cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior, deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida*», por lo que entramos a analizar cada uno de los conceptos alegados y respecto del ya resuelto indicamos que «*Sobre esta pretensión resarcitoria ya se pronunció la repetida sentencia de 17 de diciembre de 2007… y también se pronunciaron las referidas sentencias de 24 de junio de 2013 y 25 de marzo de 2014 de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo nº 18 y nº 14, respectivamente…*», concluyendo la falta de acreditación de los daños.

Advertíamos también que «e*l procedimiento de responsabilidad patrimonial no puede servir para sustanciar solicitudes de distinta naturaleza a la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, que deben ser ejercitadas y conocidas en otros procedimientos con base en otros preceptos normativos –como así ha sido actuado por la reclamante en los numerosos procedimientos judiciales expuestos, con resultados adversos a sus pretensiones–. A ello hay que sumar en relación al cuarto concepto dañoso, que precisamente su alegada, y no probada, quiebra técnica y cierre empresarial a finales de 2004, pone de manifiesto, aún más si cabe, la falta de relación causal con la demora en la tramitación del procedimiento, sin que, por otra parte tal demora haya impedido la liquidación del contrato*». Y concluimos con la falta de acreditación del nexo causal.

En el Dictamen 29/18, de 25 de enero, sobre responsabilidad patrimonial, se examinó el procedimiento iniciado por solicitud indemnizatoria de interesada, por imposibilidad de materializar la compensación establecida en el planeamiento urbanístico por la limitación singular de uso impuesta a una finca de su propiedad. En el procedimiento incidió que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 4 de Madrid, dictara sentencia de 16 de abril de 2012, en el procedimiento ordinario 120/2010, desestimando su pretensión indemnizatoria con base en que la propia ordenación urbanística compensó la limitación de uso del local, e invocaba también la prescripción del derecho a reclamar la indemnización derivada de la alteración del planeamiento por transcurso del plazo de un año desde la aprobación del mismo. El fallo de la sentencia expresa: «*Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la sociedad mercantil… contra la resolución del… de 25-06-2010, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra anterior resolución de 17-02-2010, sobre solicitud de indemnización por la pérdida de valor del local por modificación del planeamiento, al considerar ajustadas a Derecho las citadas resoluciones*».

El dictamen, aludía al anterior Dictamen 265/17, de 29 de junio y consideraba que sobre tal cuestión ya se había resuelto en sede judicial, al señalar:

> «*...volvemos a afirmar nuestra consideración de que la actual reclamación patrimonial guarda identidad subjetiva y objetiva con la resuelta por esa sentencia de 16 de abril de 2012 que sería plenamente aplicable y abocaría a la desestimación de la presente con base en sus fundamentos en virtud de la cosa juzgada material…*
>
> *Así, se da la necesaria identidad subjetiva de las partes, pues la reclamante en este procedimiento es la misma sociedad mercantil que en el recurso contencioso administrativo que concluyó con la repetida sentencia, y por otra parte, se reclama la indemnización de daños y perjuicios a la misma Administración.*
>
> *También concurre la necesaria identidad material entre ambos procedimientos, pues ambas reclamaciones de indemnización, aún de cuantías diferentes, tienen un mismo origen, esto es, la aprobación del PGOUM de 1997 que determinó un uso obligatorio de teatro para el inmueble propiedad de la reclamante, que ya en ese momento se destinaba a ello; y además, en ambos procedimientos concurre el hecho admitido por la interesada de que tal limitación fue compensada por la propia ordenación urbanística, lo que llevó a tal sentencia a decir que "nada resta por reclamar", desestimando la reclamación*».

En los dictámenes 203/18 y 328/18, de 3 de mayo y 12 de julio, sobre responsabilidad patrimonial, se examinaron los procedimientos iniciados por solicitud indemnizatoria de interesados, por su declaración de baja como colegiados por el impago de cuotas colegiales. En el procedimiento incidieron diversas sentencias que tuvieron que analizarse en relación a los distintos aspectos tratados que incidían sobre el asunto llevando a la Comisión Jurídica Asesora a considerar que «*es particularmente elocuente al respecto la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de mayo de 2013, en la que, no ya es que se dijera que la actuación colegial era conforme a derecho, sino que numerosas sentencias de la misma Sala así como del Tribunal Supremo habían considerado conforme a derecho los acuerdos colegiales por los que se daba de baja en el ejercicio de la profesión a los colegiados por el hecho de haber dejado de abonar la cuota colegial variable*», así como que «*por lo que se refiere a la denegación de la rehabilitación, es cierto que la misma Sala de apelación [TSJ Madrid RA 1433/2015], en Sentencia de 26 de febrero de 2016, estimó parcialmente el recurso del actual reclamante. Ahora bien, la sentencia de referencia pone de manifiesto que sobre la baja del recurrente en el colegio ya hay cosa juzgada y que solo cabe discutir en torno a su ejecución*». El Dictamen concluyó con la desestimación de la solicitud de responsabilidad patrimonial.

En el Dictamen 364/18, de 2 de agosto, sobre responsabilidad patrimonial, se examinó el procedimiento iniciado por solicitud indemnizatoria de interesada, por la inactividad de un Ayuntamiento en la ejecución de diferentes órdenes para la realización de obras de reparación de un edificio. En el procedimiento incidió la sentencia de 30 de mayo de 2002 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 13 de Madrid, que condenó a la mercantil propietaria del edificio a realizar obras con ejecución sustitutoria por el Ayuntamiento. Diversas actuaciones dieron lugar al Auto de dicho Juzgado de fecha 18 de julio de 2002, desestimatorio del incidente de ejecución planteado por la reclamante, al considerar que había sido ejecutada la sentencia dictada en el procedimiento y el archivo definitivo del mismo. Informe municipal invocaba, entre otros, excepción de cosa juzgada. El Dictamen concluyó con la procedencia de retroacción del procedimiento para efectuar el trámite de audiencia omitido respecto de una interesada.

En el Dictamen 403/18, de 13 de septiembre, sobre responsabilidad patrimonial, se examinó el procedimiento iniciado por solicitud indemnizatoria de interesada, por no habérsele adjudicado la ejecución urbanística de un área de planeamiento anulado por sentencia. El Dictamen tiene en cuenta que la mercantil interesada ejercitó la misma pretensión en los tribunales y que, tras su estimación podía articularlo en vía de ejecución de sentencia. Indica al respecto:

> «*En este caso, resulta que por Sentencia de 6 de febrero de 2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Madrid, confirmada en apelación por Sentencia de 20 de noviembre de 2014, se reconoció a la mercantil reclamante su derecho a ser adjudicataria en el proceso de gestión urbanística y a ser indemnizada de los daños y perjuicios causados con la demora en dicho procedimiento, reconociendo "el derecho de la demandante a una compensación por los perjuicios que puedan objetivarse".*
>
> *No cabe duda, a la luz de la doctrina anteriormente expuesta, que concurre la identidad subjetiva, pues es evidente que la entidad mercantil ahora reclamante ha sido parte en el proceso que dio lugar a la Sentencia de 6 de febrero de 2014, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1, en calidad de recurrente, como también lo ha sido –como parte recurrida– el Ayuntamiento de Madrid, y por lo tanto están vinculados por ella.*
>
> *Así, si en el recurso resuelto por la sentencia de 6 de febrero de 2014 se enjuiciaba el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 30 de junio de 2011 por el que se adjudicó la ejecución urbanística del APE 06.01 a la oferta presentada por los propietarios de más del 50 % del suelo del área que fue declarado nulo y se reconoció el derecho a la indemnización de daños y perjuicios por la dilación en el proceso de gestión urbanística, en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial no cabe duda que concurre el efecto positivo de la cosa*

juzgada pues en cuanto a la pretensión resarcitoria en ambos casos es igual la "causa pretendí", los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de los retrasos y las dilaciones incurridos por el Ayuntamiento de Madrid que, en el presente caso atribuye a la falta de ejecución de las sentencias por el Ayuntamiento de Madrid, sin haber instado previamente, dicha ejecución.

Así las cosas, no cabe duda que la pretensión resarcitoria de la entidad reclamante ya ha sido resuelta por sentencia firme, que ha reconocido su derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios que puedan objetivarse y que deben entenderse diferidos a la fase de ejecución de sentencia, por lo que en vía de responsabilidad patrimonial la propuesta debe ser desestimatoria toda vez que la reclamante no ha instado hasta la fecha el incidente de ejecución de sentencia ni tampoco los de imposibilidad de ejecución».

Otro aspecto de la incidencia de las sentencias en el ejercicio de nuestra función consultiva, se produce en aquellos supuestos en que la pretensión articulada en el procedimiento administrativo, se ha ejercitado también en sede judicial accionando contra la desestimación presunta por silencio administrativo, y recae sentencia antes de la emisión del preceptivo dictamen. En estos casos se adopta un Acuerdo de devolución de expediente, como los **Acuerdos 3/16, 6/16 y 8/16, de 9 de junio, 22 de septiembre y 27 de octubre**, respectivamente, fundados en que resulta claro que cuando ha recaído una resolución judicial firme que resuelve una pretensión se extingue para la Administración la obligación de resolver, así lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2009 (recurso de casación nº 10387/2004) cuando declara: «*en cualquier caso, no está de más recordar que una vez resuelta por los tribunales del orden civil, en el ejercicio de su propia jurisdicción, la cuestión de la responsabilidad patrimonial de la Administración militar a la luz de los mencionados artículos 106, apartado 2, de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, nada podía ni tenía que decir la Administración sobre la cuestión ni, por consiguiente, nuestra jurisdicción en su tarea revisora ex apartado 1 del repetido precepto constitucional.(...) Pues bien, analizada la cuestión mediante sentencia firme del orden civil, porque –insistimos– así lo quiso la recurrente, a la Administración no le quedaba otra vía que ordenar el archivo del expediente y rechazar la solicitud de responsabilidad por ser cuestión ya decidida de forma definitiva e inamovible. Esta solución es consecuencia de la seguridad jurídica, que proclama el artículo 9, apartado 3, de la Constitución como uno de los pilares de nuestro sistema jurídico, y de su herramienta procesal, la cosa juzgada, tanto formal como material, cuyos efectos, según se deduce de los artículos 207 y 222 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil, de 7 de enero, ya vigente cuando se dictaron las resoluciones aquí analizadas (artículo 2 de esta última Ley), imponen la exclusión de todo proceso ulterior que tenga idéntico objeto que el primero (véase el apartado 1 del citado artículo 222).*»

VII. COROLARIO O CONCLUSIONES.

Como resultado de todo lo expuesto, quiero reseñar las siguientes conclusiones que me merece la cuestión tratada, y que por supuesto dejo abiertas a criterio o parecer diverso de tan digno auditorio:

Los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas son totalmente independientes de las Administraciones Públicas a que dedicamos nuestra función, o en palabras del Tribunal Constitucional, son «*ajenos a la Administración activa*», ajenidad que asevera en la rectitud de los dictámenes que emitimos, y que únicamente tienen por finalidad, proporcionar a dicha Administración los elementos de juicio precisos para que sus órganos resolutorios puedan decidir con plenitud de conocimiento sobre las cuestiones que particularmente inciden en cada caso.

En segundo lugar, el sometimiento de las Administraciones Públicas a la Ley está consagrado en la Constitución Española, correspondiendo a los Tribunales el control de su potestad reglamentaria y actividad administrativa, que se materializa en el dictado de sentencias y resoluciones judiciales que han de ser cumplidas.

La obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias se predica respecto de todos los poderes públicos, incluyendo por tanto a los órganos consultivos, si bien el ordenamiento ha previsto específicos efectos en orden al cumplimiento para los que hayan sido partes en el proceso.

Por ello, los auténticos destinatarios de las sentencias firmes, en lo que nos afecta, son las Administraciones que han sido parte en un determinado proceso al resultar vinculadas con lo decidido en el mismo, debiendo cumplirlas en la forma y términos en ella consignados, o dicho de otra forma "llevarlas a puro y debido efecto".

La «*cosa juzgada*» y la «*litispendencia*» son instituciones cuyos rasgos definitorios legal y jurisprudencialmente establecidos, encuentran su aplicación en ámbito judicial. Ahora bien, como traslación de la eficacia de las sentencias firmes, en los procedimientos administrativos que nos someten a consulta, debemos realizar el análisis de ambas figuras en numerosas ocasiones por haber sido aducidas por la propia Administración o por los interesados en el procedimiento. La práctica del ejercicio de nuestra función consultiva, nos permite constatar que su examen se presenta sobre todo, en los procedimientos de revisión de oficio y de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La cautela se impone en esos casos, pues al necesario conocimiento estricto de los requisitos o rasgos precisos para poder hablar de dichas figuras, se suma: 1) como hemos señalado, el que su aplicabilidad *pura* obedezca al ámbito judicial con trasunto al ámbito administrativo por la vinculación de las partes del proceso judicial a lo decidido en el mismo (en lo que nos afecta, al menos una de ellas, Administración Pública), y 2) el hecho constatado, de que en gran medida, las alegaciones de los interesados y el contenido de los informes administrativos

reseñan tales figuras de manera *laxa* sin que realmente concurran las identidades precisas para poder hablar de ellas[14].

Finalmente, como hemos tenido ocasión de comprobar, la casuística imperante en cada uno de los procedimientos administrativos, a pesar de incardinarse en determinados bloques materiales da lugar a que el análisis que realizamos de tales figuras en nuestra función consultiva, sea individualizado y nos ofrezca las consideraciones, resultados o matices tan variados que hemos expuesto.

Espero que la exposición haya sido de su agrado, que haya podido estructurar adecuadamente cuanto les quería transmitir y que no les haya resultado tediosa.

Les agradezco, también, la atención que me han prestado a pesar de ser primera hora de la mañana.

Muchas gracias.

BREVE RESEÑA BIBLIOGRÁFICA:

Font i Llovet, T., Función consultiva y Estado autonómico, *Revista de Administración Pública* nº 138, 1995.

Ruiz Miguel, C., Consejo de Estado y consejos consultivos autonómicos, Ed. Dykinson, 1995.

Garrido Mayol, V., Veinticinco años de función consultiva, UNED *Revista de Derecho Político* nº 58-59, 2003-2004.

Ruiz Miguel, C., Los Consejos Consultivos como guardianes de la autonomía: bibliografía, jurisprudencia, doctrina legal y perspectiva, *Revista Catalana de Derecho Público* nº 39, 2009.

Parada Vázquez, R., *Derecho Administrativo T. I*, Ediciones Académicas. (EDIASA), 2017.

Málaga Diéguez, F., *La litispendencia*, José María Bosch Editor, 1999.

De Padura Ballesteros, M.T., *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada, su régimen en la LEC 2000*, Ed Tirant lo Blanch, 2002.

Nieva Fenoll, J., *La cosa juzgada*, Atelier, 2006.

Gimeno Sendra, V., *Proceso Civil práctico T II.*, Ed Aranzadi, 2018.

14 A saber, subjetiva, causa de pedir o fundamento de la petición, y *petitum* más la identidad formal de acto –en procesos contencioso-administrativos–.

RESUMEN

Los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas son independientes de las Administraciones Públicas a que dedican su función; rasgo de ajenidad resaltado por el Tribunal Constitucional que asevera en la rectitud de sus dictámenes y proporciona a la Administración los elementos de juicio precisos para que sus órganos resolutorios puedan decidir en determinados asuntos.

El control encomendado a los Tribunales del sometimiento de las Administraciones Públicas a la Ley, se materializa en sentencias y resoluciones judiciales que han de ser cumplidas por los que hayan sido partes en el proceso, esto es, Administraciones que resultan vinculadas con lo decidido.

La «*cosa juzgada*» y la «*litispendencia*» son instituciones cuyos rasgos definitorios legal y jurisprudencialmente establecidos se aplican en ámbito judicial. Como trasunto de la eficacia de las sentencias firmes en los procedimientos administrativos que nos someten a consulta, se analizan ambas figuras al ser aducidas por la Administración o los interesados.

Palabras clave: Cosa juzgada – Litispendencia – Revisión de oficio – Responsabilidad patrimonial – Dictámenes.

ABSTRACT

The consultative bodies of the Autonomous Communities are independent of the Public Administrations to which they dedicate their function; this separateness being highlighted by the Constitutional Court, which asserts the correctness of its decisions and provides the Administration with the necessary elements of judgment for its decision-making bodies to be able to decide on certain matters.

The control entrusted to the Courts of the submission of the Public Administrations to the Law is materialised in judgements and judicial resolutions that have to be complied with by those who have been parties in the process, that is to say, Administrations that are linked to what has been decided.

“Res judicata" and "lis pendens" are institutions whose legally and jurisprudentially defining features are applied in the judicial sphere. As a reflection of the effectiveness of final judgments in the administrative procedures submitted to us for consultation, both figures are analysed when invoked by the Administration or the interested parties.

Keywords: Organizational Autonomy – Autonomous Communities – Judicial resolutions – Lis pendens – Decision – Patrimonial Liability.

SUPUESTOS EN LOS QUE LA NULIDAD DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO PUEDE PROVOCAR LA EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL[1]

Felipe Iglesias González
Profesor titular Derecho administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.
II. LA REGULACIÓN SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR ALTERACIÓN DEL PLANEAMIENTO Y SUS EFECTOS SOBRE LA NULIDAD DE PLANEAMIENTO.
III. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ALTERACIÓN Y NULIDAD DEL PLANEAMIENTO.
IV. INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO.
a) Valoración de los aprovechamientos antes de iniciarse la ejecución.
1. Cumplimiento de los requisitos para el inicio de una actuación de urbanización.
2. Existencia de un impedimento del ejercicio de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización.
3. El impedimento del ejercicio de la facultad de participación debe producirse con anterioridad al inicio de la actuación y del vencimiento de los plazos previstos.
4. El impedimento del ejercicio de la facultad de participación no puede traer causa del incumplimiento de deberes.
5. Valoración de la indemnización y la distinción entre expectativas y derechos urbanísticos.
b) Valoración de los aprovechamientos con posterioridad al inicio de la ejecución.

---

1 Alguna de las ideas que se reflejan en esta ponencia ya vieron la luz en Iglesias González, F.: Responsabilidad patrimonial por nulidad del planeamiento, en "Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico", Soria Martínez y Bassols Coma (coords.), Aranzadi, 2017, págs. 347 y ss.

V. LÍMITES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.
a) Distinción entre los propietarios anteriores al planeamiento anulado y los adquirentes posteriores.
b) Existencia de dolo, culpa o negligencia graves en el promotor.
VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN.

La responsabilidad patrimonial por cambios en el planeamiento (y la nulidad conlleva la máxima expresión de la alteración del planeamiento) ha tenido siempre una regulación polémica, necesitada de interpretación jurisprudencial, en constante y difícil equilibrio entre la aprobación del planeamiento por la Administración pública con competencias urbanísticas y la relevante participación de los particulares en su formulación.

La jurisprudencia ha sido extremadamente restrictiva a la hora de reconocer indemnizaciones por alteración o nulidad del planeamiento urbanístico, aduciendo fundamentalmente que la patrimonialización de los derechos de naturaleza urbanística únicamente se produce una vez cumplidos los deberes urbanísticos, supuesto en el que existirá una lesión o daño digno de indemnización. Baste al efecto, la referencia a la STS de 22 de enero de 2016 (rec. núm. 3632/2013), que afirma:

> «*Debemos partir, por tanto, del contenido del derecho de propiedad del suelo que comprende, ex artículo 8.1 del TR de la Ley de Suelo de 2008, las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien. De modo que la mera clasificación del suelo como urbanizable no supone la automática patrimonialización de los aprovechamientos que la ordenación urbanística añade a tal contenido. Es necesario, a tenor de nuestra propia jurisprudencia, que se hayan patrimonializado, lo que no ha concurrido en este caso, esos aprovechamientos urbanísticos.*
>
> *Esta patrimonialización se conforma a través del correspondiente instrumento de planeamiento de desarrollo que permita llevarlo a cabo, pues únicamente procede indemnizar por el aprovechamiento ya materializado, es decir, cuando el plan ha llegado a la fase final de su realización y se ha participado en el proceso urbanizador a través del cumplimiento de los correspondientes deberes y cargas urbanísticas, previstas en el artículo 9 del TR de la Ley de Suelo de 2008*».

En idéntica línea la STSJ de la Comunidad de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (rec. núm. 172/2015) concluye:

> «*En definitiva, es requisito* sine qua non*, la patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos generados para las mercantiles recurrentes, con las determinaciones de los instrumentos urbanísticos que han sido anulados, de modo que las inversiones verificadas en cumplimiento de los deberes urbanísticos asumidos, tan solo podrán ser resarcidas, en caso de que se haya culminado el proceso urbanizador*».

Sin embargo y frente a esta jurisprudencia que sorprendentemente aplica la nueva normativa estatal de 2007, resulta evidente que el planeamiento urbanístico establece algo más que meras expectativas, sobre todo si se tiene en cuenta el (reiterado) carácter declarativo y reglado que se atribuye a las licencias urbanísticas, de donde se colige que los derechos urbanísticos dimanan del planeamiento. Afortunadamente, alguna reciente línea jurisprudencial del Tribunal Supremo disocia patrimonialización de la existencia de daños por la variación anticipada del planeamiento, basando su argumentación, precisamente, en la existencia de un nuevo régimen de valoraciones establecido a partir de la legislación estatal de suelo de 2007.

En este trabajo, analizamos en primer lugar la regulación actual del régimen indemnizatorio por alteración o nulidad del planeamiento, estudiando a continuación su evolución normativa y jurisprudencial, para analizar después el régimen de valoración aplicable y terminamos con la exposición de algunas particularidades derivadas del régimen ordinario de la responsabilidad patrimonial.

II. LA REGULACIÓN SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR ALTERACIÓN DEL PLANEAMIENTO Y SUS EFECTOS SOBRE LA NULIDAD DE PLANEAMIENTO.

El artículo 48 del TRLS/15 establece una relación de «*supuestos indemnizatorios*» que «*dan lugar en todo caso a derecho de indemnización*». Esta previsión es claramente una excepción a la regla general recogida en el artículo 4.1 TRLS/15 que prevé que «*la ordenación territorial y la urbanística*» determinan «*las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste*» y que «*esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes*». También es una especialidad con respecto a reglas generales de la responsabilidad patrimonial recogidas en la legislación administrativa (artículos 32 y 34 LRJSP; con anterioridad artículo 139 y siguientes LRJ-PAC), hasta el punto que Díaz Lema[2] ha puesto en duda la utilidad de esta relación de supuestos indemnizatorios y ha sugerido si no debería aplicarse directamente la normativa de procedimiento administrativo; en nuestra opinión, la normativa especial (en este caso, la urbanística) no debería exigir mayores

2 Díaz Lema, J.M.: Nuevo Derecho del suelo, *Comentarios a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo*, Marcial Pons, 2008, pág. 286.

requisitos de los que se derivasen de las reglas ordinarias de responsabilidad patrimonial; de hecho, alguna STS enfatiza la existencia de responsabilidad patrimonial por alteración del planeamiento por aplicación de las reglas generales de la responsabilidad patrimonial y no por las específicas urbanísticas[3]. En cualquier caso, y en los términos explicitados por Suay Rincón[4], en el ámbito urbanístico caben más supuestos de responsabilidad patrimonial que los recogidos en el artículo 48 TRLS/15 por la aplicación de la cláusula general de responsabilidad.

Dentro de los supuestos que generan indemnización con base en el art. 48 TRLS/15, son dos los que pueden tener alguna relación con la indemnización derivada de la nulidad del planeamiento:

Letra a): Las lesiones en los bienes y derechos que resulten de «*la alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, transcurridos éstos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración*».

Letra c): Las lesiones en los bienes y derechos que resulten de «*la modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística*».

En ninguna de las dos letras (a y c) del artículo 48 TRLS/15 se contiene el supuesto de hecho que analizamos: efectos de la nulidad judicial del planeamiento urbanístico. El supuesto del artículo 48.c) TRLS/15 se refiere exclusivamente a los «*títulos administrativos habilitantes de obras y actividades*» que hace referencia claramente a las licencias urbanísticas u otros títulos habilitantes (declaraciones

---

3 Así, la STS de 11 de diciembre de 2002 (RJ/2002/183; rec. núm. 3519/1999) afirma, en su fundamento jurídico quinto: «*El primer motivo de la Generalidad Valenciana y el segundo del Ayuntamiento de Cullera se basan en la infracción del artículo 237.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, por haber declarado la Sala el derecho a la indemnización sin que los actores hubieran cumplido el requisito de la patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos. Este motivo debe ser rechazado. Y para comprender el rechazo, conviene transcribir los hechos que la Sala de instancia declara probados: "(...) A la vista de estos hechos, la Sala admite que los actores no tenían patrimonializado el aprovechamiento, pero afirma que ello es a causa de 'la actitud pasiva del Ayuntamiento en la aprobación del Proyecto de Reparcelación', lo cual, dice, es «un supuesto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas regulado en los artículos 139 y ss. de la LRJ-PAC, de 26 de noviembre de 1992". Este dato es importantísimo, porque demuestra que la Sala de instancia no ha aplicado para otorgar la indemnización el artículo 237.1 del TRLS/1992, sino la normativa general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. En consecuencia, no puede darse lugar a un motivo que se funda en la infracción de un precepto no aplicado por el Tribunal de instancia*».

4 Suay Rincón, J.: Responsabilidad patrimonial de la Administración y urbanismo: Determinación de los supuestos indemnizatorios y régimen jurídico aplicable (Un intento de (re)interpretación de la normativa urbanística a la luz de la normativa general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración), RDU, núm. 232 (2007), pág. 52.

responsables, comunicaciones previas u otros que pudiera contemplar la normativa autonómica), porque, es claro, el planeamiento urbanístico no habilita "directamente" la ejecución de obras, aunque, obviamente, constituye el parámetro que ha de tenerse en cuenta para el otorgamiento de las licencias, habida cuenta su carácter reglado (consolidado normativa y jurisprudencialmente).

Pero tampoco se encuentra referencia alguna a la nulidad del planeamiento en la letra a) del artículo 48 TRLS/15, que se refiere únicamente al «*cambio de la ordenación territorial o urbanística*». Como vamos a analizar con detalle en el siguiente apartado no es la primera ocasión en la que el legislador regula esta modalidad indemnizatoria y ha sido la jurisprudencia la que ha venido equiparando el régimen de indemnizaciones por alteraciones de planeamiento a los supuestos de nulidad judicial del propio planeamiento, con algún apoyo doctrinal también[5]. El mejor ejemplo de esta equiparación lo encontramos en la STS de 17 de octubre de 1988 (RJ\1988\7760) que afirma:

> «*Este es justamente el tema que ahora ha de plantearse: la aprobación de un Plan parcial nulo de pleno derecho en un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos –arts. 106,2 de la Constitución, 121,1 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40,1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado–.*
>
> *Pero el problema fundamental en el supuesto litigioso se refiere a la existencia de una lesión indemnizable. El carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística sin que por tanto la alteración de ésta deba dar lugar a la indemnización. Esta regla general encuentra excepción en los supuestos de modificación anticipada del planeamiento –art. 87,2 del Texto Refundido– y naturalmente también en los casos de anulación del plan que da lugar a una alteración de la ordenación, en este caso fruto de un funcionamiento anormal de la Administración.*
>
> *En ambos casos el problema es el de determinar en qué medida y supuestos la eliminación de una ordenación –en el art. 87,2 por modificación anticipada, aquí por anulación– genera una lesión indemnizable. Dada la analogía entre las situaciones que se contemplan –modificación y anulación del planeamiento– cabe aplicar la doctrina sentada por esta Sala en la Sentencia de 12 de mayo de 1987 (RJ 1987\5255)*».

5 *Vid*., por ejemplo, Fernández Torres, J.R.: Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16 (2008), pág. 189 y De La Cruz Mera, A.: Expropiación y responsabilidad patrimonial, en Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley de suelo Estatal, Aranzadi, 2009, pág. 957.

De esta forma, se identifica el régimen jurídico de las indemnizaciones derivadas de la disminución de aprovechamiento por alteración de planeamiento con las provocadas por la nulidad de los planes que, en el fondo, comporta la desaparición total del aprovechamiento recogido en los planes por una causa (en principio) ajena a la actuación de los promotores de un desarrollo urbanístico (sean o no propietarios), normalmente derivada de la mala praxis administrativa, pudiendo aplicarse el principio de confianza legítima[6] al haber confiado el promotor en los trámites administrativos aprobados por la Administración pública con competencia urbanística. En contra de este criterio, se manifiesta abiertamente De Cominges Cáceres[7].

Se ha debatido acerca del título jurídico que ampara esta enumeración de derechos indemnizatorios, si se trata de auténticos supuestos de responsabilidad patrimonial o son, más bien, modalidades expropiatorias. Nos parece que no se puede dar una respuesta unívoca, porque, incluso, se podría afirmar que también se puede identificar algún supuesto de revocación, que tipológicamente es diferenciable tanto de la responsabilidad patrimonial como de la expropiación, por mucho que la jurisprudencia haya enfatizado el matiz expropiatorio que subyace en las revocaciones. En el supuesto que analizamos, la indemnización derivada por nulidad de planeamiento urbanístico, nos parece claro que no cabe otra alternativa que identificarlo con un supuesto de responsabilidad patrimonial, puesto que el daño provocado por la nulidad es colateral, circunstancia no tan clara si se trata de una modificación de planeamiento que tiene como objetivo primario la propia disminución del aprovechamiento, supuesto en que nos encontraríamos en derredor de un supuesto expropiatorio[8], como, por cierto, asumía la propia exposición de

---

6 Se puede destacar como bibliografía esencial sobre el principio de confianza legítima: Castillo Blanco, F.: *La protección de confianza en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, 1998; García Luengo, J.: *El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo*, Civitas, 2000; Quesada Lumbreras, J.E.: "Tres décadas de protección jurisdiccional de la confianza legítima: Balance y perspectivas", *REDA*, núm. 146 (2010), págs. 417 y ss.

7 De Cominges Cáceres, F.: Los efectos de la anulación judicial de un plan general. La necesaria modulación de la equiparación de planes urbanísticos y disposiciones reglamentarias. Propuestas de mejora del sistema, *RDU*, núm. 314 (2017), págs. 45 y ss.

8 Nieto (voz "Indemnización", NEJS, Tomo XII, año 1965, pág. 211) propone dos grandes argumentos para justificar la distinción entre los conceptos de expropiación y responsabilidad patrimonial: i) La expropiación es un negocio jurídico dirigido al despojo patrimonial; la lesión en el patrimonio que produce la expropiación es querida por la Administración. La responsabilidad no es consecuencia de un negocio jurídico, sino de un hecho jurídico, que de ordinario no es querido por la Administración ni directa ni indirectamente (por ejemplo, accidente causado por un vehículo administrativo); ii) En la expropiación, el deber de reparación surge anteriormente a que se realice la expropiación: se trata de una simple carga preventiva de indemnización, que condiciona la posibilidad de despojo. En la responsabilidad, en cambio, la indemnización es posterior al daño, y actúa no como una carga, sino como una consecuencia.

Resume estas diferencias García de Enterría (Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación forzosa, ADC, 1955, pág. 1124) afirmando que «*la regulación de la expropiación es (...) la regulación de un procedimiento positivo, la de la responsabilidad, la de unas consecuencias derivadas de la emergencia de un hecho jurídico dañoso, que se presenta ya como dado e irreversible*».

motivos de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana[9].

III. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ALTERACIÓN Y NULIDAD DEL PLANEAMIENTO.

Para entender correctamente el régimen jurídico vigente de la responsabilidad patrimonial derivada de la nulidad del planeamiento urbanístico resulta imprescindible analizar previamente los antecedentes normativos de esta responsabilidad.

La primera norma que establece los parámetros básicos de la indemnización por alteraciones del planeamiento se encuentra en la propia Ley del suelo de 1956, cuyo artículo 70, después de haber establecido en el artículo anterior que «*la facultad de edificar se ejercerá en proporción de un metro cúbico, como máximo, por cada cinco metros cuadrados de superficie*», prevé que:

> «*1. La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir la indemnización, por implicar meras limitaciones deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística.*
>
> *2. Las ordenaciones que redujeren el volumen mínimo edificable determinado por la limitación segunda del artículo anterior, conferirán derecho a indemnización mediante expropiación o imposición de servidumbre*.»

Ya, por lo tanto, desde la misma Ley iniciática del modelo urbanístico español, que todavía persiste en sus parámetros básicos, se prevé un derecho indemnizatorio por reducción por la ordenación del volumen mínimo edificable.

Pero el gran hito en el régimen de indemnizaciones por alteraciones del planeamiento se encuentra en el artículo 70.2 de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (que pasará a ser el artículo 87.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 abril) que establecía:

> *2. La modificación o revisión de la ordenación de los terrenos y construcciones establecidas por los Planes Parciales, por los Planes Especiales y por los Programas de Actuación Urbanística sólo podrá dar*

9 En el apartado V de la exposición de motivos se afirma que «*ese plazo de caducidad tiene un efecto de garantía múltiple, para la seguridad del tráfico jurídico este plazo garantiza que, antes de su transcurso, cualquier reducción del aprovechamiento implica expropiación y, por lo tanto, tiene que ser indemnizado por la Administración que adoptó la decisión*».

lugar a indemnización si se produce antes de transcurrir los plazos previstos para la ejecución de los respectivos Planes o Programas, o transcurridos aquéllos si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración.

La redacción del precepto es bastante clara: únicamente procede indemnización por modificación o revisión del planeamiento cuando se produzca con anterioridad a los plazos previstos para su ejecución o cuando la inejecución se debiese a causas imputables a la Administración. No exige la normativa ningún elemento adicional. El preámbulo de la propia Ley 19/1975 (apartado V) justificaba la necesidad de esta norma afirmando:

«*La regulación del uso de unos terrenos a nivel de Plan Parcial consolidada de forma concreta la expectativa de urbanización. Sin embargo, esta expectativa tampoco es definitiva, si no va inmediatamente seguida de la ejecución de la urbanización y del cumplimiento por el propietario de sus obligaciones y cargas. Por el contrario, queda condicionada a unos plazos de caducidad que permiten, frente a su titular, reintegrar los terrenos automáticamente a su primitiva situación de rústicos en el caso de que la ejecución inmediata del Plan se viese frustrada. Ese plazo de caducidad tiene un efecto de garantía múltiple, para la seguridad del tráfico jurídico este plazo garantiza que, antes de su transcurso, cualquier reducción del aprovechamiento implica expropiación y, por lo tanto, tiene que ser indemnizado por la Administración que adoptó la decisión. Para el interés público, asegurando de una parte que, transcurrido dicho plazo, se podrán reconsiderar las circunstancias y adoptarse una nueva decisión sin ninguna cortapisa, y de otra, reduciendo considerablemente el riesgo y la trascendencia de las calificaciones que no vayan seguidas de inversiones efectivas e inmediatas, y estimulando de un modo indirecto, que se espera eficaz, la necesaria oferta del suelo*» (subrayado nuestro).

Pero la jurisprudencia, probablemente tomando como referencia la monografía de Parejo Alfonso[10] al respecto[11], vinculó la indemnización por la existencia de una reducción de aprovechamiento con el previo cumplimiento de deberes urbanísticos, de forma que no existiría derecho a indemnización sin el cumplimiento de los deberes urbanísticos, modulando que el cumplimiento de estos

---

10 Parejo Alfonso (Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración, IEAL, 1982, págs. 61 y 62) afirma que «*la facultad o el derecho a urbanizar queda sujeto a la condición resolutoria de la ejecución efectiva de las obras de urbanización (y de los deberes propios del régimen de la clase de suelo correspondiente) de conformidad con las determinaciones sustantivas y temporales (plazos) del pertinente planeamiento. (…) De lo dicho se infiere que, en cualquier caso, el cumplimiento de los deberes y cargas definidos por la ordenación urbanística es condición misma de la válida patrimonialización por los titulares del suelo de los aprovechamientos asimismo configurados por dicha ordenación, a través de la consolidación de la mera expectativa legal en orden a su apropiación*» (cursiva original).

11 *Vid*., en idénticos términos, Baño León, J.M.: *Derecho urbanístico común*, Iustel, 2009, pág. 433.

deberes no debería ser completo, sino que bastaba con que el planeamiento se encontrase en la "fase final" de la ejecución.

La primera sentencia que acoge esta doctrina jurisprudencial, después múltiplemente citada y reiterada, es la STS de 12 de mayo de 1987 (RJ 1987\5255; rec. núm. 579/1983), cuyo ponente es Delgado Barrio, como se intuye a la primera a la vista de su claridad expositiva:

> «*El punto de partida es el del contenido del dominio en el suelo no urbanizable –aprovechamiento exclusivamente agrícola, ganadero o forestal–. Dado que en tales supuestos no se establece indemnización alguna –art. 87.1 del Texto Refundido– es claro que la Ley de nada ha privado al propietario. Y al propio tiempo, como tampoco añade nada al contenido natural de la propiedad, no se le imponen deberes especiales.*
>
> *En cambio en el suelo urbano y en el urbanizable se incorporan al derecho de propiedad contenidos urbanísticos artificiales que no están en la naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística. No sería justa esta adición de contenidos si se produjera pura y simplemente y por ello, como contrapartida, en tales supuestos se imponen importantes deberes –arts. 83.3 y 84.3 del Texto Refundido– cuyo cumplimiento exige un cierto lapso temporal dada la complejidad de su ejecución. Pues bien, sólo cuando tales deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario ha "ganado" los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial.*
>
> *No basta, así, el Plan de detalle para atribuir un derecho derivado del destino urbanístico del suelo previsto en aquél. Tal derecho solo se adquiere, sólo se patrimonializa cuando el propietario, cumpliendo sus deberes, ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio. Es evidente la conexión causal existente entre deberes, por un lado, y aprovechamientos urbanísticos, por otro. Sólo el cumplimiento de aquéllos confiere derecho a éstos.*
>
> *Por ello, sólo cuando el plan ha llegado a "la fase final de realización" –sentencias de 29 de septiembre de 1980, 14 de junio de 1983, 10 de abril de 1985– se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación y sólo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implicaría lesión de un derecho ya adquirido, procediendo así la indemnización prevista en el art. 87.2 cuyo contenido habría de fijarse en perfecta congruencia con los contenidos de los derechos de los que se ha visto privado el propietario*».

Un ejemplo reciente de la continuidad de esta jurisprudencia, con los matices que luego haremos, se encuentra en la STS de 3 de febrero de 2016 (RJ 2016\653; rec. núm. 2301/2013) en la que se afirma:

«*Pero es más, en esta clase de suelos tampoco puede hablarse de "derechos urbanísticos consolidados". Esta expresión acuñada jurisprudencialmente y recogida en sucesivos textos legales desde la Ley estatal del suelo de 1976, hasta los artículos 23 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, posteriormente sustituidos por los artículos 12 y siguientes de la Ley 6/1998, es útil para determinar los supuestos en los que el cambio de clasificación del suelo daba lugar a una indemnización por entender que se había patrimonializado el derecho a urbanizar.*

Tal patrimonialización del derecho se produce en consideración a la participación del propietario en el proceso urbanizador y como contrapartida a los importantes deberes que se le imponen; sólo cuando dichos deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario ha incorporado a su patrimonio los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial, pues sólo entonces ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio; por ello, sólo cuando el plan ha llegado a "la fase final de realización" o cuando la ejecución no ha sido posible por causa imputable a la Administración se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación y sólo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implicaría lesión de un derecho ya adquirido.

Ahora bien, en suelo urbanizable el cumplimiento de los deberes impuestos a los propietarios se va realizando paulatinamente y cuando tales deberes han sido íntegramente cumplidos, incluida obviamente la ejecución e las obras de urbanización propiamente dicha, tal clase de suelo como antes hemos visto es suelo urbano, deja de ser urbanizable para convertirse en urbano o en la expresión ahora utilizada por el TR 2/2008 "suelo urbanizado"».

Es cierto que, en el propio preámbulo de la Ley 19/1975 se enfatizaba que la «*expectativa de urbanización*» que se concreta en el Plan Parcial no es "definitiva", que debe venir «*inmediatamente seguida de la ejecución de la urbanización y del cumplimiento por el propietario de sus obligaciones y cargas*» y que «*queda condicionada a unos plazos de caducidad*», pero en absoluto se vinculaba la existencia de derechos indemnizatorios a que se hayan ejecutado obras de urbanización, más bien al contrario puesto que el "plazo de caducidad" desvinculado del inicio de las obras de urbanización y del cumplimiento de deberes urbanísticos era el que garantizaba que cualquier «*reducción de aprovechamiento*» producido «*antes de su transcurso*» implicaba una «*expropiación y, por lo tanto, tiene que ser indemnizado por la Administración que adoptó la decisión*».

Como brillantemente enfatiza Baño León[12], la exigencia jurisprudencial relativa al cumplimiento de los deberes urbanísticos para que exista derecho indemnizatorio por alteración sobrevenida de la edificabilidad es circular puesto que «*si se adelanta la revisión del planeamiento o se modifica imprevistamente un plan, antes de los plazos previstos para su ejecución, lo lógico es que nunca el propietario haya podido incorporar a su patrimonio los aprovechamientos, cuya reducción el art. 87.2 TRLS garantiza al propietario*».

Es relevante el análisis del derecho indemnizatorio del artículo 87.2 del TRLS/76 y de su interpretación jurisprudencial porque, hasta reciente fecha, ha lastrado y, en alguna medida, continúa lastrando el análisis del derecho indemnizatorio por reducción (o anulación) del aprovechamiento previsto en el planeamiento, habida cuenta que la jurisprudencia continúa reiterando esta doctrina jurisprudencial (a salvo de las excepciones que de inmediato analizaremos) con independencia de los cambios normativos producidos.

En efecto, esta línea jurisprudencial elaborada al amparo de la legislación urbanística de 1976 ha sobrevivido a la normativa urbanística de 1990, 1992, 1998 y, únicamente, parece tener fecha de finalización a raíz de los nuevos criterios recogidos en la legislación estatal de 2007, ahora recogida en el TRLS/15.

La LS/90 pretendía normativizar el criterio jurisprudencial que acabamos de reseñar estableciendo, en su artículo 86.1 que:

> «*La modificación o revisión de los Planes sólo conferirá derechos indemnizatorios si los aprovechamientos susceptibles de adquisición derivados del nuevo planeamiento fueran inferiores a los resultantes del anterior, siempre que éstos hubieran sido ya patrimonializados y no pudieran materializarse*».

Es claro, con base en el propio tenor literal del precepto, que únicamente cabe indemnización cuando los aprovechamientos hubieran sido "ya patrimonializados" lo que implicaba, como poco, haber finalizado totalmente los deberes de cesión, equidistribución y urbanización e incluso podría defenderse que la verdadera patrimonialización del aprovechamiento se conseguía con la construcción del edificio correspondiente[13]. Por cierto, como correctamente pone de manifiesto Baño León[14], esta exigencia de la patrimonialización del aprovechamiento para que se activara el derecho indemnizatorio por su reducción llevada a cabo por un cambio de planeamiento contrastaba abiertamente con la previsión recogida en el artículo 69.1 LS/90 que establecía a efectos expropiatorios que «*el derecho a urbanizar agrega al valor inicial del terreno el*

---

12 Baño León, J.M.: *Derecho urbanístico común*…, *cit*., págs. 433 y 434.
13 *Vid*., al respecto, Merelo Abela, J.M.: *La reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo*, Banco de Crédito Local, 1990, pág. 34.
14 Baño León, J.M.: *Derecho urbanístico común*, *cit*., pág. 439.

50 por 100 del coste estimado de su urbanización», de forma que, de producirse una expropiación de suelo urbanizable, el propietario recibía el 50 % del coste estimado de la urbanización aunque no hubiera comenzado la urbanización (simplemente porque el planeamiento permitía urbanizar estos terrenos), mientras que este valor (que se sumaba al valor expropiatorio de los terrenos) desaparece si se produce una reducción (o desaparición) del aprovechamiento por modificación del planeamiento[15].

La LS/98 intenta cambiar el rumbo del sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas y, en lo que respecta al derecho indemnizatorio por reducción /desaparición de aprovechamientos urbanísticos, pretende recuperar la fórmula de la LS/76, recogiendo literalmente el enunciado del artículo 87.2 de la LS/76, con ligeras adaptaciones normativas y sintácticas, aunque era evidente también que el legislador pretendía evitar la interpretación jurisprudencial que hemos analizado como se desprende abiertamente de las afirmaciones de Perales Madueño[16], que tuvo un relevante papel en la elaboración de la LS/98, aunque es evidente que no lo consiguió, habida cuenta que la jurisprudencia se mantuvo igual. De esta forma, el artículo 41.1 de la LS/98 contemplaba que:

> «*La modificación o revisión del planeamiento sólo 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 hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración*».

El siguiente hito legislativo se produce con la aprobación de la LS/07 cuyo artículo 30, en su letra a) establecía que:

> «*Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos:*
>
> *a) La alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o,*

---

15 *Vid.* también al efecto Gallego Anabitarte, A.: Expropiaciones y supuestos indemnizatorios en el Texto Refundido de 1992, Catastro, núm. 17 (1993), pág. 14.

16 Perales Madueño (La tercera reforma del régimen del suelo y de las valoraciones, Documentación Administrativa, nº 252-253 –1999– pág. 101) afirma que la nueva regulación «*protege los derechos durante los plazos establecidos para la ejecución del planeamiento, por lo que el grado de cumplimiento de las obligaciones, mientras ello sea posible por no impedirlo la Administración, será también condición para el reconocimiento efectiva del derecho a la Administración, de acuerdo con la conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, de la que tan sólo difiere la nueva formulación legal en cuanto incluye la indemnización por reducción de aprovechamiento*».

transcurridos éstos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración (...)».

El tenor literal de este precepto (que pasará a ser el apartado a del artículo 35 del TRLS/08 y después el mismo del vigente artículo 48 TRLS/15) no difiere en lo básico del tenor literal del primigenio artículo 70.2 LS/75 (o más citado artículo 87.2 TRLS/76), pero, por fin, ha provocado una ruptura de la línea jurisprudencia que establecía que la indemnización por reducción/eliminación del aprovechamiento únicamente se producía cuando se hubiese llegado a la "fase final" del proceso de ejecución del planeamiento. Por fin, los tribunales caen en la cuenta de que el tenor literal del precepto no exige este requisito. Un primer paso de este proceso, se puede encontrar en la STS de 13 de noviembre 2015 (rec. núm. 1075/2014) en, enfatizando el nuevo régimen de valoración del suelo que acoge la nueva normativa estatal, afirma:

«*Hemos de reiterar nuevamente que, como dice la Sentencia de instancia, bajo la vigencia del RD Legislativo 2/2008, la valoración se realiza teniendo en cuenta la situación del suelo, que como hemos dicho es la de rural, y no su clasificación urbanística. A lo que debemos añadir que judicialmente quedó confirmada la adecuación a derecho de la actuación expropiatoria en su día seguida, y que no ha sido impugnada en forma, la consideración fáctica de que el suelo expropiado se halla en situación de suelo rural, y como tal, ha de ser justipreciado.*

Partiendo de esa situación, tampoco cabe acudir a la indemnización prevista en el citado art. 25TRLS, al no concurrir los presupuestos necesarios para la procedencia de dicha indemnización. A ella nos hemos referido en nuestra Sentencia de 22 de junio de 2015 (RJ 2015, 3203) (casación 3488/2013) en la que tal y como venimos reiterando, señalamos que el nuevo régimen de valoración del suelo contenido en la Ley 8/2007 y en el Real Decreto Legislativo 2/2008 prescinde de la clasificación urbanística para atender exclusivamente a su situación, esto es, a la situación fáctica o real del terreno en el momento de su valoración, distinguiendo dos situaciones posibles: suelo rural o suelo urbanizado.

*Esta drástica distinción a efectos valorativos, en la que se toma en consideración "lo que hay" y no lo que en ejecución de los Instrumentos urbanísticos puede ejecutarse en el futuro, prescinde de los procesos de transformación urbanística, partiendo de que "*el ius edificandi*" no forma parte integrante del contenido inicial del derecho, sino que se va adquiriendo en función del cumplimiento de los deberes urbanísticos. Así, el art. 7 del Real Decreto Legislativo 2/2008 dispone que "la previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo" añadiéndose "la patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al*

*cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen correspondiente, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística". Tal y como afirma la STC 141/2014 de 11 de septiembre (RTC 2014, 141) (F. noveno B) "*el ius edificandi *sólo se integra en la valoración del suelo cuando está ya patrimonializado, esto es, en el suelo urbanizado, mientras que, en el suelo rural, la indemnización de la simple expectativa urbanística se condiciona a la concurrencia de determinadas circunstancias establecidas en la Ley".*

Para paliar este drástico salto valorativo, el Real Decreto Legislativo 2/2008 establece, en sus artículos 25 y 26 , unas "indemnizaciones" complementarias que tratan de compensar al propietario del suelo que se ve privado de participar o culminar el proceso de urbanización que le hubiese permitido que el suelo alcanzase la situación de urbanizado. A ellas se refiere la Exposición de Motivos de dicha norma en los siguientes términos "En todo caso y con independencia del valor del suelo, cuando éste está sometido a una transformación urbanizadora o edificatoria, se indemnizan los gastos e inversiones acometidos junto con una prima razonable que retribuya el riesgo asumido y se evitan saltos valorativos difícilmente entendibles en el curso del proceso de ordenación y ejecución urbanísticas. En los casos en los que una decisión administrativa impide participar en la ejecución de una actuación de urbanización, o altera las condiciones de ésta, sin que medie incumplimiento por parte de los propietarios, se valora la privación de dicha facultad en sí misma, lo que contribuye a un tratamiento más ponderado de la situación en la que se encuentran aquéllos" para concluir "En definitiva, un régimen que, sin valorar expectativas generadas exclusivamente por la actividad administrativa de ordenación de los usos del suelo, retribuye e incentiva la actividad urbanizadora o edificatoria emprendida en cumplimiento de aquélla y de la función social de la propiedad".

Estas "indemnizaciones" complementarias sobre el valor del suelo rural tienen un diferente contenido, dependiendo del momento en el que se incida o interrumpa el proceso de transformación urbanística.

Así, mientras el artículo 25 indemniza los supuestos en los que se le priva de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización, aun no iniciadas, en el art. 26 se retribuyen los gastos e inversiones realizados y necesarios para iniciar las actuaciones de urbanización y edificación (26.1), o los perjuicios sufridos, una vez iniciadas las actuaciones de urbanización, en proporción al grado de ejecución alcanzado (art. 26.2)».

El siguiente paso jurisprudencial, a pesar de ser anterior a la sentencia que acabamos de referenciar, se encuentra en la STS de 8 de junio de 2015

(RJ\2015\3168; rec. núm. 3540/2013; ponente Requero Ibáñez) que, recogiendo doctrina jurisprudencial anterior del TSJ de las Islas Baleares y la STS de 29 de octubre de 2014 (RJ\2014\6148; rec. núm. 4509/2012), concluye en su F.J. 13º:

> «*(...) en cuanto a la exigencia de la patrimonialización del aprovechamiento para que sea indemnizable, sostiene lo que sigue:*
>
> *1º No cabe exigir que se haya completado la urbanización para entender patrimonializado el aprovechamiento urbanístico. La tesis de la Administración era válida antes de la Ley del Suelo de 2007 (RCL 2007, 1020) pues el derecho de aprovechamiento se adquiría "en bloque", al finalizar la ejecución del plan, con lo que no se indemnizaba en caso de supresión o reducción de aprovechamientos antes de ese momento final.*
>
> *2º Con la Ley del Suelo de 2007 cabe la reparación gradual en función del grado de ejecución. Es así indiferente si se ha producido o no la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico pues cabe indemnizar o por alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización o por alteración de las condiciones de participación de los propietarios en ella.*
>
> *3º Para la Ley del Suelo de 2007 deben haberse cumplido los deberes urbanísticos básicos. En ese caso su pérdida o reducción es indemnizable, luego no se necesita apreciar en qué momento se considera que la ejecución del plan "ha llegado a su fase final de realización".*
>
> *4º El artículo 30 no condiciona la indemnización a la patrimonialización de los aprovechamientos y los artículos 24 y 25 de la Ley del Suelo de 2007 parten de la premisa de que se indemniza aunque no se haya completado la urbanización. En definitiva, cabe indemnizar atendiendo al grado de ejecución alcanzado y eso es lo que se reclama, no los gastos de urbanización que han devenido inútiles (artículo 26)*».

Esta sentencia va a marcar, inevitablemente, un cambio de rumbo en el régimen de indemnización por alteración o desaparición del aprovechamiento urbanístico, puesto que es la primera vez que se separa de la necesidad de haber llegado a la "fase final" del proceso urbanístico para que exista indemnización, distingue claramente entre patrimonialización del aprovechamiento y el cumplimiento de deberes urbanísticos y reconoce que cabe la reparación gradual en función del grado de ejecución. Todo un salto cualitativo y cuantitativo.

Esta sentencia enfatiza el cambio jurisprudencial en el supuesto cambio normativo producido a raíz de la aprobación de la LS/07 afirmándose que, con base en la normativa anterior, el derecho de aprovechamiento se adquiría en bloque al finalizar la ejecución del plan, situación que, conforme a esta jurisprudencia, cambia radicalmente con la LS/07. En realidad, la LS/07 sigue afirmando en su

artículo 7.2 (ahora el 11.2 del TRLS/15) que «*la patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso la cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda*», que establece un régimen parecido al recogido en el artículo 2 LS/98 que afirmaba que «*las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes*».

En rigor, lo que ocurre es que la patrimonialización de un derecho es separable del régimen indemnizatorio por la desaparición del mismo derecho, juegan en planos conceptuales diferentes, y la confusión de ambos conceptos ha provocado la línea jurisprudencial que hemos analizado y que tan larga vida ha tenido. En nuestra opinión, con independencia del régimen de patrimonialización, ya desde la LS/75 la indemnización por la reducción desaparición de aprovechamientos debía ser indemnizable automáticamente, siempre y cuando se produjese sin incumplimiento del titular de los derechos[17]. En todo caso, y siguiendo parcialmente la propuesta de Baño León[18], es preciso distinguir entre patrimonialización de la edificabilidad que únicamente se obtiene con su realización efectiva en los términos del artículo 11.2 TRLS/15 y patrimonialización del derecho a urbanizar (en la expresión, tampoco muy afortunada de la LS/90) que proviene directamente del planeamiento que asigna a cada terreno un derecho de aprovechamiento urbanístico, que es algo más que una mera expectativa, es un derecho *ex* planeamiento.

Sea como sea, debe ser bienvenida esta línea jurisprudencial que debe considerarse como un evidente cambio de rumbo, puesto que otras Sentencias del TS, vigente la LS/07 o el TRLS/08, habían continuado exigiendo que el promotor se encontrase en la "fase final" del proceso de gestión urbanística con base en el TRLS/08; un buen ejemplo se encuentra en la STS de 12 de diciembre de 2012 (RJ 2014\6559; rec. núm. 272/2012) que afirma, en su Fundamento Jurídico sexto:

> «*Pero es que, además, la parte recurrente no tiene en cuenta, al formular su reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, que el nacimiento de la responsabilidad patrimonial se produce, por lo que hace al caso, cuando existe una lesión patrimonial. Esta lesión se extiende a sus "bienes y derechos" (artículo 139.1 de la Ley 30/1992), lo que incluye a los aprovechamientos urbanísticos que se hayan patrimonializado, con exclusión, como es natural, de las meras expectativas.*
>
> *Debemos partir, por tanto, del contenido del derecho de propiedad del suelo que comprende, ex artículo 8.1 del TR de la Ley de Suelo de 2008 ,*

17 En similar sentido, García Gómez de Mercado (Responsabilidad patrimonial de la Administración. Comares, 2009, pág. 180) afirma que el derecho a la edificabilidad podrá ser indemnizado gradualmente, aunque su plena patrimonilización únicamente tendrá lugar con su materialización efectiva.
18 Baño León, J.M.: *Derecho urbanístico Común*…, *cit*., pág. 442.

las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien.

De modo que la mera clasificación del suelo como urbanizable no supone la automática patrimonialización de los aprovechamientos que la ordenación urbanística añade a tal contenido. Esta patrimonialización se conforma a través del correspondiente instrumento de planeamiento de desarrollo que permita llevarlo a cabo, pues únicamente procede indemnizar por el aprovechamiento ya materializado, es decir, cuando el plan ha llegado a la fase final de su realización y se ha participado en el proceso urbanizador a través del cumplimiento de los correspondientes deberes y cargas urbanísticas previsto en el artículo 9 del TR de la Ley de Suelo de 2008».

Otro buen ejemplo del mantenimiento de la doctrina jurisprudencial anterior, se encuentra en la STSJ de Galicia de 19 de enero de 2016 (JUR 2016\61992; rec. núm. 7274/2012) que afirma:

«*Ello da paso a la segunda cuestión que se plantea, como es la relativa a la patrimonialización de los derechos urbanísticos por la mercantil recurrente, requisito sin qua no (sic) contemplado, sobre todo, en aquel art. 35 a) del TRLS, para fundar la responsabilidad patrimonial que se pretende. Ha de señalarse a propósito que la recurrente arguye que su reclamación no se basa en la patrimonialización de la edificabilidad, sino en el quebranto económico que le ocasionó la anulación del plan de 2003 por sentencia firme. Esa argumentación sin embargo merece decaer por cuanto que según lo razonado previamente la patrimonialización es un requisito insoslayable junto con la concurrencia de los requisitos generales y propios del Instituto de la responsabilidad.*

Solo, pues, cuando los deberes han sido cumplidos por el interesado puede decirse que tal propietario ha ganado el contenido que se añade a su derecho, la edificabilidad, lo que no sucede en el presente supuesto que se enjuicia, siendo lo cierto en consecuencia que, como señala el art. 142. 4 antes citado, la simple anulación de un acto o disposición administrativa no presupone derecho a indemnización (...). En efecto ya con antelación hemos afirmado que el régimen de la propiedad del suelo es estatutario, lo que implica que según se vayan cumpliendo los deberes legales, se van adquiriendo facultades urbanísticas. La mera clasificación del suelo como urbanizable en este caso en el sector Barrocanes no supone que la demandante haya patrimonializado automáticamente el aprovechamiento urbanístico, concepto a lo que hay que acudir para definir el parámetro de la antijuridicidad y no solo a la mera invocación del año, en términos

genéricos, vista la configuración legal y jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial en materia urbanística.

A la sazón señala el TRLS en su art. 14.4 que las actuaciones urbanísticas se entienden iniciadas en el momento en que, una vez aprobados y eficaces todos los instrumentos de ordenación y EJECUCION que requiere la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para legitimar las obras de urbanización, empiece la ejecución material de estas. La iniciación se presume cuando exista acta administrativa o notarial que dé fe del comienzo de las obras. La caducidad de cualquiera de los instrumentos mencionados restituye, a los efectos de esa ley, el suelo a la situación en que se hallaba al inicio de la actuación.

Añade asimismo que la terminación de las actuaciones de urbanización se producirá cuando concluyan las obras urbanizadoras de conformidad con los instrumentos que las legitimen, habiéndose cumplido los deberes y levantado las cargas correspondientes. La terminación se presumirá a la recepción de las obras por la Administración o, en su defecto, al término del plazo en que debería haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras».

Pero también la mayor parte de la doctrina ha afirmado la existencia de una continuidad en la LS/07 (y, por tanto, también en el TRLS/15) en materia de responsabilidad patrimonial por alteración del planeamiento[19].

Los efectos provocados por la jurisprudencia al exigir para la existencia de derechos indemnizatorios por la reducción de aprovechamientos que el promotor haya llegado a la "fase final de realización" de la gestión urbanística ha sido devastador, puesto que impedía como regla general la existencia de esta indemnización por reducción de aprovechamientos (más allá de la indemnización por obras de urbanización que devinieran inútiles). Un buen ejemplo, se encuentra en la STSJ de Baleares 8 de junio de 2006 (JUR 2006\211527; rec. núm. 1048/2002) confirmada por la STS de 13 de julio de 2011 (RJ 2011\6481; rec. núm. 4704/2006) que niega que una sociedad sea «*acreedora por el concepto de pérdida de aprovechamiento urbanístico cuando no ha patrimonializado este derecho al*

19 *Vid*., por todos, Blasco Esteve (Supuestos indemnizatorios en la Ley de Suelo, Reala, núm. 304 –2007– pág. 19) que afirma tajantemente que «*volviendo a la LS/07, creo que podemos afirmar la continuidad de esa línea doctrinal y jurisprudencial expuesta, que deriva de la LS/76: el derecho al aprovechamiento urbanístico no se adquiere por la mera aprobación del correspondiente plan de detalle, sino que precisa el cumplimiento de los deberes básicos*». También justifica una continuidad con respecto a la regulación precedente Martín Rebollo (Supuestos indemnizatorios, en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Aranzadi, Tomo II, segunda edición, 2009, pág. 1478 y ss.). En cambio, ha enfatizado los cambios que comporta la nueva regulación afirmando que «*no hay duda que el ámbito indemnizatorio se ha visto ampliado*» Lleal Grau, M.: La responsabilidad patrimonial de la Administración pública urbanística, Tesis Doctoral, *mimeo*, 2013, pág. 185.

través del cumplimiento anterior de las cargas legales de urbanizar, ceder y equidistribuir» al acreditarse que no ha urbanizado más allá del 40 por ciento de la obra requerida. Otro ejemplo se puede encontrar en el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid de 21 de enero de 2015 (dictamen núm. 20/15) en el que se rechaza el derecho de indemnización por nulidad del Plan parcial aduciendo que, pesar de que se había ejecutado un 92 % de la obra de urbanización, no se habían ejecutado totalmente ni se habían recepcionado las obras de urbanización.

IV. INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO.

Una vez justificado que la declaración judicial de nulidad de un desarrollo urbanístico es equiparable al supuesto indemnizatorio recogido en el artículo 48.a TRLS/15 relativo a la alteración (administrativa) de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios y descartada la aplicación de la jurisprudencia que defendía que esta modalidad indemnizatoria únicamente procede cuando el desarrollo se encuentra en la "fase final" de su ejecución, resulta automática la aplicación al supuesto que analizamos de los artículos 38 y 39 del TRLS/15, que prevén dos modalidades resarcitorias diferentes:

i) Indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización (artículo 38 TRLS/15) y

ii) Indemnización de la iniciativa y promoción de actuaciones de urbanización (artículo 39TRLS/15)

Se trata de dos conceptos diferenciables y que identifican dos momentos distintos de la evolución urbanística; el artículo 38 se refiere a los efectos sobre el planeamiento con anterioridad al inicio de la ejecución del planeamiento y el artículo 39 a los efectos sobre el planeamiento una vez iniciadas las obras de urbanización[20]. Por ello, distinguiremos ambos supuestos.

a) Valoración de los aprovechamientos antes de iniciarse la ejecución.

El artículo 38 regula la indemnización por la pérdida de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización. Son cuatro los requisitos que exige el propio precepto, en su apartado 1, analizamos a continuación su adaptación a los supuestos de nulidad de planeamiento:

20 En idéntico sentido, se manifiesta Martínez de Pisón Aparicio (Comentario al artículo 26, en Comentarios a la Ley de Suelo. Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, González Pérez, (dir.), Aranzadi, 2015, pág. 982).

1. Cumplimiento de los requisitos para el inicio de una actuación de urbanización.

Literalmente, la letra a) del artículo 38.1 TRLS/15 establece que, para poder valorar la pérdida de la facultad de participar en la ejecución de una actuación de nueva urbanización, es necesario, como primer requisito, que «*los terrenos hayan sido incluidos en la delimitación del ámbito de la actuación y se den los requisitos para iniciarla o para expropiar el suelo correspondiente, de conformidad con la legislación en la materia*». La clave de este primer requisito normativo reside en determinar cuáles son los requisitos exigidos para iniciar, se ha de entender, una actuación de nueva urbanización y, para ello, resultará indispensable acudir a la normativa urbanística autonómica aplicable para determinar cuáles son los requisitos concretos exigidos para el "inicio" de una actuación de urbanización. Pero cabe preguntarse a qué "inicio" de la actuación de nueva urbanización se está refiriendo este precepto, ¿a la ejecución jurídica[21] en la que se integrarían, previa aprobación del planeamiento, la formulación del proyecto de equidistribución de beneficios y cargas y de urbanización, o a la ejecución material, esto es a la pura ejecución de la obra de urbanización, en cuyo caso sería necesaria la previa aprobación de los proyectos de equidistribución y urbanización (además del planeamiento de ordenación pormenorizada? La diferencia es bien notable.

La respuesta a esta pregunta se puede encontrar en el artículo 7.4 TRLS/15 que establece que «*a los solos efectos de lo dispuesto en esta ley, las actuaciones de urbanización se entienden iniciadas en el momento en que, una vez aprobados y eficaces todos los instrumentos de ordenación y ejecución que requiera la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para legitimar las obras de urbanización, empiece la ejecución material de éstas*». Luego parece que el artículo 38.1.a TRLS/15 se está refiriendo, si ambos preceptos (artículos 38.1ª y 11.2 TRLS/15) están coordinados, a la ejecución material de las obras, puesto que comprende todos los títulos necesarios para "legitimar las obras de urbanización", además del planeamiento, por lo que serían necesarios tanto el proyecto de urbanización como el de equidistribución[22]. Un indicio que refuerza esta interpretación se encuentra en el último inciso del artículo 39.2 TRLS/15 que regula la indemnización en actuaciones ya iniciadas y establece que «*la indemnización obtenida por el método establecido en este apartado nunca será inferior a la establecida en el artículo anterior (se refiere al artículo 38 TRLS/15 que estamos analizando) y se distribuirá proporcionalmente entre los adjudicatarios de parcelas resultantes de la actuación*»; la utilización de la expresión "parcelas resultantes" tiene un significado unívoco en derecho urbanístico que lo vincula necesariamente

21 Una buena distinción entre ejecución jurídica y material del planeamiento se puede encontrar en Merelo Abela, J.M.: *Régimen Jurídico del suelo y gestión urbanística*, Ed. Praxis, 1995, págs. 111 y 126.

22 En similar sentido, se manifiestan Baño León (Derecho urbanístico común, cit., pag. 440), Martínez de Pisón Aparicio (Comentario al artículo 25, en Comentarios a la Ley de Suelo. Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, González Pérez, (dir.), Aranzadi, 2015, pág. 972) y Chinchilla Peinado (Comentario al régimen de valoraciones, en "Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, Enrique Sánchez Goyanes, (dir.), El Consultor, 2007, pág. 623).

al proyecto de equidistribución, de forma que si el artículo 39 TRLS/15 asume la existencia de un proyecto de equidistribución, resulta coherente que se exija también en la aplicación del artículo 38 TRLS/15, puesto que la única diferencia entre ambos reside en que se hayan iniciado o no la actuación, que en el artículo 39 TRLS/15 se identifica con inicio de las obras de urbanización.

En contra de esta interpretación, se manifiestan Parejo Alfonso y FernÁndez[23] que defienden que este precepto se está refiriendo a «suelos urbanizables activados» que parece identificarse con suelos con planeamiento de ordenación pormenorizada, pero no necesariamente con proyectos de equidistribución y urbanización[24], aunque no puede dejar de notarse que la norma establece que deben darse (todos) "los requisitos exigidos para iniciarla" (no es claro si la ejecución inicial o la material del planeamiento), pero la aplicación del artículo 7.4 TRLS/15 deja escaso margen de duda. Por su parte, García Gómez de Mercado[25] asume que la interpretación conjunta de los arts. 38 y 7.4 TRLS/15 lleva a exigir la aprobación de los proyectos de equidistribución y urbanización, pero la critica abiertamente, en sentido que compartimos, poniendo de manifiesto que resultaría de escasa aplicación puesto que «*atendería únicamente a aquellos supuestos en que el inicio material de la actuación está plenamente autorizado pero no se ha producido todavía*», proponiendo entender que la actuación es susceptible de ser iniciada cuando cuente con la ordenación pormenorizada aprobada.

Resulta habitual que la normativa urbanística autonómica exija como requisitos para la ejecución del planeamiento la existencia de ordenación pormenorizada, la delimitación del ámbito de actuación, la aprobación del proyecto de equidistribución y la aprobación del proyecto de urbanización. Lo normal será que sea un Plan Parcial el que establezca tanto la ordenación pormenorizada como delimite la unidad de actuación, siendo extraño (aunque ocurre ocasionalmente) que se remita la delimitación concreta de unidades de actuación a un momento posterior. También puede ocurrir (aunque tampoco es frecuente) que sea directamente el Plan General el que establezca la ordenación pormenorizada, sin necesidad de remitirse a un posterior Plan Parcial (salvo, claro está, que se trate de ámbitos de suelo urbano no consolidado ordenados directamente por el Plan General).

---

23 Parejo Alfonso, L. y Fernández, G.R.: *Comentarios a la Ley de Suelo*, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 439.

24 Parejo Alfonso y Fernández (ibídem) definen «*suelos urbanizables activados*» como aquellos que «*ya disponen de los parámetros edificatorios y urbanísticos (uso global y compatibles, edificabilidad bruta y desagregara por usos compatibles, ocupación y alturas máximas, etc.) y de las condiciones de desarrollo (sobre todo plazos para el inicio de la ejecución fehacientemente garantizados, conexiones a las redes de infraestructuras y servicios públicos preexistentes, sistemas generales adscritos, etc.), parámetros todos ellos necesarios y previos para poder iniciar la ejecución de la misma sin más dilación que la aplicación del procedimiento-sistema de desarrollo que prevea la ley autonómica (...)*».

25 García Gómez de Mercado, F.: El justiprecio de la expropiación forzosa. *Estudio de su determinación y pago, con especial consideración de las valoraciones urbanísticas*, Ed. Comares, 2007, 7ª ed., pág. 226.

Luego, el requisito mínimo estándar para que exista algún tipo de indemnización será que el afectado se encuentre en predisposición de iniciar la actuación de nueva urbanización, esto es de acometer las obras de urbanización, lo que significa la previa aprobación del instrumento que contenga la ordenación pormenorizada, la aprobación del proyecto de equidistribución y del proyecto de urbanización, además por este orden puesto que es claro que sin planeamiento de ordenación pormenorizada no puede haber ni equidistribucion ni urbanización, y la jurisprudencia ha afirmado que «*antes de poder tramitar y aprobar Proyectos de Urbanización han de tramitarse y aprobarse los Proyectos de Reparcelación, ya que no cabe urbanizar sin reparcelar previamente*[26]», aunque no puede dejar de reconocerse que la leyes urbanísticas autonómicas no suelen establecer esta concatenación y es una evidencia que, en la práctica, la urbanización adelanta temporalmente a la equistribución (puesto que es más sencilla la formulación, tramitación y aprobación de un proyecto de urbanización que uno de equidistribución).

En ocasiones, la legislación urbanística autonómica no es tan clara y, por ejemplo, la legislación urbanística autonómica madrileña (Ley 9/2001, de 17 de julio), que dedica un capítulo a definir los «presupuestos legales» de la ejecución del planeamiento, reseña los relativos a la ordenación pormenorizada (artículo 78), a la definición de la modalidad de gestión urbanística (artículo 79), a los proyectos técnicos de ejecución material (artículo 80), pero olvida a los proyectos de equidistribución, pero como acabamos de ver no es posible urbanizar sin haber equidistribuido previamente. Este esquema jurídico procede, probablemente, de la distinción en la LS/90 entre el derecho a urbanizar (para el que se exigía como requisito la aprobación del planeamiento de ordenación pormenorizada, la delimitación de unidad de ejecución y la elección del sistema de actuación, que eran los requisitos generales del sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas[27]) y el derecho al aprovechamiento urbanístico (que se adquiría mediante el cumplimiento de los deberes de cesión, equistribución y urbanización; art. 15.1 LS/90).

Lo que significa que, a la vista del tenor literal de la legislación vigente, no basta con la existencia de un instrumento de planeamiento que establezca la ordenación pormenorizada para que surja el derecho indemnizatorio que estamos analizando, sino que debe justificarse, además, la aprobación definitiva del resto de herramientas urbanísticas que permiten comenzar a urbanizar un terreno. Mientras tanto no resultará aplicable esta regla especial de valoración, conclusión que es

---

26 *Vid*. STS de 23 de noviembre de 1993 (RJ\1993\8520; rec núm. 1385/1990). En idéntico sentido, se manifiesta Merelo Abela (Régimen jurídico…, *cit*., pág. 126) afirmando que «*concluida la ejecución jurídica del planeamiento o, lo que es lo mismo, realizadas las operaciones de cesión de terrenos dotacionales públicos y lucrativos a la Administración y de equidistribución, y, por tanto, resuelta la incidencia del planeamiento sobre el conjunto de propiedades afectadas, se inicia la ejecución material del mismo*».

27 *Vid*., al respecto, Merelo Abela, J.M.: *La reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo*, Banco de Crédito Local, 1990, pág. 34.

absolutamente criticable porque deja fuera de su ámbito de aplicación a un número relevante de supuestos en los que ya hay un planeamiento urbanístico que establece la ordenación pormenorizada aprobado definitivamente y se están tramitando los proyectos de equidistibución y urbanización. En efecto, esta interpretación literalista de la norma resultará probablemente incompatible en bastantes supuestos de nulidad del planeamiento con las reglas ordinarias de la responsabilidad patrimonial o incluso con el principio de confianza legítima, que se ha convertido en una de las claves de la responsabilidad patrimonial[28], de forma que supuestos en los que las reglas ordinarias de la responsabilidad patrimonial justificarían la existencia de una indemnización (por ejemplo, sin existencia de un Plan Parcial o por la denegación injustificada de un Plan Parcial), quedarían desamparados de aplicarse mecánicamente la normativa que analizamos.

Cabe enfatizar que este sistema de valoración de las facultades urbanísticas y de su pérdida del TRLS/15 es notablemente diferente al que se recogía en la LS/90 y TRLS/92 puesto que el derecho a urbanizar (que se adquiría directamente con la aprobación del instrumento de ordenación pormenorizada; art. 12.3 LS/90) agregaba «*al valor inicial del terreno el 50 por 100 del coste estimado de urbanización*» (artículo 69.1 LS/90); aunque, en la práctica, como hemos visto, la jurisprudencia afirmaba que los derechos de aprovechamiento urbanístico no se consolidan hasta que se cumplen los derechos urbanísticos. En el actual sistema, el primer incremento sobre el valor inicial aparece, en los términos que hemos visto, con la aprobación, no sólo del planeamiento pormenorizado, sino también de los proyectos de reparcelación y de urbanización. En este sentido, y en términos que asumimos, Jiménez de Cisneros Cid[29] afirma que «*la primer Ley del Suelo del siglo XXI a pesar de su aparente novedad y radicalismo conceptual-ideológico no es más que la reformulación (eso sí, 17 años después) de las tesis de la ley 8/1990, pero notables dosis de imprevisión, al menos en lo que a las valoraciones se refiere*».

2. Existencia de un impedimento del ejercicio de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización.

El tenor literal completo recogido en la letra b) del artículo 38.1 TRLS/15 prevé como segundo requisito «*que la disposición, el acto o el hecho que motiva la valoración impida el ejercicio dicha facultad o altere las condiciones de su ejercicio modificando los usos del suelo o reduciendo su edificabilidad*». En el supuesto de la nulidad del planeamiento (en este caso, que establezca la ordenación pormenorizada), es obvio que desaparece de forma radical el derecho a participar en la actuación de nueva urbanización, puesto que falta la cobertura normativa indispensable para el ejercicio del resto de actuaciones de ejecución del planeamiento.

---

28 *Vid*., al respecto, con especial referencia a los criterios resarcitorios en supuestos de nulidad Medina Alcoz, L.: "Confianza legítima y responsabilidad patrimonial", *REDA*, núm. 130, 2006, págs. 275 y ss.
29 Jiménez de Cisneros Cid, F.J.: "Régimen de las valoraciones en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo", en *El nuevo régimen del suelo, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. IX (2007), Gerardo García-Alvarez, (ed.), pág. 210.

Lo que no es tan claro es si la nulidad del planeamiento provocará efectos definitivos o únicamente temporales en el supuesto, por ejemplo, de que se apruebe con posterioridad a la declaración de nulidad un nuevo planeamiento que reponga la facultad de participar en actuaciones urbanísticas en los mismos términos (en condiciones de aprovechamiento, por ejemplo) que se recogían en el planeamiento anulado. La jurisprudencia ha venido considerando que el inicio de actuaciones urbanísticas para la aprobación de un nuevo planeamiento que sustituyera al anulado impedía la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial, al no justificarse la existencia de daño efectivo. Un buen ejemplo de esta jurisprudencia se encuentra en la STS de 4 de junio de 2010 (RJ 2010\5507; rec. núm. 3237/2008) que afirma:

> «*Por ello lo expuesto en el motivo anterior es de perfecta aplicación a éste, en cuanto que al haberse iniciado de nuevo la confección del planeamiento que afecta al suelo sobre el que se ha realizado la urbanización cuyo importe se reclama, hasta tanto no culmine ese proceso o se frustre el mismo, no será posible conocer si el daño y, por tanto, la lesión ahora y aquí reclamada es real y efectivo de modo que hasta ahora no es posible asumir su indemnización, y no en vano la Sentencia de instancia apuntó en su momento que lo que sí pudo reclamar el recurrente era la demora experimentada y el posible perjuicio que de ese hecho pudo derivar para su patrimonio*[30]».

30 Un supuesto similar se encuentra en el Dictamen núm. 236/2012 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias en el que se afirma: «*En cualquier caso, y como informa el Jefe de la Oficina de Gestión Urbanística, la entidad reclamante exige responsabilidad patrimonial "considerando que la anulación del Plan Parcial impide el desarrollo urbanístico del área afectada por el mismo", lo cual no es cierto, pues la anulación del Plan Parcial no constituye obstáculo alguno para la tramitación de un nuevo procedimiento con las modificaciones precisas en los aspectos a los que afectaban las irregularidades apreciadas por la resolución judicial. De hecho, consta que el día 10 de diciembre de 2010 la Junta de Compensación del Parque Empresarial Lugones-Centro –en la que la entidad interesada participa en un 59,46 %– acordó la presentación ante el Ayuntamiento de Siero de un nuevo Plan Parcial acomodado a las exigencias de la sentencia, así como la evaluación estratégica ambiental. Por tanto, si dicha Junta de Compensación no presentó un nuevo Plan Parcial con arreglo al fallo judicial solo a ella se debe el daño derivado de su no aprobación, lo que permite descartar que haya sido causado por el funcionamiento del servicio público y haría innecesario el análisis de este*».

Otro ejemplo se encuentra en el Dictamen 65/2011, de 27 de enero, del Consejo Consultivo de Canarias, que concluye: «*(...) sólo sería exigible la responsabilidad patrimonial de la Administración, en su momento y no en el presente, en relación con gastos e inversiones efectuadas que resulten inútiles en la ejecución y desarrollo del Plan Parcial anulado, a la vista del que sea aprobado; lo que, es claro, sólo podría determinarse, en este caso y dadas las circunstancias, cuando se apruebe definitivamente el Plan General de Ordenación de La Orotava, surgiendo entonces, en su caso. la lesión antijurídica si, a resultas de ello, recoge cambios que afectan a la urbanización ejecutada hasta hacerla inservible y en la medida cuantificable que lo sea. Por tanto, no cabe declarar la responsabilidad de la Administración gestora en este asunto ahora, al faltar el requisito esencial antes mencionado al efecto, sin perjuicio, en su caso, de proceder en su momento según se ha indicado, teniéndose al respecto en cuenta lo reseñado en el Dictamen 865/2010 sobre la participación del Ayuntamiento de La Orotava en esta cuestión. En definitiva, resulta intempestiva por prematura la reclamación presentada, no cabiendo su tramitación a los fines correspondientes y, desde luego, no procediendo decidir sobre el fondo del asunto*».

De forma expresa, la STS de 30 de enero de 2014 (RJ 2014\802; rec. núm. 3045/2011) ha reconocido, en su F.J. 5º, la posibilidad de la Administración de "enderezar el rumbo" a raíz de la declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento (lo que puede entenderse como la tramitación de un nuevo planeamiento) a pesar de que esta nulidad no sea firme o de continuar aplicando la norma declarada nula en primera instancia mientras no sea firme.

3. El impedimento del ejercicio de la facultad de participación debe producirse con anterioridad al inicio de la actuación y del vencimiento de los plazos previstos.

Este requisito permite distinguir claramente los supuestos indemnizatorios recogidos en los artículos 38 y 39 TRLS/15, como hemos anticipado. Aplicando el supuesto de hecho de la letra c) del artículo 38 TRLS/15 al supuesto de la nulidad del planeamiento, se exige, en primer lugar, que la nulidad del planeamiento surta «*efectos antes del inicio de la actuación*». Ya hemos anticipado que por inicio de actuación puede entenderse inicio de las obras de urbanización (artículo 7.4 TRLS/15), por lo que nos queda definir cuándo surte efectos, en el supuesto que analizamos, una declaración de nulidad, lo que podría identificarse con la firmeza de la nulidad, como podría deducirse del cambio interpretativo (absolutamente inusual en nuestros Tribunales) de los efectos que del artículo 72.2 LJCA se recoge en la STS de 30 de enero 2014 (RJ\2014\802; rec. núm. 3045/2011), ya citada, que afirma[31]:

> «*Pese a que en alguna ocasión de alguna de nuestras sentencias habría podido deducirse esta doctrina que el propio recurso se cuida de recordar a partir del tenor del artículo 72.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, hemos de comenzar ahora indicando que en sí misma considerada no procede acoger esta argumentación que por tanto procede rectificar.*
>
> *A la Administración –que indudablemente siempre resulta afectada por la anulación de un reglamento propio (o, en su caso, de un instrumento de planeamiento propio, que es también una disposición de carácter general)– no le es exigible que venga obligada a aplicar de forma inexorable una resolución carente de firmeza en punto a las resoluciones que deba dictar en aplicación de dicho reglamento y le es dable esperar a que la dictada resolución adquiera firmeza a tal efecto.*
>
> *Es cuestión que queda a expensas de su propia valoración. Y del mismo modo que puede, evidentemente, enderezar su rumbo a partir de la anulación decretada en sede judicial, puede también seguir aplicando el reglamento (a menos claro está que proceda dar el curso correspondiente a la ejecución provisional de la sentencia). Caso de confirmarse la*

31 Esta línea jurisprudencial corrige la doctrina recogida, por ejemplo, en la STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009\5144; rec. núm. 157/2005).

sentencia dictada en instancia, entonces sí tiene que forzosamente que enderezar su rumbo inicial; pero, como dicha resolución judicial podría también llegar a revocarse, la Administración podría seguir ajustando sus resoluciones al sentido inicial de sus disposiciones, sin que pueda formularse reproche alguno contra ella por la expresada razón.

Ahora bien, que esto sea efectivamente así y que los efectos resultantes de la anulación de un reglamento no se comuniquen irremisiblemente a los actos dictados en su aplicación sino cuando se produzca la firmeza de la sentencia, no quiere decir que el propio órgano jurisdiccional que ha estimado la procedencia de anular el reglamento pueda sin más simplemente con base en ello apartarse de su propia doctrina y desvincularse de sus anteriores resoluciones, al menos, sin ofrecer una razón, más allá de la falta de firmeza de la sentencia (RJCA 2010, 490) dictada por el mismo órgano, porque en tal caso su actuación resultaría sencillamente inconsistente».

Además, el motivo que justifica el impedimento de la facultad de participar en la actuación de nueva urbanización (en nuestro caso, la firmeza de la declaración de nulidad) ha de producirse antes del «*vencimiento de los plazos establecidos para dicho ejercicio*». Estos plazos se establecerán en el planeamiento correspondiente, aunque es posible que la legislación urbanística autonómica establezca plazos supletorios[32].

Asimismo, la norma establece que, para que se cumpla el supuesto de hecho que analizamos, los efectos pueden producirse después (en el caso que analizamos, de la firmeza de la declaración de nulidad) si «*la ejecución no se hubiera llevado a cabo por causas imputables a la Administración*».

4. El impedimento del ejercicio de la facultad de participación no puede traer causa del incumplimiento de deberes.

Este último requisito se encuentra vinculado al anterior, puesto que la inexistencia de incumplimiento de los deberes urbanísticos traerá causa, ordinariamente, de que el promotor de la urbanización se encuentre dentro de los plazos previstos por el planeamiento (o, en su defecto) por la legislación urbanística.

5. Valoración de la indemnización y la distinción entre expectativas y derechos urbanísticos.

Una vez analizados los requisitos para este concreto supuesto indemnizatorio, cabe determinar la cuantía posible que se recoge en el artículo 38.2 TRLS/15 que prevé:

---

32 Por ejemplo, la legislación urbanística de Castilla y León establece un plazo supletorio para el cumplimiento de los deberes urbanísticos de «*ocho años desde la aprobación definitiva del instrumento*» (artículo 21.a Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León).

«*2. La indemnización por impedir el ejercicio de la facultad de participar en la actuación o alterar sus condiciones será el resultado de aplicar el mismo porcentaje que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para la participación de la comunidad en las plusvalías de conformidad con lo previsto en la letra b) del apartado primero del artículo 18 de esta ley:*

a) A la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, cuando se impida el ejercicio de esta facultad.

b) A la merma provocada en el valor que correspondería al suelo si estuviera terminada la actuación, cuando se alteren las condiciones de ejercicio de la facultad.»

Parece claro que resultaría aplicable a los supuestos de nulidad de planeamiento, la letra a) de este precepto, puesto que la nulidad del planeamiento declarada por los tribunales será del conjunto del planeamiento (por ejemplo, todo un Plan Parcial) o de un ámbito (nulidad parcial de un Plan General referido a un sector), pero difícilmente, a la vista del (discutible) carácter normativo del planeamiento, la nulidad alterará las «*condiciones de ejercicio de la facultad*» de participar en la actuación, sino que afectará a la facultad en sí misma. Pero ha de tenerse en cuenta que esta letra trae causa del art. 25.2.a) del TRLS/08 que ha sido declarado nulo por la STC 218/2015, de 22 de octubre, al considerar que «*no garantiza en todo caso el proporcional equilibrio que debe existir entre la compensación prevista en la ley y el contenido real de la facultad de la que se ve privado el propietario*».

Una vez analizados los cuatro requisitos exigidos para que concurra la previsión indemnizatoria, podemos afirmar que la nulidad de un instrumento de planeamiento que provoque la pérdida de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización, en el supuesto de que no se haya comenzado la ejecución material de las obras, generará un derecho indemnizatorio que consistirá en el valor que resulte de multiplicar el porcentaje de cesión de aprovechamiento urbanístico que establezca la normativa urbanística autonómica (ordinariamente, el 10 por ciento) por la diferencia de valor del suelo en situación de origen y en situación ya finalizada la actuación (esta previsión normativa es idéntica a la contenida en un artículo del TRLS/08 que fue declarado nulo por la STC 218/215, de 22 de octubre, como hemos anticipado).

No es sencillo establecer un porcentaje para determinar un valor, pero en este supuesto no se entiende qué tiene que ver el porcentaje de cesión de aprovechamiento urbanístico con la pérdida de facultad de participación, más bien lo contrario, lo razonable sería fijarse en el aprovechamiento que pierde quien deja de poder participar y no en lo que cedió, puesto que la cesión también será nula (al menos potencialmente) gracias al efecto arrastre de la nulidad del planeamiento,

aunque no puede dejar de decirse que este criterio ha sido considerado por Parejo Alfonso y Fernández[33] como inteligente y razonable, aunque finalmente ha sido anulado, en los términos que hemos visto, por la STC 218/215, de 22 de octubre.

También cabe reseñar que este valor de la indemnización por la desaparición del derecho a participar en actuaciones urbanísticas es evidentemente menor, como hemos anticipado, al valor que establecía el régimen implantado por la LS/90 que establecía, para el suelo urbanizable, que el derecho a urbanizar (recordemos, vinculado exclusivamente a la aprobación del planeamiento pormenorizado) agregaba «*al valor inicial del terreno el 50 % del coste estimado de su urbanización*» (artículo 69.1 LS/90) y, en cuanto al suelo urbano se establecía que su valor «*una vez adquirido el derecho a urbanizar, será el correspondiente al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación*».

En el fondo, el debate de fondo es cómo se debe indemnizar a un promotor por la pérdida de aprovechamientos urbanísticos producida bien por una decisión administrativa (por ejemplo, una modificación de planeamiento) o una decisión judicial (que, por ejemplo, anule el Plan Parcial que ordena el ámbito de actuación, que es el supuesto que analizamos). En ambos supuestos, el promotor (ya sea propietario, conjunto de propietarios o agente urbanizador) perderá el derecho a continuar el proceso urbanístico y, por tanto, a incorporar a su patrimonio el aprovechamiento previsto en el planeamiento. Pero este derecho no es una mera expectativa, es un derecho patrimonial, como ha reconocido la STC 218/2015, de 22 de octubre, diferenciable de la patrimonialización de la edificabilidad, como hemos visto supra; tan derecho como el de construir al amparo de una licencia urbanística. La aprobación de un Plan Parcial (u otro que contenga la ordenación pormenorizada) por la Administración permite al promotor, como regla general, y previa presentación de los documentos correspondientes, urbanizar y reparcelar. Luego el valor patrimonial que pierde el promotor con la nulidad de un Plan Parcial o con la modificación del planeamiento (con independencia de cómo se calcule el valor de la pérdida) es un derecho, perfectamente existente que dimana del mismísimo Plan Parcial, y el valor de esta pérdida no puede ser igual al valor de un suelo urbanizable sin Plan Parcial, ni parece razonable exigir para que haya un valor

---

33 Parejo Alfonso, L. y Fernández, G.R.: Comentarios.., *cit*., pág. 438.

34 *Vid*., en sentido similar, Baño León, J.M.: Derecho urbanístico común, *cit*., pág. 434.

35 En el Fundamento Jurídico 5º de esta STC, se afirma: «*Esta facultad de participar en la actuación urbanizadora en régimen de equidistribución de beneficios y cargas que define el art. 8.3 c) del texto refundido de la Ley de suelo al delimitar el derecho de propiedad, aún pendiente del cumplimiento de los deberes que le son inherentes, obra, pues, incorporada al patrimonio del propietario, cuando se dan las condiciones establecidas en el art. 25.1 del texto refundido de la Ley de suelo. En caso contrario, el legislador no podría haber previsto indemnización alguna por su privación, ya que no son objeto de compensación las meras expectativas no incorporadas al derecho de propiedad, sino, solo y únicamente, las que ya lo están. Y esta facultad, cuya privación debe ser compensada por mandato del legislador, tiene un valor económico real, acorde con el contenido con que la ha definido el legislador, que es, conforme al art. 33.3 CE, el que debe ser indemnizado*» (subrayado nuestro).

diferente la aprobación de los proyectos de equidistribución y urbanización, como parece deducirse de la normativa vigente.

El propio concepto de expectativa, muchas veces utilizado de forma vulgar[36], no aporta nada al debate jurídico, más bien lo distorsiona. Estando la actividad de urbanización y edificación fuertemente intervenida por la Administración, con controles públicos contantes, es mejor hablar de derechos y deberes urbanísticos, que de expectativas, que de esperanzas en futuros beneficios que existen en el urbanismo y en cualquier sector económico, pero la normativa no regula expectativas (ni tan siquiera su pérdida) sino, insistimos, derechos y deberes, con mejor o peor acierto, aunque es obvio que es el propio legislador el que utiliza esta equívoca expresión (baste la cita del art. 36.2 TRLS/15).

Como acertadamente ha puesto de relieve Martínez de Pisón Aparicio[37], el reconocimiento por el legislador de esta modalidad de indemnización únicamente es coherente si se parte de que la pérdida de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización afecta a un derecho (no a una expectativa), pero en este caso no existe ningún argumento para limitar la indemnización a un porcentaje determinado, en contra del principio de reparación integral del daño sufrido. En contra de esta posición se manifiesta claramente De la Encarnación quien defiende que se trata de meras expectativas y no de derechos[38]. Se echa en falta una perspectiva más amplia que vinculase la responsabilidad patrimonial en estos supuestos a través de lo que significa la pérdida de la oportunidad[39], en este caso pérdida de la oportunidad de un desarrollo urbanístico por parte del promotor causada por la nulidad sobrevenida del planeamiento.

Finalmente, únicamente cabe puntualizar con respecto a la valoración de la pérdida de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización que la norma se refiere, únicamente, a actuaciones de «nueva urbanización», lo que significa que se excluyen de la aplicación de este precepto tanto las actuaciones de reforma o renovación de la urbanización (artículo.7.1.a.2 TRLS/15), como las actuaciones de dotación (artículo 7.1.b TRLS/15). Esta exclusión nos parece criticable puesto que tanto las actuaciones de reforma o renovación de la urbanización como las actuaciones de dotación vendrán acompañadas de la delimitación física de ámbitos sujetos, sobre todo en las actuaciones de reforma o

---

36 *Vid*., al respecto, De la Encarnación, A.M.: *Las expectativas urbanísticas*, Aranzadi, 2015, pág. 31.

37 Martínez de Pisón Aparicio, I.: Comentario al artículo 25, en Comentarios a la Ley de Suelo. *Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio*, González Pérez, dir., Aranzadi, 2015, pág. 976 y ss.

38 De la Encarnación (Las expectativas urbanísticas…, *cit*., pág. 371) concluye que, a pesar del contenido de la exposición de motivos, «*resulta evidente que la intención del legislador ha sido la de valorar y contabilizar en todas las formas y maneras posibles las expectativas urbanísticas de forma objetiva y elevándolas a la categoría de Derechos*».

39 En idéntico sentido se manifiesta, Baño León (Derecho urbanístico común…, cit. pág. 444). Sobre el concepto de pérdida de oportunidad, *vid*. Medina Alcoz, L.: La doctrina de la pérdida de la oportunidad. *Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Civitas, 2007.

renovación de la urbanización, a un nuevo instrumento de planeamiento y a un aumento del aprovechamiento/edificabilidad (en las dos modalidades excluidas) que generarán verdaderos derechos para el promotor de participación en un nuevo modelo de ciudad *ex* planeamiento y cuya desaparición por un cambio de planeamiento o por su nulidad judicial no puede quedar indemne y valorada como ni nada hubiera ocurrido. En contra de este criterio, PAREJO ALFONSO y FERNÁNDEZ[40] afirman la exclusión de las actuaciones de reforma o renovación de la urbanización y de dotación «*resulta totalmente lógica, pues en el suelo rural para el que no tuviera prevista actuación transformadora alguna, no se disponía de facultad a participar, mientras que en los suelos ya urbanizados sometidos, en su caso, a actuaciones de renovación, reforma o de dotación, no hay tránsito de una situación básica a otra ni, por tanto, cambio en el método de valoración utilizada entre el "antes"y el "después"*».

b) Valoración de los aprovechamientos con posterioridad al inicio de la ejecución.

En el artículo 39 TRLS/15, se establecen dos modalidades para valorar la indemnización que corresponde por la imposibilidad de realizar las actuaciones de urbanización (ahora, parece, no reducida a las actuaciones de "nueva urbanización") en las que se haya iniciado la ejecución material de las obras de urbanización, no pueda seguirse legalmente la actuación (total o parcialmente; en el supuesto que analizamos por nulidad del planeamiento) y resulte la existencia de obras de urbanización que resulten "inútiles". Estas dos alternativas, de las que deberá elegirse la que dé un valor superior, son:

a) Coste de urbanización incrementado por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo (conceptos regulados en los artículos 32 y 38.3 de la Orden ECO 805/2003 de 27 de marzo) o

b) Diferencia del valor del suelo en situación de origen y el valor que correspondería si estuviera terminada la actuación multiplicado por el porcentaje de ejecución de la obra de urbanización (que se mide asignando un valor a la obra ejecutada de 0, si no está ejecutada, o de 1 si se ha finalizado); este criterio resulta aplicable para el supuesto en el que se impida su terminación, en este caso, la nulidad del planeamiento, contemplándose otro si únicamente se ha producido una alteración de las condiciones de ejecución.

En el primer supuesto (letra a), el artículo 39.1 TRLS/15 relaciona los gastos y costes indemnizables:

i) Aquéllos en que se haya incurrido para la elaboración del proyecto o proyectos técnicos de los instrumentos de ordenación y ejecución que, conforme a

40 PAREJO ALFONSO, L. y FERNÁNDEZ, G.R.: Comentarios…, *cit*., pág. 438.

la legislación de la ordenación territorial y urbanística, sean necesarios para legitimar una actuación de urbanización, de edificación, o de conservación o rehabilitación de la edificación.

ii) Los de las obras acometidas y los de financiación, gestión y promoción precisos para la ejecución de la actuación.

iii) Las indemnizaciones pagadas.

Finalmente, el artículo 39.2 TRLS/15 prevé que la indemnización prevista por cualquiera de estos dos métodos no podrá resultar inferior a la prevista para indemnizar el derecho de participación en actuaciones de nueva urbanización, recogida en el artículo 38 TRLS/15, estudiado en el apartado anterior y que, dado que la diferencia reside en si se ha comenzado o no la ejecución de la obra urbanizadora, no serán conceptos indemnizatorios acumulables, sino alternativos[41] aunque, obvio es, la propia norma establece que la base de la indemnización en este supuesto es el recogido en la indemnización prevista en el artículo 38 para la pérdida del derecho a participar en actuaciones de nueva urbanización, porque, como afirma Martínez de Pisón Aparicio[42], es evidente que quien ha iniciado la ejecución no puede ser de peor condición que quien no la ha iniciado.

Asimismo, se prevé que su valor será distribuido «*proporcionalmente entre los adjudicatarios de parcelas resultantes de la actuación*», salvo en el supuesto de propietarios que «*no estuviesen al día en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones*» a los que únicamente se les abonará los gastos y costes en que hayan incurrido y que devengan inútiles (artículo 39. 4 TRLS/15).

Resulta obvio el cambio de régimen jurídico con respecto a la jurisprudencia que tan sólo permitía la existencia de derechos indemnizatorios cuando se había llegado a la «*fase final de realización*» de la urbanización. O bien se tiene en cuenta la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo o bien se aplica el valor de obra ejecutado a la diferencia del valor inicial y el valor de resultado. No podrá negarse que la legislación vigente contempla la indemnización por pérdida de aprovechamiento, aunque en los términos apuntados su regulación resulta mejorable y ello a pesar de la insistencia de legislador de la LS/07 (de la que trae causa la legislación vigente), que renegaba de la plusvalía urbanística[43].

---

41 En contra, se manifiesta Díaz Lema (Nuevo Derecho del suelo, *cit*., pág. 246).

42 *Vid*. Martínez de Pisón Aparicio, I.: Comentario al artículo 26…, *cit*., pág. 986.

43 En idéntico sentido, Díaz Lema (Nuevo Derecho del suelo, cit., pág. 245) afirma que «*no deja de causar sorpresa este método indemnizatorio en una Ley que reniega sistemáticamente de la plusvalía urbanística*». Desde otra perspectiva, Martínez de Pisón Aparicio (Comentario al artículo 26…, *cit*., pág. 985) afirma que esta previsión indemnizatoria «*hace más patente la artificiosidad de no querer otorgar al suelo urbanizable un valor propio susceptible de incorporarse a un justiprecio expropiatorio, y disfrazar todo ello de indemnización bajo el título de la responsabilidad patrimonial de la Administración*».

V. LÍMITES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Como nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial en los términos analizados, resulta inevitable que se cumplan los requisititos exigidos por la normativa administrativa para la responsabilidad patrimonial recogidos en los artículos 32 y 34 LRJSP (antes artículos 139 y ss. LRJ-PAC), esto es que se trate de un daño real, efectivo y evaluable, que sea antijurídico, imputable a la Administración y que haya una relación causa-efecto con respecto a la Administración pública. En el supuesto que analizamos, los efectos patrimoniales de la nulidad del planeamiento, es más relevante todavía si cabe el análisis de los requisitos de la responsabilidad patrimonial, puesto que la regla general es que la anulación de las disposiciones generales no presupone derecho a la indemnización (artículo 32.1. LRJSP).

Ya hemos puesto de manifiesto *supra* diversos supuestos en los que la Administración y la jurisprudencia excluían la existencia de responsabilidad patrimonial por considerar que únicamente cabía indemnización cuando el afectado había llegado a la fase final de realización de la obra de urbanización, aduciendo la vinculación del derecho al aprovechamiento al cumplimiento de deberes urbanísticos, argumentación que podría incluirse dentro del requisito de no antijuridicidad, esto es que el interesado tiene el deber jurídico de soportar los efectos de la modificación del planeamiento o, en el supuesto objeto de este trabajo, la nulidad del planeamiento.

A continuación, analizamos otros supuestos extraídos directamente de la jurisprudencia:

a) Distinción entre los propietarios anteriores al planeamiento anulado y los adquirentes posteriores.

Esta distinción se encuentra en una minoritaria línea jurisprudencial (que no ha tenido continuidad) de la que ha sido ponente Delgado Barrio. El mejor ejemplo se encuentra en la STS de 17 de octubre de 1988 (RJ\1988\7760)[44], que como todas las de este Magistrado resultan muy claras:

> «*Habida cuenta de las características del supuesto litigioso y de las pretensiones deducidas la cuestión ha de examinarse desde el punto de vista de la desaparición de la expectativa de urbanización derivada del Plan Parcial: si confiando en la vigencia del plan se han hecho inversiones y gastos, la anulación de aquél provocará el derecho a la indemnización. En definitiva no en todos los supuestos de anulación de un Plan parcial se desencadena una responsabilidad patrimonial de la*

44 En similar sentido, *vid*. STS de 12 de mayo de 1987 RJ 1987\5255).

Administración Pública, sino sólo en aquellos en que confiando en su vigencia y legalidad –apariencia provocada por la Administración Pública– se hayan desarrollado actividades y gastos que devengan inútiles por la anulación.

Mas concretamente será de indicar:

A) Quien ya era propietario de unos terrenos antes de la aprobación del Plan parcial y lo sigue siendo después de su anulación, no ha sufrido lesión patrimonial efectiva por el hecho de que sus fincas subieran de precio por razón del plan para después recuperar el más bajo valor del mercado anterior como consecuencia de la anulación de aquél.

B) Distinto es el supuesto de los propietarios que habiendo adquirido los terrenos al precio resultante de las posibilidades urbanísticas del Plan parcial aparentemente en vigor se ven después afectados por la pérdida de valor que representa la imposibilidad de urbanizar determinada por la anulación.

Este último es el caso de la recurrente que adquirió el suelo litigioso antes de la declaración de nulidad del Plan y cuyo plazo de ejecución no podía entenderse fenecido, pues la amplia fórmula utilizada al respecto, con remisión al ritmo de la iniciativa privada o, en su caso, del propio Ayuntamiento –-expediente 5 de 9, Memoria, apartado 7, folios 15 y siguientes– explicable en razón de las características y de la extensión superficial del plan, hacían inaplicable el art. 5.3 del Decreto 1374/77, de 2 de junio.

Sexto: Habiéndose producido pues una lesión resarcible en el supuesto litigioso y siendo aquella efecto de un funcionamiento anormal de la Administración que provocó la confianza en la validez del Plan Parcial posteriormente declarado nulo, habrá de concluir reconociendo el derecho de la recurrente a ser indemnizada en la suma derivada de la diferencia entre el precio de adquisición de los terrenos litigiosos debidamente actualizados en razón de la depreciación de la moneda y el valor de tales terrenos después de la declaración de nulidad del Plan a la vista de la ordenación aplicable, indemnización que se fijará en ejecución de sentencia dado que la prueba practicada en los autos resulta insuficiente, entre otras razones, por su inadecuación a las bases señaladas».

En nuestra opinión, es discutible la distinción entre propietarios anteriores o posteriores a la aprobación del instrumento de planeamiento, puesto que la pérdida de derechos urbanísticos derivada de la nulidad del plan es la misma para todos los propietarios, al desaparecer el planeamiento que les atribuye derechos urbanísticos.

b) Existencia de dolo, culpa o negligencia graves en el promotor.

El artículo 48 TRLS/15 en su letra d) establece, para el supuesto de anulación de títulos habilitantes de obras y actividades, que «*en ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado*[45]». Alguna decisión jurisprudencial extiende esta *exceptio doli* a los supuestos en los que el promotor conocía o pudo conocer los efectos negativos que podía comportar la nulidad del planeamiento, asumiendo desde ese momento el riesgo derivado de la anulación. El mejor ejemplo de esta línea jurisprudencial, se encuentra en la STS de 6 de noviembre de 2015 (RJ 2015\5596; rec. núm. 1782/2014), cuyo fundamento jurídico quinto afirma:

> «*En el supuesto examinado, la mercantil actora no era un simple particular, sino la Junta de Compensación del Polígono Norte, Sector 4, de San Vicente de la Barquera, que, como tal y desde que la Sala de Cantabria, en Sentencia de 20 de octubre de 2001 (Rº 3322/00), anuló las Normas Subsidiarias, era o debía ser consciente de las dudas que se ceñían sobre la viabilidad del proyecto, pues, precisamente, como consecuencia de la aprobación definitiva de esas Normas Subsidiarias –27 de mayo de 1999–, constituyó (escritura de 13 de noviembre de 2000) la Junta de Compensación del Polígono Norte, Sector 4, de San Vicente de la Barquera, en el que se encontraban tres fincas de su propiedad. El Proyecto de Urbanización se aprobó (13 de enero de 2002) cuando ya habían sido anuladas las Normas Subsidiarias que le servían de cobertura (y estando ya impugnado en sede jurisdiccional el Plan Parcial aprobado el 26 de julio de 2001, en ejecución del cual se aprobaba el Proyecto de Urbanización). No obstante ese panorama judicial, la recurrente optó, asumiendo el riesgo que comportaba, por ejecutar el 77,5 % del Proyecto de urbanización (relativo a las dos fincas que se le adjudicaron en el Proyecto de Compensación del citado Sector 4, aprobado el 8 de abril de 2003), y este riego empresarial que, legítimamente, pero también voluntariamente, decidió asumir, no obstante la dudosa legalidad urbanística de los instrumentos de cobertura, excluye la obligación de indemnizar, en la medida que la inutilidad de los gastos (con el consiguiente perjuicio económico) no trae causa en anulación de los instrumentos de planeamiento, sino, como acabamos de decir, e insistimos de nuevo, en su decisión voluntaria de asumir el riesgo de su definitiva anulación*».

Otro ejemplo lo encontramos en el dictamen 65/2011, de 27 de enero, del Consejo Consultivo de Canarias que afirma:

---

45 Un correcto estudio de esta exclusión se puede encontrar en Macera, B.F.: Sobre la *exceptio doli* como factor de exoneración de la responsabilidad administrativa por anulación de licencias urbanísticas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Sexta, de 20 de enero de 2005, *REDA* núm. 127 (2005), pág. 477 y ss.

«*En este orden de cosas, también procede observar, en relación con los gastos por las inversiones realizadas durante los años 2005 a 2008 cuya indemnización se solicita, que se estarían llevando a cabo a pesar de que, desde que se pronunció la STSJC de 27 de marzo de 2006 y fue notificada a la Junta de Compensación como parte codemandada, se tenía conocimiento por ésta de la nulidad del Plan Parcial. La circunstancia de que esta sentencia no fuera entonces firme podría desvirtuar el argumento de que, en cierto modo, la Junta asumió el riesgo de continuar la ejecución del Plan y, por tanto, los eventuales perjuicios que un fallo confirmatorio de aquella Sentencia pudiera acarrearle, afectando a los gastos tenidos con posterioridad al citado pronunciamiento judicial; esto es, básicamente los relativos al Proyecto de Urbanización llevado a cabo pese a saberse la nulidad del Plan Parcial, que podría ser confirmada por el Tribunal Supremo*».

Tampoco compartimos esta línea de interpretación porque, con independencia del conocimiento de la nulidad (no firme) del planeamiento, el promotor no ha provocado (ni ha participado) en la nulidad del planeamiento, por lo que, a la vista de la vigencia indefinida del planeamiento, es razonable amparar que se continúen ejecutando obras de urbanización.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

Baño León, J.M.: *Derecho urbanístico común*, Iustel, 2009.

Blasco Esteve, A.: *Supuestos indemnizatorios en la Ley de Suelo*, REALA, núm. 304 (2007), págs. 9 y ss.

Castillo Blanco, F.: *La protección de confianza en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, 1998.

Chinchilla Peinado, J.A.: Comentario al régimen de valoraciones, en "Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo", Enrique Sánchez Goyanes, dir., El Consultor, 2007.

De Cominges Cáceres, F.: Los efectos de la anulación judicial de un plan general. La necesaria modulación de la equiparación de planes urbanísticos y disposiciones reglamentarias. Propuestas de mejora del sistema, *RDU*, núm. 314 (2017), págs. 45 y ss.

De La Cruz Mera, A.: Expropiación y Responsabilidad Patrimonial, en Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley de suelo Estatal, Aranzadi, 2009, pags. 856 y ss.

De La Encarnación, A.M.: *Las expectativas urbanísticas*, Aranzadi, 2015.

Diaz Lema, J.M.: Nuevo Derecho del suelo, Comentarios a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, Marcial Pons, 2008.

Fernández Torres, J.R.: Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16 (2008), págs. 183 y ss.

Gallego Anabitarte, A.: Expropiaciones y supuestos indemnizatorios en el Texto Refundido de 1992, Catastro, núm. 17 (1993), págs. 8 y ss.

García de Enterría, E.: Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación forzosa, ADC, 1955, págs. 1023 y ss.

García Gómez de Mercado, F.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración*, Comares, 2009.

García Gómez de Mercado, F.: El justiprecio de la expropiación forzosa. Estudio de su determinación y pago, con especial consideración de las valoraciones urbanísticas, Ed. Comares, 2007, 7ª ed.

García Luengo, J.: El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo, Civitas, 2000.

Iglesias González, F.: Responsabilidad patrimonial por nulidad del planeamiento, en "Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico", Soria Martínez y Bassols Coma, coords., Aranzadi, 2017, págs. 347 y ss.

Jiménez de Cisneros Cid, F.J.: "Régimen de las valoraciones en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo", en El nuevo régimen del suelo, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. IX (2007), Gerardo García-Álvarez, ed., pags. 207 y ss.

Lleal Grau, M.: La responsabilidad patrimonial de la Administración pública urbanística, Tesis Doctoral, mimeo, 2013.

Macera , B.F.: Sobre la "*exceptio doli*" como factor de exoneración de la responsabilidad administrativa por anulación de licencias urbanísticas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Sexta, de 20 de enero de 2005, REDA núm. 127 (2005), págs. 477 y ss.

Martín Rebollo, L.: Supuestos indemnizatorios, en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Aranzadi, Tomo II, segunda edición, 2009, págs. 1478 y ss.

Martínez de Pisón Aparicio, I.: Comentario al artículo 26, en Comentarios a la Ley de Suelo. T*exto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio*, González Pérez, dir., Aranzadi, 2015, págs. 976 y ss.

Medina Alcoz, L.: *Confianza legítima y responsabilidad patrimonial*, REDA, núm. 130 (2006), págs. 275 y ss.

Medina Alcoz, L.: La doctrina de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, Civitas, 2007.

Merelo Abela, J.M.: *La reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo*, Banco de Crédito Local, 1990.

Merelo Abela, J.M.: *Régimen Jurídico del suelo y gestión urbanística*, Ed. Praxis, 1995.

Nieto , A.: voz "Indemnización", NEJS, Tomo XII, año 1965, págs. 209 y ss.

Parejo Alfonso, L.: *Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración*, IEAL, 1982.

Parejo Alfonso, L. y Fernández, G.R.: *Comentarios a la Ley de Suelo*, Tirant lo Blanch, 2014.

Perales Madueño, F.: La tercera reforma del régimen del suelo y de las valoraciones, *Documentación Administrativa*, nº 252-253 (1999), págs. 89 y ss.

Quesada Lumbreras, J.E.: Tres décadas de protección jurisdiccional de la confianza legítima: Balance y perspectivas, *REDA*, núm. 146 (2010), págs. 417 y ss.

Suay Rincón, J.: Responsabilidad patrimonial de la Administración y urbanismo: Determinación de los supuestos indemnizatorios y régimen jurídico aplicable (Un intento de (re)interpretación de la normativa urbanística a la luz de la normativa general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración), *RDU*, núm. 232 (2007), págs.31 y ss.

RESUMEN

El estudio analiza la evolución de la legislación en relación con la indemnización por alteraciones o nulidad del planeamiento urbanístico, un supuesto este sometido a un régimen jurídico específico en la legislación del suelo desde las primeras normas.

La evolución regulatoria de estos supuestos específicos de responsabilidad patrimonial va íntimamente unida a una prolija jurisprudencia que, en líneas generales, ha interpretado las normas de manera muy restrictiva vinculando la indemnización a la patrimonialización de los derechos urbanísticos, algo que se vincula al cumplimiento de los deberes urbanísticos en la fase final de la realización del planeamiento.

Sin embargo, un estudio detallado de la normativa y de algunas resoluciones jurisdiccionales permiten realizar una interpretación menos rígida de la responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico en ámbitos como la valoración de las cuantías o la aplicabilidad de los principios generales del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Palabras clave: Urbanismo – Responsabilidad patrimonial – planeamiento – derecho de propiedad – potestades administrativas – nulidad.

ABSTRACT

The study analyses the evolution of legislation in relation to compensation for alterations or nullity of urban planning, an assumption that is subject to a specific legal regime in land legislation from the first rules.

The regulatory evolution of these specific cases of patrimonial liability is closely linked to a prolix jurisprudence that, generally speaking, has interpreted the rules in a very restrictive way, linking compensation to the patrimonialisation of urban planning rights, which is in turn linked to the fulfilment of urban planning duties in the final phase of the planning.

However, a detailed study of the regulations and of some jurisdictional rulings allows for a less rigid interpretation of patrimonial liability in the field of urban planning in areas such as the valuation of amounts or the applicability of the general principles of the institution of the patrimonial liability of the Administration.

Keywords: Urban planning – Patrimonial liability – Planning – Property right – Administrative powers – Nullity.

Otros Estudios

LA LEGISLACIÓN DE URGENCIA EN EL ESTADO AUTONÓMICO

Juan Cano Bueso
Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía

Sumario:

I. LOS DECRETOS-LEYES AUTONÓMICOS: ORIGEN Y FUNCIONALIDAD EN EL SISTEMA DE FUENTES.
a) El contexto general del problema.
II. EL DEBATE SOBRE LA CONVENIENCIA DE LOS DECRETOS-LEYES AUTONÓMICOS.
III. LA EXPERIENCIA DEL USO DEL DECRETO-LEY AUTONÓMICO.
IV. LA FUNDAMENTACIÓN ESTATUTARIA Y EL PRESUPUESTO HABILITANTE.
V. EL PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO PARA LA CONVALIDACIÓN O DEROGACIÓN DEL DECRETO LEY AUTONÓMICO.
a) Convalidación.
b) La conversión en proyecto de ley.
VI. LÍMITES MATERIALES DEL DECRETO-LEY AUTONÓMICO.

I. LOS DECRETOS-LEYES AUTONÓMICOS: ORIGEN Y FUNCIONALIDAD EN EL SISTEMA DE FUENTES.

a) El contexto general del problema.

I.- Es conocido cómo la transformación de la democracia liberal representativa en una democracia de partidos supuso una mutación del papel del Parlamento. En efecto, el Parlamento decimonónico ejercía la función legitimadora del sistema plasmando instrumentalmente la soberanía popular y presentándose como el momento en que se concretaba la racionalidad y universalidad burguesa. De esta manera, la doctrina tradicional ha venido entendiendo por Derecho un conjunto de normas, dotadas de enunciados prescriptivos generales y abstractos, susceptibles de aplicación repetida a una pluralidad indefinida de casos concretos. El Parlamento, por su

parte, era el órgano con capacidad de crear estas normas generales y abstractas en forma de ley dotada de mandatos jurídicos. En sentido contrario, los actos jurídicos distintos de la ley estaban dotados de contenido singular y carecían de carácter normativo general y abstracto (la sentencia jurisdiccional, el acto administrativo). Esta formulación acoge una determinada relación entre los poderes del Estado y una concreta configuración de la «separación de poderes». Así las cosas, al Poder Legislativo le estaría vedado producir actos singulares y concretos por cuanto una ley carente de abstracción y generalidad violaría el principio de «igualdad de todos ante la ley» y devendría un insoportable privilegio. A ello se añadiría la distinción creada a partir de P. Laband y la dogmática alemana de finales del siglo XIX entre ley *material* y ley *formal*, entendiendo por esta última todo documento que, al margen de su contenido normativo, emana del Parlamento, en tanto que expresión de la voluntad general, a través de un procedimiento legislativo concreto que tiene eficacia *erga omnes*. Esta es, en términos generales, la doctrina clásica sobre el concepto de ley que impregna al Estado liberal[1].

El siglo XX, en cambio, vino a conocer la plenitud de una realidad social diferente, estructurada sobre una nueva fundamentación económica y política, que supone una lógica institucional distinta y que termina por socavar los cimientos del parlamentarismo liberal-representativo (crisis del mandato representativo; crisis del carácter de generalidad y universalidad de la ley; crisis, en fin, de las funciones clásicas del Parlamento, especialmente de la legislativa y la de control). Todo ello en un contexto en que la tajante separación entre sociedad civil y Estado va a ser sustituida, de un lado, por un proceso de socialización del Estado (que pasa de mero espectador de los procesos económicos y sociales a Estado interventor en los mismos), y, de otro, por una estatalización de la sociedad por cuanto el ejercicio del poder se va a articular a través de partidos, sindicatos y asociaciones de todo tipo que vienen a sustituir a la clásica y desorganizada opinión pública burguesa.

La verdadera transformación estructural del Parlamento vendrá de la mano de la irrupción del partido político en la Cámara[2], pues frente a aquellos diputados de carácter liberal-representativo que atendían al «interés general» elegidos en razón de su personal prestigio y sólo responsables ante su propia *conciencia*, se contrapone el diputado incluido en las listas de un partido político, integrado en un organigrama reglamentado de grupo parlamentario y comprometido imperativamente con el programa electoral sometido al voto de los ciudadanos[3]. La aparición del partido político como instancia de intermediación pone al descubierto dos monumentales ficciones: de una parte, el mito del mandato representativo mutado en imperativo como consecuencia del ejercicio de la disciplina parlamentaria; de otra, y en el terreno de las funciones, las dificultades para que la Cámara monopolice la función legislativa y ejercite la actividad de control (función

---

1 Carré de Malberg, R., *La loi, expression de la volonté générale.* París: Sirey, 1931.
2 Abendroth, J. y Lenk, K., *Introducción a la Ciencia política.* Barcelona: Anagrama, 1971, pág. 111.
3 De Vega, P., Parlamento y opinión pública, en: Aparicio, M.A. (coord.) *Parlamento y sociedad civil.* Barcelona: UB, 1980, pág. 17.

que en lo sucesivo será activada por la minoría) al existir una mayoría parlamentaria que apoya y sostiene al Gobierno. Ello se materializa en una flagrante crisis de la división de poderes que vendrá sustituida por una tensión entre mayoría y minoría[4].

La expansión de la actividad del Estado social de Derecho va a producir algunas consecuencias de hondas repercusiones sociales: Entre ellas, y por lo que aquí interesa, una creciente presencia del Poder Ejecutivo debida a la multiplicación y complicación de los fines y tareas que el Estado debe atender. La intervención pública en la vida económica tendrá su correlato en la vida jurídica a través del incremento de las técnicas de deslegalización y la proliferación de las reservas de reglamento. La imagen de este Estado social de Derecho vigente en las democracias occidentales más avanzadas configura, por contraposición al viejo Estado liberal de Derecho, un Estado distribuidor de derechos, prestaciones, bienes y servicios[5].

Al ser la función prioritaria del Estado más la de actuar que la de legislar, se produce un fenómeno de traslación del lugar de la decisión del Parlamento a las instancias gubernamentales y administrativas. El Parlamento queda así desplazado de la dirección política tanto por la Administración (que actúa en la sociedad desde el Estado) como por los partidos, sindicatos y asociaciones (que actúan en el Estado desde la sociedad). Se produce, así, un incremento desmesurado de la potestad reglamentaria, a la vez que el Gobierno arrebata la función legislativa real al Parlamento, generando la práctica totalidad de los proyectos de ley que consigue aprobar sin dificultad en el Parlamento a través de la mayoría. La Cámara –mejor dicho, la minoría en la Cámara– continúa ejerciendo la crítica del Gobierno, pero éste refuerza su posición institucional al contar con los gabinetes de expertos, la información suficiente y los mecanismos capaces de garantizar respuestas inmediatas y concretas a las demandas ciudadanas, recursos y respuestas lejos del alcance del Parlamento que se mueve con demasiada pereza en esta nueva dinámica institucional.

El despliegue intervencionista del Estado social dejará sentir su influencia tanto en la forma de la producción legislativa como en su concreto y específico contenido. Frente al Estado liberal abstencionista el Estado social intervencionista asume tareas de intermediación en el conflicto. La *utilidad* de la norma comportará que la ley general y abstracta sea sustituida por unas formas normativas más concretas y especiales, en suma, una modalidad de norma ordenada al cumplimiento de unos fines y de unos objetivos. Esta modalidad legal no puede ya comprenderse desde categorías formales, El tránsito del derecho «formal» al derecho «útil», dotado de medidas inmediatamente eficaces, constituye la nueva racionalidad legal. La crisis del concepto clásico de ley, de primacía, generalidad e imperatividad es, en rigor la crisis del Estado de Derecho liberal.

---

4 Leibholz, G., *Problemas fundamentales de la democracia moderna.* Madrid: IEP, 1971, págs. 26-27.
5 García Pelayo, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo.* Madrid: Alianza Editorial, 1982, págs. 27 y ss.

En esta nueva dinámica institucional, el Parlamento se encuentra en el centro de una creciente tensión entre el Gobierno, continuamente demandado para intervenir en los conflictos, y la sociedad que tiende a penetrar con sus propios intereses organizados en el interior de la representación política y parlamentaria. Cogido entre ambos frentes, el Parlamento termina por aparecer como un obstáculo en el circuito demanda-decisión al haber perdido su papel de canalizador y selector de las necesidades ciudadanas, para convertirse en un lugar en el que sólo se registran –a través de los partidos políticos– los desacuerdos de los intereses atomizados y corporativizados[6].

II.- La figura del decreto ley no es desconocida en el Derecho comparado (existe en Italia, Alemania, Francia etc.) ni tampoco en nuestro Derecho histórico, donde ha sido abundantemente utilizada por Gobiernos de corte más o menos autoritario, en los periodos de dictadura de Primo de Rivera y Franco y también en la Transición política por el Gobierno Suárez a fin de anticipar la llegada de elementos democratizadores del sistema. Tal vez por estos últimos servicios prestados por la legislación de urgencia, el decreto-ley fue acríticamente recepcionado en la vigente Constitución. En todo caso su hábitat natural se ubica en este marco institucional de Gobiernos fuertes y Parlamentos débiles, donde cobra sentido el incremento y el fortalecimiento de fuentes con valor de ley que no proceden del Parlamento y que, con distinto fundamento, se gestan y se impulsan desde el propio Gobierno, con grave afectación del clásico principio de separación de poderes y distribución de funciones que bullía en la mente de Montesquieu. La situación real de nuestros días es que el Gobierno monopoliza la potestad reglamentaria y comparte con el Parlamento la potestad legislativa en los términos antes señalados. No es, así, sorprendente que algún autor haya podido afirmar que la legislación de urgencia «*constituye una de las quiebras más resonantes de los principios esenciales del constitucionalismo*» y que haya calificado a los decretos-leyes de «*formas aberrantes de legislación gubernamental*[7]»

Centrados ya en nuestro ordenamiento constitucional, aunque a tenor del 87 CE la iniciativa legislativa a nivel estatal le corresponda al Gobierno, al Congreso, al Senado, a un determinado número de ciudadanos e indirectamente a las CC.AA., es lo cierto que en la realidad funcional del sistema de gobierno, tanto estatal como autonómico, el protagonismo del Poder Ejecutivo es hegemónico en la impulsión de la legislación, en consonancia con la responsabilidad que incumbe al Gobierno de dar cumplimiento al programa político comprometido con los ciudadanos en las correspondientes elecciones.

Pues bien, este mismo soporte doctrinal y esta misma realidad institucional son trasladables en nuestro caso a las Comunidades Autónomas, máxime si tenemos en

---

6 Barcelona, P., Legislazione e consenso sociale. En: *Il Parlamento tra crisi e riforma*. Milán, 1985, págs. 136 ss.
7 Santamaría Pastor, J.A. *Fundamentos de Derecho Administrativo.* Vol. I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pág. 626.

cuenta que a la luz de la distribución constitucional de competencias las CC.AA. se han convertido en los entes prestadores de todo tipo de servicios[8]. El nivel de descentralización política alcanzado en España a partir de la Constitución de 1978 y el elenco de competencias de que disponen las CC.AA. ha supuesto que el fundamento y el presupuesto habilitante de esta legislación de urgencia puedan trasladarse a través de los Estatutos a los Gobiernos autonómicos. Mitad por emulación, mitad por innovación, las CC.AA. han sentido la necesidad de disponer de este instrumento legislativo, que constituye una de las grandes novedades en las reformas estatutarias aprobadas en los inicios del siglo XXI.

II. EL DEBATE SOBRE LA CONVENIENCIA DE LOS DECRETOS-LEYES AUTONÓMICOS.

I. La aparición de estas figuras normativas en el ámbito de las CCAA no fue ni inmediata ni pacífica. Seguramente por percibirse por algún sector académico como fuente de Derecho estatal, la figura del decreto-ley no fue incluida inicialmente como componente del sistema de fuentes autonómico por ningún Estatuto de Autonomía. Esta posición restrictiva fue avalada por algún sector influyente de la doctrina: así, García de Enterría y Fernández afirmaron que «*la facultad de producir este tipo de normas en los casos excepcionales… corresponde única y exclusivamente al gobierno como tal, y no a ningún otro órgano distinto… (incluidos) […] los órganos ejecutivos de las comunidades autónomas*[9]». Lo cual no impidió que en alguna Comunidad Autónoma (la vasca), razones de extrema urgencia aconsejaran mediante la Ley 17/1983, de 8 de septiembre, autorizar al Gobierno Vasco a paliar los efectos de las inundaciones del mes de agosto anterior, a través de la emisión de varios disposiciones con carácter provisional que cobraron la forma de decretos-leyes. Esta modalidad de emisión de decretos-leyes extraestatutarios con fundamento en una Ley de autorización tuvo escasos defensores[10] y bastantes detractores. Por todos, Aragón Reyes, para quien tal decreto-ley autonómico era «*claramente inconstitucional, pues no estando previstos los decretos-leyes autonómicos en la Constitución, únicamente el Estatuto de Autonomía puede facultar al Ejecutivo para emanar este tipo de disposiciones legislativas por razones de urgencia*[11]».

---

8 Cano Bueso, J. "Autonomía política y derecho sociales", en *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 17. Enero/junio 2012. Ed. Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, págs. 51-62.

9 García de Enterría, E., y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*. 4ª Edición. Vol. I. Madrid: Civitas, 1983, pág. 163.

10 Con determinación y contundencia: Lasagabaster Herrarte, I. *Consideraciones en torno a la figura de los decretos leyes y decretos legislativos en el ámbito autonómico.* RVAP, núm 2. 1982. Y con ciertas dudas Cobreros Mendazona, E., "Los decretos leyes en el ordenamiento de la Comunidad Autónoma Vasca". *RVAP*, núm. 7. 1983, al enjuiciar los polémicos decretos leyes dictados por el Gobierno Vasco en 1983.

La mayoría de la doctrina estimó, por tanto, que los Decretos-Leyes autonómicos, de esta manera emitidos, no eran constitucionalmente adecuados, en la medida en que esta fuente no se había previsto en el correspondiente Estatuto de Autonomía. Y ello por la sencilla razón de que ninguna fuente del Derecho puede crear a otra que sea igual o superior a ella misma[12]. En este caso concreto, la ley del Parlamento Vasco no podía producir otra fuente, como el decreto-ley, que ostenta su mismo valor jerárquico.

Los argumentos que entonces se adujeron a favor de la posibilidad de dictar Decretos-Leyes autonómicos no estatuarios no eran muy convincentes. No lo era el de la «*existencia de una situación de necesidad*» que obligase al Gobierno autonómico a una acción normativa rápida que no pudiese adoptarse mediante ley. Esa acción normativa puede venir exigida, ciertamente, por unos hechos que merezcan la calificación de urgencia o de emergencia, pero ello no implica que el rango de la norma requerida deba asemejarse al de la ley. Que los órganos parlamentarios deban ser sustituidos, en determinadas circunstancias, por los órganos ejecutivos, no aboca a que esa sustitución deba hacerse con instrumentos normativos inadecuados. Antes bien, en tales circunstancias la sustitución sólo es jurídicamente admisible si se materializa con las fuentes normativas de que dispone el Ejecutivo en virtud de la potestad reglamentaria. Cuando, sin previsión estatutaria, se habilita a un Gobierno autónomo para dictar Decretos-Leyes por motivos de necesidad, no sólo se violenta el sistema de fuentes por el Poder Ejecutivo, sino también por el Órgano Legislativo que le ha autorizado. Más bien cabría decir que lo correcto para estas situaciones sería la emanación de un *reglamento de necesidad*, de carácter provisional, y que puede muy bien estar amparado en una previa disposición legislativa que contemple estos supuestos de necesidad con carácter general.

Como tampoco parece un argumento concluyente el de la extensión del decreto-ley extraestatutario con fundamento en *la analogía.* Y ello por una razón bien simple: no existe en tal caso laguna que deba ser suplida. Que no hay tal laguna es evidente en aquellos Estatutos en los que la figura del decreto-ley se incluía en el texto del proyecto y, finalmente, no se incorporó al Estatuto. Pero resulta igualmente claro en los demás supuestos en los que el texto estatutario no ha previsto tal fuente, pues la ausencia de un tipo normativo, que podría haber sido incluido en el Estatuto y no lo fue, no implica una laguna sino la consideración por el estatuyente de que resultaba innecesaria la incorporación de esta legislación de urgencia[13].

Conviene insistir en que la oposición a la existencia de decretos-leyes extraestatutarios no significaba que en el ámbito autonómico no pudieran existir supuestos de auténtica necesidad que exigieran una acción normativa rápida. Significaba tan sólo que esa acción no podría adoptarse mediante un decreto-ley. Con los Estatutos en la mano, si la situación era verdaderamente urgente se podía

---

12 Balaguer Callejón, F., *Fuentes del Derecho II*. Madrid: Tecnos, 1992, pág. 72.
13 *Ibíd.* págs. 169-170.

acudir a los reglamentos de necesidad, sobre todo cuando existía una regulación legislativa previa que los habilitase. Si se trataba de uno de esos supuestos «de extraordinaria y urgente necesidad» había que tener en cuenta, además, que en los ordenamientos autonómicos, por la estructura unicameral de sus Parlamentos y por su mayor cercanía a los intereses en presencia, era posible acudir a medidas legislativas tramitadas con mayor rapidez (por ejemplo, mediante la aprobación de una ley por el procedimiento de urgencia e, incluso, acudiendo al procedimiento fulminante de lectura única).

Aun más; la ampliación de competencias llevadas a cabo por las reformas estatutarias de 1994, para equiparar las competencias de las Comunidades Autónomas que aprobaron sus Estatutos por la vía del art. 143 con las del art. 151 CE, no suponían, en opinión de Aragón, «*una razón de peso*» para facultar a los gobiernos autonómicos a dictar decretos-leyes, pues los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad «*pueden ser atendidos por el decreto-ley previsto en el art. 86.1 CE, dado el elenco de competencias del Estado en diversas materias que le permiten hacer frente a circunstancias de este tipo*»[14].

Por lo demás, la importancia que esta cuestión del rango puede llegar a tener en una situación de emergencia o de necesidad es clara vista desde la posibilidad del control jurídico. Si se adoptan medidas normativas a través de una fuente que tiene formalmente rango de ley, los tribunales ordinarios se verán obligados a aplicarlas. Si, por el contrario, se aprueban por medio de reglamentos de necesidad, los tribunales ordinarios pueden ejercer el control de todas las decisiones públicas, incluso en esas situaciones de emergencia, manteniendo así –en los límites en que la necesidad lo permita– la protección de los derechos y libertades ante la Administración[15]. En conclusión, ante las dudas más que razonables de la constitucionalidad de Decretos Leyes extraestatutarios, ninguna de las leyes producidas en los inicios de los años ochenta, reguladoras del Gobierno (Vasco, Catalán, Andaluz etc.) se atrevieron a incorporar esta fuente del Derecho.

II. ¿Qué nos dice la Constitución al efecto? A primera vista el art. 86.1 CE parece establecer la existencia de la figura de los decretos-leyes sólo en el ámbito estatal. Por otra parte, ninguna de las prescripciones establecidas en el Título VIII para las CCAA hace la menor referencia a la legislación de urgencia. La doctrina tampoco ha mostrado un gran entusiasmo a la hora de valorar la conveniencia constitucional acerca de la existencia del decreto-ley estatutario. Es más; incluso desde el plano de la política legislativa se ha considerado «*poco oportuna la extensión a las Comunidades Autónomas de esa potestad gubernamental de dictar disposiciones legislativas provisionales en supuestos de urgencia*»[16]. Además, tampoco se ha concedido excesiva importancia a la previsión constitucional de la existencia (en las CCAA que aprobaron sus Estatutos de Autonomía por la vía del

14 Aragón Reyes, M.: *Op. cit.* pág. 115.
15 Balaguer Callejón, F.: *Op. cit.* pág. 170.
16 Aragón reyes, M.: *Op. cit.* pág. 116.

art. 151), de una «*Asamblea legislativa elegida por sufragio universal*» y «*un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas*», previsto en el art. 152 CE, y que ello pudiese comportar por vía interpretativa algún impedimento o restricción a la potestad legislativa de los gobiernos autonómicos.

En el momento de modificar los Estatutos o aprobar otros nuevos (la llamada «segunda descentralización»), mayoritariamente se aceptó que los problemas de naturaleza constitucional desaparecían si el decreto-ley se establecía en el Estatuto, norma que tiene un valor superior al de la ley autonómica y cuya función consiste, entre otras, en determinar las fuentes del Derecho autonómico, y las normas sobre la producción que deben regular esas fuentes. En tal caso, la legitimidad constitucional de la norma sería clara, no sólo porque no existe ningún obstáculo constitucional a la configuración específica en este punto de los poderes normativos autonómicos, sino porque, además, la propia Constitución la admite implícitamente cuando en el art. 153.a) CE se establece que el control de la actividad de los órganos de las CCAA se ejercerá por el TC en lo referido a la constitucionalidad de sus «*disposiciones normativas con fuerza de ley*». Es claro que dentro de este concepto amplio hay que incluir tanto a los Decretos-Leyes como a los Decretos legislativos. Similar expresión se utiliza también en los arts. 161.1, a) y 163 CE cuando, respectivamente, delimitan el objeto del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, al proceder el primero «*contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley*», y en el segundo cuando obliga al órgano judicial a plantear la cuestión de constitucionalidad si sospecha que la «*norma con rango de ley*» aplicable de cuya validez depende el fallo puede ser inconstitucional. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional refuerza tal idea al establecer que «*son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad […] las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas* (art. 27, 2, e) LOTC). Y por si todo ello no fuera suficiente, juega como telón de fondo la competencia general de la CA para organizar sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.c). Como ha expresado Donaire Villa, que ninguno de estos artículos «*distinga entre la procedencia estatal o autonómica de las correspondientes normas con fuerza de ley objeto de control de constitucionalidad, apunta a que el constituyente no sólo contemplaba la hipótesis de que las Comunidades Autónomas pudieran asumir competencias y potestades legislativas, sino también que pudieran dotarse de categorías normativas homólogas (y homónimas) al Decreto legislativo y al Decreto-ley*», argumento, por cierto, válido no sólo para las CC.AA. creadas al amparo del art. 151 CE[17].

Seguramente por todo ello, autores como Muñoz Machado, Entrena Cuesta o Salas, consideraron que había suficiente apoyatura en la Constitución, siempre que los decretos leyes estuvieran previstos en los Estatutos de Autonomía[18]. La

17 Donaire Villa, F.J., *Las normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas. Las figuras del Decreto legislativo y del Decreto-ley autonómicos.* Barcelona: Instituto de Estudios Autonómicos. Generalitat de Catalunya, 2012. pág. 15.

profundización del Estado Autonómico, que se llevó a cabo mediante la reforma de los Estatutos a los inicios del siglo XXI (concretamente entre los años 2006 a 2013), vino a solventar esta limitación del sistema de fuentes en nueve de las CCAA. Así, sucesivamente, los Estatutos de Autonomía modificados de Valencia, Cataluña, Andalucía, Aragón, Baleares, Navarra, Extremadura, Castilla y León y Murcia han incorporado la figura del decreto-ley con una fundamentación, un presupuesto habilitante, una intervención parlamentaria y unos límites sustancialmente similares a los que disciplina la propia Constitución.

III. LA EXPERIENCIA DEL USO DEL DECRETO-LEY AUTONÓMICO.

¿Cuál ha sido la experiencia acumulada hasta ahora en orden a su utilización? Una vez despejada su viabilidad constitucional, la SSTC 247/2007, de 12 de diciembre, 249/2007, de 13 de diciembre y 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Valencia y Cataluña, respectivamente, ni siquiera se plantearon la cuestión. A pesar de ello, la introducción de los Decretos-leyes en el sistema de fuentes del Estado Autonómico fue contemplada con cierta cautela y no poco recelo, consciente la doctrina del impacto negativo que su mal uso pudiera generar sobre el sistema parlamentario de gobierno de las CCAA. Así, tempranamente ya advertía la Profesora Carmona Contreras, refiriéndose a la incorporación del decreto-ley a los nuevos Estatutos, que «*la ausencia de impedimentos jurídicos debe ser confrontada con las eventuales disfuncionalidades que un uso desmedido del mismo proyectaría sobre el normal desenvolvimiento de la dinámica relacional entre los órganos políticos autonómicos*»[19]. Diez años después, el profesor Aragón ha puesto de manifiesto cómo la introducción de los decretos-leyes autonómicos puede contribuir a menoscabar, e incluso a relegar, el procedimiento legislativo en las CCAA y a debilitar, en suma, el sistema parlamentario de gobierno. A todo ello se añade el hecho de que las minorías parlamentarias autonómicas no pueden impugnar estos decretos-leyes ante el Tribunal Constitucional, «*lo que supone otra debilidad del parlamentarismo autonómico, puesto que tales minorías ni siquiera pueden defender jurisdiccionalmente las competencias de la Cámara frente a la invasión normadora gubernamental consentida por la mayoría parlamentaria*»[20].

Un examen del uso de la figura del decreto-ley en las distintas Comunidades Autónomas nos arroja los siguientes datos revisados al día de la

18 Muñoz Machado, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Madrid: Civitas, 1982, pág. 489; Entrena Cuesta, R., La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas, en: VV.AA. *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Vol. 1. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, págs. 139 y ss.; Salas, J., Los decretos leyes y la Constitución Española de 1978, en: VV.AA. *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Vol. 3. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, págs. 1797 y ss.
19 Carmona Contreras, A.M., "La incorporación de la potestad gubernamental de urgencia a los nuevos estatutos de autonomía: consideraciones críticas". *RVAP*, núm. 76, 2006, pág. 21.
20 Aragón Reyes, M.: *Op. cit.* pág. 116.

fecha. El número de decretos-leyes emanados de cada Comunidad Autónoma que dispone de este tipo de fuente son los siguientes, ordenados de mayor a menor:

- Andalucía, 63.
- Cataluña, 55.
- Valencia, 48.
- Baleares, 44.
- Aragón, 29.
- Castilla y León, 17.
- Murcia, 13.
- Extremadura, 9.
- Navarra, 7.

El análisis del número de decretos leyes expedidos en relación con el número total de leyes aprobadas por los respectivos parlamentos, nos pone de manifiesto un claro abuso de la figura, que ya empezó a poner en práctica el propio Gobierno de la Nación. Es más, ni siquiera con frecuencia ha sido utilizado para cuestiones que suscitaran una extraordinaria y urgente necesidad. Si se analiza el ejemplo de Andalucía, con datos cerrados a día de la fecha, solo en un caso se ha utilizado para catástrofes naturales, habiéndose dedicado los restantes decretos-leyes a materias relacionadas con la economía y hacienda (17), empleo (13), industria y comercio (9), contratación pública (7), administración local (3), urbanismo y vivienda (3), salud (3), educación (2), televisión pública (2), políticas sociales (2) y deporte (1).

Otro tanto sucede en el resto de las Comunidades Autónomas, donde la mayoría de los decretos-leyes aprobados vienen referidos, también, a la materia de economía y hacienda, al cumplimiento de las obligaciones derivadas del principio de estabilidad presupuestaria y a la legislación sobre la crisis económica. En el caso extremo de Baleares, seis se han destinado a medidas sobre vivienda y cuatro a cuestiones sobre medio ambiente, que, con ser importantes sobre la economía de Baleares, no parece que atiendan a cuestiones urgentes o de extrema necesidad. O el caso de Castilla y León donde se prohíbe por decreto-ley la muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares o tradicionales. (Decreto-Ley 2/2016 de 19 de mayo).

Este uso y abuso del decreto ley autonómico ha sido puesto de manifiesto por la doctrina más reciente (Aragón Reyes, De La Iglesia Chamorro)[21], que ha denunciado su utilización a modo de legislación ordinaria, debida a la excesiva laxitud en la justificación del presupuesto de hecho habilitante. Tampoco ayuda a la consecución de la buena técnica legislativa el hecho de que los decretos-leyes autonómicos hayan sido excluidos del conocimiento y dictamen de los

21 Véase Aragón Reyes, M. *op. cit.;* De La Iglesia Chamorro, A. Decreto-ley autonómico: ¿Una fuente más o nuevo problema constitucional?, en: VV. AA. *La constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2016, págs. 161-178.

correspondientes Consejos Consultivos (salvo en Cataluña y Aragón). Todo ello ha contribuido a menoscabar la calidad democrática de los subsistemas parlamentarios de gobierno al eludir el debate parlamentario, las aportaciones de la oposición por vía de enmienda, la participación institucional, social, corporativa y ciudadana en la elaboración de disposiciones legislativas, además de propiciar la sustracción directa de la norma al control de la jurisdicción ordinaria. No es de extrañar, entonces, que se hayan expedido decretos-leyes autonómicos singulares (para la construcción de un hospital), autoaplicativos, de contenido heterogéneo o simplemente administrativo, reguladores de regímenes sancionadores, de materia tributaria, presupuestaria o de personal, para anticipar los plazos de un expediente de gasto, para la adopción de medidas a los efectos de ejecución de sentencias del tribunal Supremo etc., etc. En definitiva, cuestiones la mayoría de las cuales podrían haberse solventado por vía de reglamento. Son excepcionales, sin embargo, los decretos-leyes dictados para hacer frente a situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales por razones meteorológicas o sísmicas (inundaciones fluviales en Andalucía y Aragón o el terremoto de Lorca).

IV. LA FUNDAMENTACIÓN ESTATUTARIA Y EL PRESUPUESTO HABILITANTE.

El presupuesto habilitante previsto por los reformados EE.AA. es el mismo que acoge el art. 86.1 CE: la «*extraordinaria y urgente necesidad*». El mimetismo en la regulación de los decretos-leyes estatales y los que han sido introducidos en los Estatutos de última generación es, pues, evidente. Se trata de normas con fuerza de ley, emanadas directamente del Consejo de Gobierno, y sobre las que la Cámara únicamente se pronuncia a posteriori. La excepcionalidad de estas normas hace que las Constituciones, allá donde existen, las regulen «*de manera extraordinariamente restrictiva*». Otra cosa es, como afirma Pérez Royo, que nuestro Tribunal Constitucional haya optado por una interpretación amplia del decreto-ley y no lo haya considerado «*una fuente rigurosamente excepcional, como en principio parece desprenderse del artículo 86 de la Constitución*» y de los correspondientes preceptos que los regulan en los distintos Estatutos de Autonomía[22].

Ya hemos señalado que la época de los ejecutivos fuertes, la lentitud de los procedimientos legislativos parlamentarios y la necesidad de dotarse de una forma legislativa de urgencia para hacer frente a situaciones de emergencia, catástrofes humanas o imprevisiones derivadas de fuerza mayor están en el origen y en el auge de esta modalidad de respuesta normativa urgente. Ahora bien; esta justificación que, obviamente, responde a ciertas circunstancias históricas, no dispone del mismo arraigo a la hora de fundamentar los decretos-leyes previstos en los Estatutos. Siendo cierto, como es, que las CC.AA. han podido desenvolver sus respuestas normativas durante más de treinta años en ausencia de legislación de urgencia, también es cierto que el uso práctico de esta modalidad legislativa nos pone de

22 Pérez Royo, J. *Las fuentes del Derecho.* Madrid: Tecnos, 2001, pág. 115.

manifiesto otra importante cuestión: que, con no poca frecuencia, los Consejos de Gobierno, emulando al Gobierno de España, han asumido que el presupuesto habilitante del decreto-ley no se ciñe al sentido fáctico de la urgencia (es decir, aquello que objetivamente precisa de medidas inminentes e inaplazables), sino que responde a una evaluación política de esa urgencia basada en razones de oportunidad y conveniencia acerca de una situación o unos hechos sobre los que el Ejecutivo considera adecuado aplicar medidas inmediatas de carácter urgente, al margen de una objetivable necesidad extrema[23].

Asociada a esta directriz de necesidad fáctica, algún autor ha encontrado en el decreto-ley autonómico la fuente más adecuada para implementar el intervencionismo público propio del Estado social. En tal sentido serviría en orden a dictar medidas para hacer «reales y efectivas» la libertad y la igualdad, y contribuir a remover los «obstáculos que impidan o dificulten su plenitud», responsabilidad que incumbe a todos los Poderes públicos según el art. 9.2 CE. Se entiende que esta responsabilidad activa del Estado exige un protagonismo gubernamental, dada su mayor disponibilidad de medios y su prontitud y agilidad para dar cumplimiento a las respuestas del Estado de derechos y prestaciones. Ello ha podido percibirse recientemente con motivo de la crisis económica, donde hay que constatar que el decreto-ley autonómico ha tenido un protagonismo indiscutible en las llamadas por el Tribunal Constitucional «*coyunturas económicas problemáticas*» (SSTC 23/1993, FJ 5.º; 11/2002, FJ 4)[24].

En la medida en que los Estatutos de Autonomía han acogido el presupuesto habilitante que la Constitución exige al decreto-ley estatal, es necesario recordar la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha venido elaborando sobre este asunto. En efecto, la Constitución encomienda al Tribunal Constitucional el control jurídico del decreto-ley, cuya primera condición es que el presupuesto habilitante del mismo no sea arbitrario ni abusivo. En caso contrario, el Tribunal podrá rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad del decreto-ley por falta de presupuesto habilitante. El Supremo Intérprete de la Constitución exige, también, que se expongan en el expediente y en la exposición de motivos de la norma, las razones de extraordinaria y urgente necesidad. En igual sentido se demanda que las medidas que se deban adoptar requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes. Y también exige, en fin, que las normas que se activen en forma de decreto-ley guarden una «conexión de sentido» y tengan una relación directa con la situación que se trata de afrontar. En todo caso puede afirmarse que el Tribunal Constitucional ha manejado en su jurisprudencia criterios flexibles y ajustados *ad casum*. En términos generales esta

---

23 Azpitarte Sánchez, M. Elaboración de las normas. Cap II., en: Curz Villalón, P., Medina Guerrero, M. (Dir.). Pardo Falcón, J. (Coord.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía. III.* Sevilla: Centro de Publicaciones del Parlamento de Andalucía, 2012 pág. 110.
24 *Ibídem.*

doctrina, construida básicamente para los decretos-leyes emitidos por el Gobierno, puede trasladarse a los decretos-leyes autonómicos con dos precisiones: de una parte, el unicameralismo existente en el sistema parlamentario de gobierno de las Comunidades Autónomas, que obliga a acentuar el cumplimiento de los requisitos limitativos; y, de otra parte, la plena observancia de las reservas de ley del Parlamento que los Estatutos de Autonomía hayan podido introducir, algunas, incluso, de mayoría cualificada (por ejemplo, arts. 93 y 96 EAA)[25].

Veámoslo con más detenimiento, siguiendo el examen que el Consejo Consultivo de Andalucía realizó en su Dictamen 572/2012[26]:

> A) El presupuesto de hecho del decreto-ley acoge un concepto jurídico indeterminado que precisa de la conjunción de dos elementos: de una parte, una situación extraordinaria; de otra, que de ella se predique la urgencia. Por lo que se refiere a la situación extraordinaria el Tribunal Constitucional la considera acreditada en casos de «*coyunturas económicas problemáticas*» (STC 23/1993 de 21 de enero, FJ-5). Para el abordaje de las mismas, el decreto-ley «*representa un instrumento constitucional lícito en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro […] que subvenir a situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de preveer requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes, bien sea por el procedimiento ordinario o el de urgencia*» (STC 68/2007 de 28 de marzo, FJ-10).
>
> B) La valoración de la extraordinaria y urgente necesidad puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la propia inactividad del Gobierno, siempre que concurra, efectivamente, la excepcionalidad de la situación, pues «*lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurran*» (SSTC 137/2011 de 14 de septiembre, FJ-7 y 11/2012 de 13 de enero, FJ-6).
>
> C) Por otra parte, «*la perspectiva desde la que ha de analizarse el presupuesto habilitante… es la del momento en que se aprueba el correspondiente decreto-Ley, de manera que la validez de dicha norma no queda alterada por circunstancias posteriores que pudieran cuestionar la apreciación de la urgencia o de la necesidad afirmadas en aquel momento*» (STC 1/2012 de 13 de enero, FJ-6).

---

25 En el mismo sentido, Azpitarte Sánchez, M. *op. cit*. págs. 1801-1802.

26 Dictamen 572/2012, emitido en el Recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

D) Por lo que se refiere al presupuesto de la urgencia, la situación debe requerir «*una acción normativa inmediata*», que no puede esperar siquiera a la aprobación de una ley por el procedimiento ordinario o de urgencia. (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ-3).

E) El Gobierno (y posteriormente el Parlamento) precisan como justificación de un margen de apreciación que no tiene que basarse en «*una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público, entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud, como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de preveer, requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes*». (STC 6/1983 de 4 de febrero, FJ-5).

F) En cuanto al contenido de la norma, el Gobierno no puede introducir en el decreto-ley cualquier género de disposiciones; ni tampoco aquellas que por su contenido y de manera evidente, no guardan relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar, ni muy especialmente, aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea las situaciones jurídicas existentes, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad (STC 29/1982 de 31 de mayo, FJ-3). Tampoco el TC admite en el decreto-ley regulaciones de mayor alcance, pues las medidas «*han de ser concretas y de eficacia inmediata […] (sin) […] que pueda alterar la estructura del ordenamiento, salvo que ello fuere absolutamente indispensable, debidamente demostrado*». (STC 29/1982 de 31 de mayo, FJ-6).

G) No debe confundirse eficacia inmediata de la norma provisional con ejecución instantánea de la misma. Lo que resulta relevante es, tal como señala el Dictamen 572/2012 del Consejo Consultivo de Andalucía, «*si las medidas son concretas y de eficacia inmediata para hacer frente a una situación objetivamente identificada como extraordinaria y urgente, hasta el punto de no resultar posible aguardar a la tramitación de un proyecto de ley por el procedimiento de urgencia*». En tal sentido, el Tribunal tuvo ocasión de declarar, en una de sus primeras sentencias sobre el decreto-ley, que «*esta figura está contemplada en la Constitución como un instrumento del que es posible hacer uso para ordenar situaciones que, por razones difíciles de prever, reclaman una acción normativa inmediata*» o que por su «*compleja concurrencia, no pueda acudirse a la medida legislativa ordinaria, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir en el procedimiento legislativo o por la necesidad de la inmediatividad de la medida (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ-4)*».

H) El control del Tribunal Constitucional quedaría obstaculizado si no se exigiese la necesidad de explicitar y razonar la «conexión de sentido», relación de adecuación o congruencia entre la situación definida, que constituye el presupuesto habilitante, y las medidas que en el decreto-ley se adoptan, «*de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar*» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ-3). Esta exigencia consistente en el deber de razonar dicha conexión debe quedar reflejada en el preámbulo de la norma, en el debate parlamentario de convalidación y en el propio expediente de elaboración de la disposición. (STC137/2003, de 3 de julio, FJ-3, STC1/2012 de 13 de enero y 109/2014 de 3 de junio, entre otras).

V. EL PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO PARA LA CONVALIDACIÓN O DEROGACIÓN DEL DECRETO LEY AUTONÓMICO.

a) La convalidación.

Estas disposiciones provisionales que el Consejo de Gobierno incorpora mediante decreto-ley tienen una vigencia limitada a treinta días desde su promulgación. En efecto, los Estatutos reformados disponen que los decretos-leyes quedarán derogados si en el plazo improrrogable de treinta días subsiguientes a su promulgación no son convalidados expresamente por el Parlamento tras un debate y votación de totalidad. (art. 110. EAA; art. 64.2 EAC; art. 44.2 EAAr; art. 25.4 EACast y León; art. 49.2 EAIBal; art. 21 bis. LORAFNA y art. 30.3 EAMur.). Por cuanto estas normas tienen como cualidad preferente la inmediatez de su vigencia, debe entenderse que la aprobación, promulgación, publicación y entrada en vigor se producen simultáneamente. En consecuencia, para eliminar la precariedad consustancial a este tipo de normas y que tales disposiciones se inserten con vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico es necesaria la intervención del Parlamento. De esta manera, el acto de convalidación convierte a una norma provisional emanada del Consejo de Gobierno en una disposición asumida por la representación popular del Parlamento. De no superarse la referida votación, la norma quedará automáticamente derogada con efectos *ex nunc*[27].

El modo en que los Estatutos han regulado la intervención parlamentaria es similar. En todos se incorpora un plazo de tiempo de treinta días para la convalidación, a contar desde la promulgación del decreto-ley, predicándose de dicho plazo el carácter de improrrogable a fin de evitar interpretaciones extensivas o maniobras dilatorias para el acto de votación. En el caso de Andalucía y Murcia el procedimiento de convalidación se regula mediante Resolución de la Presidencia del Parlamento, de 5 de junio de 2008 y 15 de enero de 2014, respectivamente; en

27 Carmona Contrreras, A. M., *La configuración constitucional del Decreto-Ley.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 125 y ss.

Cataluña, Aragón, Baleares y Navarra se disciplina en sus respectivos Reglamentos parlamentarios; un caso especial lo constituye las Cortes de Castilla-León, donde la disposición final 5ª de su Reglamento parlamentario remite como derecho supletorio a lo que disponga para la convalidación el Reglamento del Congreso de los Diputados.

El debate y votación de la convalidación se realizará en el Pleno o en la Diputación Permanente, según se encuentre reunida o no la Cámara en periodo de sesiones. Durante la sesión, un miembro del Consejo de Gobierno expondrá las razones que han obligado a la promulgación del decreto-ley y a continuación intervendrán los Grupos Parlamentarios de menor a mayor representación. Concluido el debate, se procederá a la votación de totalidad. Si la votación no fuese favorable el decreto-ley quedará automáticamente derogado. El debate no podrá tener lugar hasta que la norma se haya publicado en el Boletín Oficial. Los votos afirmativos se entenderán favorables a la convalidación y los negativos favorables a la derogación.

b) La conversión en proyecto de ley

Los Estatutos modificados contemplan la posibilidad de convertir el texto del decreto-ley en proyecto de ley que debe tramitarse, en su caso, por el procedimiento legislativo de urgencia. Ello sucede en ocho CCAA, salvo en el caso de Murcia cuyas normas parlamentarias no especifican si debe seguirse el procedimiento ordinario o el de urgencia. En los demás casos, se prescribe el acortamiento de plazos en congruencia con la cualidad de legislación de urgencia que caracteriza la naturaleza de estas normas jurídicas.

Una vez convalidado el decreto-ley, la Presidencia de la Cámara preguntará si algún Grupo Parlamentario desea de manera expresa que el texto se tramite como proyecto de ley. En caso afirmativo, la solicitud será sometida inmediatamente a votación del Pleno del Parlamento. Si la Cámara se pronuncia a favor, la norma se tramitará como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. En consecuencia, se excluye el debate de totalidad (Andalucía, Murcia) o no podrán tramitarse enmiendas de devolución (Cataluña, Aragón, Baleares, Navarra). Las consecuencias de esta decisión son diversas: de una parte, el texto se abre a la posibilidad de modificaciones por la vía de la presentación de enmiendas particulares, con los cual la oposición parlamentaria puede ver acogidas algunas de sus observaciones sobre el texto y en todo caso dejar fijada su posición. Por otra parte la aplicación del procedimiento de urgencia supone la reducción de los plazos parlamentarios a la mitad, pudiendo ser incluso inferiores en casos excepcionales.

Si el Parlamento se hallare fuera del periodo de sesiones la convalidación se llevará a efecto por la Diputación Permanente. Si algún Grupo Parlamentario manifestare su deseo expreso de que el decreto-ley se tramite como proyecto de ley, la propuesta se someterá a votación de la Diputación Permanente que, de ser favorable, lo hará constar así en el informe que presente al Pleno del Parlamento en

la primera sesión ordinaria. Igual procedimiento se seguirá cuando el Parlamento esté disuelto o haya expirado el mandato parlamentario, si bien la decisión favorable a la tramitación como proyecto de ley se hará constar en el informe al Pleno surgido de las nuevas elecciones. En tal sesión, la nueva Cámara, previa intervención del Consejo de Gobierno y de los Grupos Parlamentarios, deberá ratificar o no la tramitación del proyecto de ley por el procedimiento de urgencia sin que quepa ya celebrar debate de totalidad. En todo caso, es jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional que la ley posterior resultante no puede sanar los vicios de inconstitucionalidad del decreto-ley precedente, si los tuviere.

VI. LÍMITES MATERIALES DEL DECRETO-LEY AUTONÓMICO.

El sistema de fuentes del Derecho establecido por la Constitución y los Estatutos es, en última instancia, una forma de organizar los campos de actuación normativa del Parlamento y del Gobierno. Ahora bien; puede suceder que la voluntad del constituyente decida sustraer determinadas materias al ámbito de disposición del Poder Ejecutivo, por considerar que ciertas cuestiones forman parte del consenso constitucional o afectan a las reglas del juego democrático y cuya alteración debe producirse en todo caso con intervención de la voluntad popular expresada a través del procedimiento parlamentario de aprobación. En efecto, el art. 86.1 CE establece cuatro límites sobre materias que estarían sustraídas al decreto-ley. Así, se prescribe que estas disposiciones legislativas provisionales «no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos reguladas en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general». Además, a estas limitaciones hay que añadir todas aquellas sobre las que la Constitución ha decidido efectuar una reserva a la ley orgánica u ordinaria. De todo ello resulta que las cuatro reservas expresamente excluidas «vinculan también a los Ejecutivos autonómicos por cuanto se trata de materias sobre las que las CC.AA. no ostentan competencias o éstas se encuentran sustraídas a la órbita del decreto-ley». En consecuencia, los límites materiales que pesan sobre los decretos-leyes estatales por mandato del art. 86.1 CE afectan también a los decretos-leyes autonómicos, por lo que resulta innecesaria su reiteración en los Estatutos de Autonomía[28].

De todo ello se deriva una doble exclusión de materias al ámbito de disponibilidad de los decretos-leyes autonómicos: de una parte, la que resulta, por imperativo constitucional de las prescripciones establecidas en el art. 86.1 CE; y, de otra, la que el poder estatuyente ha querido disponer en cada uno de los Estatutos. Condición previa e inexcusable es que la emanación del decreto-ley autonómico se mueva dentro del círculo de materias sobre las que la Comunidad

28 Requena López, T., Sistema de gobierno y sistema de fuentes, en: Balaguer Callejón, F. (coord.): *El sistema de gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía*. Sevilla: Secretaría General de Parlamento de Andalucía, 2003, págs. 84-105. En el mismo sentido, Porras Ramírez, J.M., *Las reformas estatutarias y el nuevo sistema autonómico de fuentes del Derecho.*

Autónoma posee competencias legislativas, bien con carácter exclusivo y pleno, o bien circunscritas al desarrollo legislativo de las bases dictadas por el Estado[29]. En realidad, algunas de estas prescripciones resultan redundantes, pues tanto la reforma del EA como las materias de desarrollo básico y el propio presupuesto de la Generalidad están sujetas a reserva de ley parlamentaria en el propio Estatuto Catalán. Algún otro Estatuto excluye a la acción del decreto-ley la fijación de la sede de las instituciones básicas de la Comunidad o el régimen tributario (art. 25.4 del EA de Castilla y León y 44.1 del EA de Aragón). La diferencia más importante en la configuración de la exclusiones estriba en la intensidad de las mismas, pues no es igual la previsión radical y plena [«*no pueden ser objeto de decreto-ley*»] (tal como establecen los EEAA de Cataluña, Aragón, Navarra o Murcia), que la más suave y abierta prescripción [«*no podrán afectar*»] acogida por los EA de Andalucía, Baleares y Castilla y León. Apreciada esta aparente diferencia de intensidad en los límites al decreto-ley, la jurisprudencia constitucional parece flexibilizar la exclusión radical, pues, si obviamos la reforma estatutaria y la aprobación del presupuesto, en todas las demás situaciones cabría, a través del decreto-ley autonómico, una intervención lateral y concreta que no afectase a la determinación de los elementos esenciales o configuradores básicos, sometidos a estricta reserva (SSTC. 111/1983, 29/1986 y 60/1986)[30].

El primero de los Estatutos de nueva generación que resultó modificado fue el de la CA de Valencia, mediante LO 1/2006, de 10 de abril, que introdujo que «*el Consell, en casos de extraordinaria y urgente necesidad, podrá dictar disposiciones legislativas provisionales por medio de decretos-leyes sometidos a debate y votación en Les Corts, atendiendo a lo que preceptúa el artículo 86 de la Constitución para los decretos-leyes que pueda dictar el Gobierno de España*». (art. 44.4 EAV). El tenor literal del preceptos no alude a límites expresos aunque hay que considerarlos existentes de una manera implícita. Al entender de Porras Ramírez estos límites inapelables afectarían, además de a los considerados en el art. 86. CE, tanto a las disposiciones atinentes a la reforma del Estatuto, cuanto a las leyes de desarrollo básico estatutario o a materias sustraídas a la acción de una ley autonómica[31].

Los restantes Estatutos modificados han optado por establecer una relación de materias de competencia autonómica que quedan sustraídos a la acción del decreto-ley. Abrió el camino el Estatuto de Autonomía de Cataluña al establecer que «*no pueden ser objeto de decreto-ley la reforma del Estatuto, las materias objeto de leyes de desarrollo básico, la regulación esencial y el desarrollo directo de los derechos reconocidos por el Estatuto y por la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña y el Presupuesto de la Generalitat*» (art. 64.1 EAC). En cambio, el EAAndalucía lo expresa de otra manera y con otros matices, pues los decretos-leyes «*no podrán afectar a los derechos establecidos en este Estatuto, al*

29 Carmona Contreras, A.M:. *op. cit.* págs. 27-28.
30 Porras Ramírez, J.M.: *op. cit.* pág. 146.
31 Porras Ramírez, J.M.: *op. cit.* págs. 143-144.

régimen electoral, ni a las Instituciones de la Junta de Andalucía: No podrán aprobarse por decreto los presupuestos de Andalucía»: (art. 110.1). Pero, es evidente que a estas prohibiciones hay que añadir las exclusiones de materias que el Estatuto de Andalucía ha querido reservar a una ley del Parlamento, algunas de ellas reforzadas a la aprobación por mayoría absoluta (arts. 93.1 y 96.4 EAA). En definitiva, como tuvo ocasión de señalar CARMONA CONTRERAS, todo ello «*pone de manifiesto la ausencia de una reflexión previa a la hora de configurar los límites materiales del decreto-ley autonómico*»[32].

RESUMEN

El proceso de descentralización política ha permitido una distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Estas competencias son el fundamento habilitante para que la legislación de urgencia se traslade a través de los Estatutos a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, previsión que inicialmente no fue incluida como parte del sistema de fuentes autonómico por ningún Estatuto. No obstante, la profundización del Estado Autonómico entre los años 2006 a 2013 vino a resolver esta limitación del sistema de fuentes en nueve Comunidades Autónomas, incorporando en los estatutos reformados esta fuente del Derecho.

El autor analiza el uso de los decretos leyes en las distintas Comunidades Autónomas, llegando a la conclusión de que se ha producido un claro abuso de esta figura, al ser utilizada a modo de legislación ordinaria debido a la excesiva laxitud en justificar el presupuesto habilitante para su uso.

En líneas generales, los Estatutos han trasladado a su regulación lo previsto en el artículo 86 de la Constitución, tanto en cuanto a presupuesto habilitante, procedimiento y límites, si bien, como se señala en el artículo, el ámbito competencial de cada Comunidad Autónoma introduce un elemento limitativo adicional.

Palabras clave: Decreto-ley – Procedimiento legislativo – Poder Ejecutivo – Parlamento – Competencias - Legislación.

ABSTRACT

The process of political decentralization has allowed a constitutional distribution of competencies between the State and the Autonomous Communities. These powers are the enabling basis for emergency legislation to be transferred through the Statutes to the Governing Councils of the Autonomous Communities, a provision that was initially not included as part of the system of autonomous sources by any Statute. However, the deepening of the Autonomous State between

32 *Ibíd.*pág. 29.

2006 and 2013 resolved this limitation of the system of law sources in nine Autonomous Communities, incorporating this source of Law in the statutes reformed.

The author analyses the use of decree-laws in the different Autonomous Communities, reaching the conclusion that there has been a clear abuse of this figure, as it has been used as ordinary legislation due to excessive laxity when justifying the enabling budget for its use.

In general terms, the Statutes have transferred the provisions of Article 86 of the Constitution to their regulation, both in terms of the enabling budget, procedure and limits, although, as indicated in the article, the scope of competence of each Autonomous Community introduces an additional limiting element.

Keywords: Decree-Law – Legislative procedure – Executive Power – Parliament – Powers – Legislation.

EL CONTROVERTIDO SISTEMA ELECTORAL CANARIO EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

Carlos Fernández Esquer
Investigador predoctoral (FPI-UAM)
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.
II. LA DOCTRINA SOBRE LAS BARRERAS ELECTORALES.
III. LA DOCTRINA SOBRE LA POSIBILIDAD DE INTRODUCIR UNA LISTA O CIRCUNSCRIPCIÓN REGIONAL MEDIANTE LEY AUTONÓMICA
IV. LA DOCTRINA SOBRE LAS CIRCUNSCRIPCIONES ELECTORALES.
V. LA DOCTRINA SOBRE EL RÉGIMEN ELECTORAL CANARIO EN SENTIDO AMPLIO.
VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

El sistema electoral utilizado en las elecciones al Parlamento de Canarias es peculiar desde varios puntos de vista: la configuración de sus elementos es relativamente atípica en el marco de referencia autonómico[1]; produce una inusual desigualdad en el valor del voto entre los ciudadanos de las distintas islas del archipiélago y genera elevados índices de desproporcionalidad[2]; y en la primera ocasión en que fue

1 Hernández Bravo, J., Los sistemas electorales de las Comunidades Autónomas en la Constitución. *Anales de la Facultad de Derecho*, 1999, nº 16, págs. 161-184; Gavara, J.C., *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; Oliver, J., *Los sistemas electorales autonómicos*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2011.

2 Fernández Esquer, C. y Montero, J.R., El sistema electoral canario: representación desproporcional y desigualdad del voto, en Pérez, G. y Mujica, V. (Coords.), *Textos para la reforma electoral de Canarias*. Gran Canaria: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2016. *Vid*. también Trujillo Álvarez, G., El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, nº 2, págs. 9-55; Sánchez Navarro, Á., *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

reformado se endurecieron las condiciones de acceso al Parlamento, siendo por ello objeto de una controvertida sentencia del Tribunal Constitucional (STC 225/1998, de 25 de noviembre)[3]. Por todo lo anterior, no debe extrañar que el debate sobre la necesidad de su reforma haya estado aleteando en el debate político y académico en los últimos tiempos[4].

La reciente IX Legislatura autonómica canaria (2015-2019) ha sido especialmente intensa en este sentido. Y es que se ha dado una circunstancia especial, pues el debate sobre la reforma de las reglas electorales canarias se ha desarrollado tanto en el Parlamento de Canarias como en las Cortes Generales. Por un lado, en la Asamblea legislativa canaria se ha constituido una Comisión de Estudio para la reforma electoral en la que ha comparecido un nutrido grupo de expertos en la materia y en la que finalmente una mayoría de los grupos políticos ha alcanzado unas conclusiones comunes en el Dictamen de la Comisión de Estudio

---

3 López Aguilar, J.F., Los problemas de constitucionalidad del sistema electoral autonómico canario. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1997, nº 51, págs. 95-140; López Aguilar, J.F., Derecho electoral autonómico y potestad autoorganizativa de las CC.AA. *Corts. Anuario de derecho parlamentario*, 1999, nº 8, págs. 251-282; Pérez Alberdi, M.R., Efectos de las barreras electorales. Estudio del sistema electoral canario a raíz de la STC 225/1998. *Revista de Derecho Político*, 2001, nº 52, págs. 357-401; Ríos Rull, F., El régimen electoral de Canarias. *Cuadernos de Derecho Público*, 2004, nº 22-23, págs. 441-450; Garrorena, A., Tribunal Constitucional y sistema electoral de las Comunidades Autónomas. Una desafortunada jurisprudencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, nº 83, págs. 243-275; Torres del Moral, A. Sistemas electorales y sistemas de partidos en las Comunidades Autónomas, en Gálvez Muñoz, L., (Dir.), *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas. Revisión y mejora*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009; Álvarez Gil, R., *El principio de proporcionalidad en el sistema electoral autonómico canario*. Madrid: Aranzadi, 2015; Pérez Sánchez, G. Las barreras electorales, en Pérez, G. y Mujica, V., (Coords.), *Textos para la reforma electoral de Canarias*. Gran Canaria: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2016; Oliver, J., *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

4 Álvarez Gil, R., *El principio de proporcionalidad en el sistema electoral autonómico canario*. Madrid: Aranzadi, 2015; López Carmona, A. y Delgado Márquez, B., Propuesta de reforma electoral para Canarias. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2015, nº3., págs. 1-15; Navarro, J. I., Las elecciones al Parlamento de Canarias de 24 de mayo de 2015: ¿ha llegado (por fin) el momento de la reforma del sistema electoral canario?. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2015, nº 10, págs. 99-109; García Rojas, J. A. (Coord.), *La reforma del sistema electoral canario: materiales para su discusión.* La Laguna (Tenerife): Universidad de La Laguna, 2016; Pérez, G. y Mujica, V. (coords.), T*extos para la reforma electoral de Canarias*. Gran Canaria: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2016; Fernández Esquer, C., Algunos problemas en la articulación jurídica de los sistemas electorales autonómicos. *Revista de las Cortes Generales*¸ 2016, nº 97-99, págs. 327-357. Carballo, P., Una breve reflexión sobre la idea de democracia y representatividad (a propósito de la problemática representatividad en el Parlamento de Canarias). *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2017, nº 13, págs. 161-171; Rodríguez-Drincourt, J., Consideraciones sociojurídicas sobre participación ciudadana y democracia abierta: especial referencia a las nuevas perspectivas de profundización democrática. *Oñati Socio-legal Series*, 2017, nº 7(5), págs. 979-992; Fernández Esquer, C., Reflexiones sobre las implicaciones jurídicas de algunas propuestas de reforma del sistema electoral canario. *Revista Jurídica de Canarias*, 2018, nº 50, págs. 31-48; García Mahamut, R., La reforma de los sistemas electorales autonómicos tras las elecciones de 24 de mayo de 2015: vectores políticos y jurídicos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, nº 41, págs. 185-212; Fernández Esquer, C. y Mujica Moreno, V., El sistema electoral canario: génesis, modificación y propuestas de reforma, en Rodríguez-Drincourt, J. (Coord.), *Transparencia, profundización democrática y lucha contra la corrupción.* Madrid: Thomson-Aranzadi, 2019.

sobre la reforma del sistema electoral canario[5]. Por otro lado, en las Cortes Generales se ha tramitado una propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía que incorporaba, entre otras cuestiones, modificaciones del régimen electoral. La ponencia que estudiaba las enmiendas a la propuesta de reforma del Estatuto canario en el Congreso de los Diputados mantuvo en suspenso sus trabajos en lo referente al sistema electoral, a la espera de la propuesta de reforma formulada por la Comisión de Estudio del Parlamento canario.

Finalmente, la reforma estatutaria culminó con la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias[6]. La reforma estatutaria trae consigo varias novedades en lo que a este asunto se refiere[7]. En primer lugar, el apartado b) del artículo 39.2, ha aumentado la horquilla del posible tamaño del Parlamento hasta un techo de 75 escaños, aunque mantiene un suelo de 50 escaños. Provisionalmente, la Disposición Transitoria 1ª (DT1ª) ha fijado en 70 el número de diputados que integran el Parlamento canario. En segundo lugar, la reforma solventa el problema representativo que existía entre La Palma y Fuerteventura, pues el apartado e) del artículo 39.2 prohíbe expresamente la posibilidad de que a una circunscripción insular se le pueda asignar un número de diputados inferior a otra que tenga menos población de derecho[8]. Así, en el prorrateo de escaños que realiza provisionalmente la DT1ª se otorga a Fuerteventura un escaño más (8), los mismos que posee La Palma. En tercer lugar, el apartado d) del artículo 39.2 señala que una ley, aprobada por una mayoría de tres quintos, establecerá el porcentaje mínimo de votos que deben obtener las listas electorales para acceder al reparto de escaños. La DT1ª ha reducido provisionalmente la doble barrera electoral de un 6 % a un 4 % autonómico y de un 30 % a un 15 % insular, mientras que ha suprimido la cláusula que permitía acceder al reparto de escaños automáticamente a la candidatura más votada en cada circunscripción.

Con todo, es la creación de una nueva circunscripción autonómica complementaria de nueve escaños el elemento más original del flamante sistema electoral. Así, la DT1ª, además de mantener la atribución de escaños clásica entre las siete circunscripciones insulares ya existentes (con la excepción del escaño adicional a Fuerteventura que se acaba de indicar), se añade una nueva circunscripción regional que abarca al conjunto del cuerpo electoral canario. Con ella se mejora la ratio diputado/habitantes, se disminuyen ligeramente las enormes diferencias en el valor del voto existentes entre electores de distintas islas y, además, se aumenta la proporcionalidad del sistema.

---

5 Boletín Oficial del Parlamento de Canarias, núm. 206, 21 de mayo de 2018.

6 Boletín Oficial del Estado, núm. 268, de 6 de noviembre de 2018, páginas 107645 a 107708.

7 Un primer estudio de la reciente reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias puede encontrarse en López Aguilar, J. F. y García Mahamut, R., El nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias: «tercera generación». Hecho diferencial y nuevo sistema electoral. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2019, nº 115, págs. 13-45.

8 Sobre los problemas jurídico-constituciones que planteaba esta circunstancia, *vid*., Fernández Esquer, C., Algunos problemas en la articulación…, *op. cit*., págs. 339-341.

Asimismo, Canarias se convierte en la primera comunidad autónoma en la que sus electores disponen de dos votos en unas mismas elecciones: un primer voto dirigido a las candidaturas de su respectiva isla y un segundo voto compartido por todos los electores para elegir listas regionales. En este sentido, y tal y como ya habíamos defendido algunos con anterioridad[9], el Consejo Consultivo, en su Dictamen 540/2018, de 28 de noviembre, acogió con buen criterio dos ideas fundamentales. La primera de ellas, bastante obvia por lo demás, es que el sistema electoral previsto en la Disposición Transitoria 1ª, junto con la LOREG y la Ley 7/2003, de elecciones al Parlamento de Canarias, constituía parámetro normativo suficiente para ordenar las elecciones autonómicas de 2019, sin que fuese imprescindible desarrollo legal alguno para su aplicación. Y la segunda idea es que, a falta de una ley canaria que sustituyese la regulación provisional prevista por la Disposición Transitoria, y en aplicación del principio de interpretación más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, la implementación de la nueva circunscripción regional debía realizarse permitiendo al elector emitir dos votos a través de dos papeletas y dos unas separadas: una correspondiente a las candidaturas de las circunscripciones insulares, y otra correspondiente a la circunscripción autonómica.

Posteriormente, el Decreto 21/2019, de 18 de marzo, por el que se modifica el Decreto 99/2011, de 27 de abril, que regulan las condiciones de locales, urnas, papeletas, sobres y demás elementos materiales a utilizar en las elecciones al Parlamento de Canarias, adecuó la normativa al nuevo sistema electoral.

Por último, la Junta Electoral de Canarias, en su Instrucción 1/2019, de 29 de marzo, relativa a las competencias de la misma en cuestiones no contempladas por la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de Elecciones al Parlamento de Canarias tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, dio por buena la existencia de dos urnas y dos papeletas, y colmó las lagunas existentes en la Ley de Elecciones al Parlamento de Canarias con relación a las competencias y trámites que debían sustanciarse ante la propia Junta Electoral de Canarias con motivo de la nueva circunscripción autonómica (designación de representantes de candidaturas, presentación y proclamación de candidaturas, administradores electorales, etc.)[10].

Como se comentaba al inicio, la atención académica recibida por el sistema electoral canario ha sido creciente en los últimos años. Sin embargo, se ha prestado poca atención a la doctrina que ha ido generando al respecto el Consejo Consultivo de Canarias, a pesar de que, a lo largo de sus años de actividad, el Consejo se ha visto obligado a emitir un total de diecisiete dictámenes directa o indirectamente relacionados con el régimen electoral de las elecciones al Parlamento de Canarias.

---

9 Pérez Sánchez, G. y Fernández Esquer, C., Informe sobre la implementación jurídica del sistema electoral contenido en la reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. *Revista Jurídica de Canarias,* 2019, nº 53, págs. 27-41.

10 Boletín Oficial de Canarias, núm. 66, jueves 4 de abril de 2019, págs. 11695-119700

Por ello, el propósito de este trabajo es realizar un repaso por la doctrina que ha ido sedimentando el Consejo Consultivo de Canarias con relación al sistema electoral del Archipiélago. Por orden cronológico, el Consultivo ha dictado los siguientes dictámenes sobre la materia electoral: 2/1987, de 17 de febrero; 3/1989, de 29 de mayo; 1/1991, de 11 de enero; 6/1991, de 8 de febrero; 7/1991, de 26 de febrero; 69/2001, de 10 de mayo; 39/2002, de 22 de marzo; 66/2003, de 28 de abril; 111/2005, de 13 de abril; 104/2007, de 6 de marzo; 199/2007, de 8 de mayo; 701/2009, de 30 de noviembre; 540/2018, de 28 de noviembre; y 78/2019, de 6 de marzo. Asimismo, con relación a la reforma del Estatuto de Autonomía, también ha emitido un total de tres Dictámenes que abordan tangencialmente la materia electoral: 65/1994, de 15 de noviembre; 68/2006, de 30 de marzo; 443/2014, de 2 de diciembre.

A continuación, se pasa a sintetizar las principales líneas interpretativas que ha realizado el supremo órgano consultivo de Canarias sobre una materia nuclear en cualquier democracia representativa y que hasta la fecha ha resultado especialmente polémica en la Comunidad Autónoma en cuestión. Es posible dividir la doctrina del Consejo Consultivo en cuatro grandes temáticas comunes: el asunto de las barreras electorales; la posibilidad de introducir una lista o circunscripción regional mediante ley autonómica; la cuestión de las circunscripciones; y el régimen electoral en un sentido más amplio. Analicemos por separado cada una de estas cuestiones.

II. LA DOCTRINA SOBRE LAS BARRERAS ELECTORALES.

Las barreras electorales del sistema electoral canario han sido un asunto altamente conflictivo en el debate público regional. El Consejo Consultivo de Canarias se ha pronunciado hasta en tres ocasiones sobre las barreras electorales (DDCC 65/1994; 69/2001; 701/2009), a lo que hay que sumarle dos importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC 72/1989 y 225/1998)[11].

Por orden cronológico, el Consejo Consultivo se pronunció tangencialmente sobre las barreras electorales con motivo del DCC 65/1994, de 15 de noviembre, en el que valoró la adecuación constitucional de los distintos preceptos de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía formulada por los Grupos Parlamentarios Agrupaciones Independientes de Canarias, Centrista, Iniciativa Canaria y Mixto.

---

11 Sobre estas problemáticas barreras electorales, y en especial sobre la STC 225/1998, *vid*. López Aguilar, J.F., Los problemas de constitucionalidad del sistema electoral…, *op. cit*., págs. 95-140; López Aguilar, J.F., Derecho electoral autonómico…, *op. cit*., págs. 251-282; Pérez Alberdi, M.R., Efectos de las barreras electorales. Estudio del sistema electoral canario a raíz de la STC 225/1998…, *op. cit*., págs. 357-401; Ríos Rull, F., El régimen electoral de Canarias, *op. cit*., págs. 441-450; Garrorena, Á., Tribunal Constitucional y sistema electoral de las Comunidades Autónomas…, *op. cit*., págs. 243-275; Torres del Moral, A., Sistemas electorales y sistemas de partidos en las Comunidades Autónomas, *op cit*., Pérez Sánchez, G., Las barreras electorales…, *op. cit*.; Oliver, J., *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad, op. cit.*

En la primitiva redacción el artículo 8.2 del Estatuto de Autonomía de Canarias (EACan, en adelante) se disponía la existencia de una doble barrera del 3 % autonómico y del 20 % insular. Sin embargo, la propuesta de reforma del EACan presentada en el año 1994 contemplaba un incremento de las cuantías de las barreras hasta el 5 % autonómico y el 25 % insular[12]. Además, esta última cuestión dejaba de estar regulada en un artículo del cuerpo del Estatuto y pasaba a estar contemplada en una disposición transitoria.

Antes de entrar a valorar el incremento de las barreras, el Consejo Consultivo comenzaba su análisis recordando que la constitucionalidad de una barrera de una cuantía del 3 % de los votos válidos emitidos en la circunscripción ya había sido admitida por el Tribunal Constitucional en la STC 75/1985, de 21 de julio. Obviaba en este punto el Consultivo que la barrera electoral del 3 % en Canarias se aplicaba sobre el conjunto de circunscripciones del Archipiélago y no sobre el ámbito de la estricta circunscripción, que era en realidad el caso resuelto por nuestro Alto Tribunal en aquella sentencia relativa a la barrera electoral en las elecciones al Parlamento de Cataluña.

Por lo que respecta a la adecuación constitucional de la barrera del 20 % insular, el Consultivo se remite a la STC 72/1989, de 20 de abril, en la que el Tribunal Constitucional afirmó que dicha barrera era «*adecuada a las peculiaridades geográficas y poblaciones del archipiélago canario, e incluso pieza necesaria de su régimen electoral […]; con la indudable finalidad de conformar el Parlamento con representaciones políticas de los ciudadanos de cada una de esas islas, dicho porcentaje del 20 por 100 insular asegura tal finalidad legal al actuar como correctivo del 3 por 100 regional, ya que de no estar así previsto algunas de las circunscripciones electorales no podrían alcanzar representación parlamentaria, dado que su número de votantes, e incluso de electores, no es suficiente para superar el 3 por 100 de los votos válidos emitidos en la Región*». Por lo que el Alto Tribunal concluía afirmando que «*la regla de un porcentaje mínimo, además de no vulnerar el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, reconocido en el art. 23.2 de la Constitución, en conexión con el 14 del propio texto fundamental, constituye previsión legal, no sólo razonable, sino imprescindible para asegurar que las diversas zonas del territorio de las Comunidades Autónomas tengan representación en sus Asambleas Legislativas -art. 152.2 de la Constitución*».

Ahora bien, una vez afirmada la constitucionalidad de las barreras electorales originales (3 % autonómico y 20 % insular), el Consultivo, de forma sorprendente, rehuyó manifestar su criterio sobre el incremento de las barreras electorales, transfiriendo la responsabilidad sobre la valoración de su

12 Finalmente, las barreras electorales fueron aumentado su cuantía tras su paso por el Congreso de los Diputados y el Senado, de modo que tras la modificación estatutaria operada por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, las candidaturas, para acceder al reparto de escaños, debían superar una barrera legal del 30% insular, una del 6% autonómico, o ser las listas más votadas en la isla respectiva.

constitucionalidad a los legisladores autonómico y estatal: «*sobre la base, pues, de la constitucionalidad de la utilización de ambos criterios correctores, este Consejo no puede valorar si el incremento de los mismos puede ser inconstitucional por afectar –haciéndola inviable– la presencia en la Cámara parlamentaria de alguna o algunas de las fuerzas políticas con implantación insular. Valoración que, en cualquier caso, corresponde hacer al Parlamento de Canarias, cuando apruebe la Propuesta de Reforma y, en última instancia, al Legislador del Estado cuando la apruebe mediante Ley Orgánica*[13]».

Sin embargo, y pese haber rechazado pronunciarse sobre las barreras del 5 % autonómico y 25 % insular, en las conclusiones del Dictamen, el Consultivo señala que «*resulta de difícil constitucionalidad que, en un sistema electoral de las características del canario, se establezca una barrera electoral general, dejando de tener fundamento establecer la local si aquélla no existiera*».

En este punto, la respuesta del Consultivo es cuando menos desconcertante, pues, tras haber rechazado la posibilidad de valorar la constitucionalidad de las modificaciones, decide sembrar dudas sobre su constitucionalidad en las conclusiones. En cualquier caso, su respuesta se antoja insuficiente, máxime si se tiene en cuenta que, a esas alturas, el Tribunal Constitucional ya había declarado expresamente la constitucionalidad de una barrera como una de las propuestas, del 5 % en el conjunto del territorio autonómico aun existiendo circunscripciones electorales de ámbito inferior, tal y como hizo en la STC 193/1989, de 16 de noviembre, con relación al antiguo sistema electoral de la Región de Murcia. Es decir, el Consultivo disponía en noviembre de 1994 de elementos, basados en la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional, para arrojar algo más de luz sobre la constitucionalidad del incremento de las barreras propuestas.

No debe extrañar por ello que, en el voto particular formulado al DCC 65/1994 por el Sr. Consejero Enrique Petrovelly Curbelo, éste discrepara de la forma contradictoria de resolver el asunto de las barreras por parte de la mayoría del Consejo Consultivo. Además, el Consejero discrepante rechazó la adecuación constitucional del incremento de las barreras, poniendo en cuestión la existencia –e incremento al 5 %– de una barrera electoral de carácter autonómico que superara, por tanto, el ámbito de las circunscripciones insulares. Como también subrayó la improcedencia de una segunda barrera electoral correctora que, al elevarse el porcentaje de la primera en lugar de disminuir para compensar sus efectos, también se incrementase[14].

Años después, en el DCC 69/2001, de 10 de mayo, el Consultivo se tuvo que pronunciar sobre la viabilidad de que una ley canaria reformase el sistema

---

13 Dictamen 65/1994, de 15 de noviembre, Fundamento V.4, pág. 32.
14 Voto particular que formula el Sr. Consejero Enrique Petrovelly Curbelo al Dictamen 65/1994, de 15 de noviembre, Fundamento III.6, págs. 120-123.

electoral contenido en la DT1ª del EACan, con el objetivo de alterar el prorrateo de escaños entre islas y las barreras electorales. Respecto a lo primero, la proposición de ley en cuestión proponía aumentar a 66 el número de escaños del Parlamento, otorgando 3 escaños más a Gran Canaria y otros 3 a Tenerife. Pues bien, respecto al ligero incremento del número de diputados, el Consultivo no encontró ningún reproche jurídico, al moverse las modificaciones dentro de los márgenes estatutarios.

Más dudas generó, sin embargo, la propuesta consistente en suprimir la barrera regional y en reducir la barrera insular a la mitad (el 15 % de los votos válidos). En este punto, conviene recordar, como hizo el Consejo Consultivo, que «*en las dos ocasiones en que ha tenido que pronunciarse el Tribunal Constitucional –SSTC 72/1989 y 225/1998–, no ha formulado reparo a la regulación estatutaria del sistema electoral de Canarias, por lo que ha de partirse de su adecuación constitucional, no obstante la acusada singularidad en lo que se refiere a la distribución de escaños entre circunscripciones y las cláusulas –y su cuantía–, de exclusión de candidaturas*[15]».

Pues bien, aunque a primera vista la supresión de la barrera regional y la disminución de la cuantía de la insular a la mitad pudiera parecer un cambio que favorece la proporcionalidad, en realidad, esta propuesta trastocaría por completo el juego de barreras para el acceso al reparto de escaños por parte de los partidos. Aunque resulte paradójico, la supresión de la barrera regional y la reducción a la mitad de la insular es una operación contraria a la proporcionalidad de los resultados y, en consecuencia, generadora de desigualdades entre distintas candidaturas proscritas por el artículo 23.2 de la Constitución.

Como bien señala el Consultivo, la eliminación de la barrera regional altera el papel que, según el Tribunal Constitucional, cumple la barrera insular, consistente en contrarrestar el efecto de aquella con la finalidad de asegurar el acceso al Parlamento de «*fuerzas políticas mayoritarias en la circunscripción, pero minoritarias en el conjunto de la Comunidad Autónoma*» (STC 225/1998, FJ 7, tercer párrafo). En efecto, al suprimirse la barrera regional, la insular ya no opera como una alternativa para el acceso al reparto de escaños de aquellos partidos con importante respaldo electoral en una isla, pero escaso en el conjunto de la región. Razón por la cual, por cierto, el Tribunal Constitucional llegó a tolerar barreras del 20 % en un primer momento (STC 72/1989) y del 30 % después (STC 225/1998). Este aspecto ha sido mal comprendido por algunos comentaristas, que han visto en la alta cuantía de la barrera insular la principal restricción del sistema electoral canario, cuando, en realidad, dado el carácter alternativo de ésta, la verdadera barrera problemática era la del 6 % autonómico, a pesar de ser su cuantía más moderada. Retomando el razonamiento del Consultivo, ante la ausencia de una

15 Dictamen 69/2001, de 10 de mayo, Fundamento II.4, pág.3.

barrera de ámbito regional, el papel de la barrera insular, aun fijada en el 15 %, quedaría reducido, ahora sí, al tradicional de restringir los efectos proporcionales de la fórmula electoral utilizada[16].

Remata el Consultivo su razonamiento sobre la inconstitucionalidad de la barrera insular recordando lo afirmado por el Tribunal Constitucional, cuando señalaba que, a pesar de no haber «*elevado a categoría un determinado porcentaje numérico*», una barrera del 15 % se sitúa muy «*por encima de esa pauta comúnmente considerada como máxima que es el 5%*» (STC 225/1998, FJ 5). No parece que en el caso concurriesen poderosas razones que justificasen ese enorme exceso respecto al estándar de referencia máximo comúnmente aceptado del 5 %, por lo que se trataría de un efecto limitador de la proporcionalidad constitucionalmente inadmisible, al vulnerar el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo[17].

Encontramos el último pronunciamiento del Consejo Consultivo en torno a la cuestión de las barreras electorales, en el DCC 701/2009, de 30 de noviembre. Este Dictamen valoró la viabilidad jurídica de la Proposición de ley «*para la emocratización del sistema electoral al Parlamento de Canarias*», presentada por el Grupo Parlamentario Socialista Canario, con la que se pretendía suprimir la por entonces barrera electoral del 6 % autonómico y reducir la barrera insular al 5 % de los votos válidos emitidos. Es decir, se trataba de una propuesta equivalente a la que se acaba de exponer, con la diferencia de que la barrera insular, en lugar de situarse en el 15 %, se fijaba en el 5 %.

Pues bien, en este caso, además de una serie de reproches a mi juicio innecesarios sobre la pertinencia del título de la proposición de ley atribuido por sus impulsores, el Consejo Consultivo no plantea ninguna objeción material a la reforma propuesta. En este sentido, el Consultivo afirma que, «*aunque la supresión de la barrera regional altera el diseño estatutario del sistema electoral, no cabe objeción material a la alteración misma, por cuanto, como ya se ha señalado, la propia Disposición Transitoria permite esta alteración por la voluntad cualificada del Parlamento de Canarias, mediante ley, pues la supresión de esta barrera se acompaña adecuadamente de la bajada del tope de la barrera insular, de un 30 % a un 5 %*[18]».

Por lo demás, el Consultivo no hizo sino confirmar lo que señalase en el DCC 69/2001, de 10 de mayo, cuando identificó precisamente el 5 % como cuantía comúnmente aceptada. Por lo que concluyó, en fin, que la modificación planteada por la proposición de ley era conforme con la Constitución y con el Estatuto de Autonomía de Canarias.

---

16 Dictamen 69/2001, de 10 de mayo, Fundamento III.2, pág.5.
17 Dictamen 69/2001, de 10 de mayo, Fundamento III.2, pág.5.
18 Dictamen 701/2009, de 30 de noviembre, Fundamento IV.1, pág.15.

III. LA DOCTRINA SOBRE LA POSIBILIDAD DE INTRODUCIR UNA LISTA O CIRCUNSCRIPCIÓN REGIONAL MEDIANTE LEY AUTONÓMICA.

El DCC 3/1989, de 29 de mayo, tuvo como ponente al insigne jurista canario Gumersindo Trujillo, primer Presidente del Consejo Consultivo de Canarias, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de La Laguna y uno de los más importantes juristas dedicados al estudio de los Consejos Consultivos autonómicos como órganos de control de estatutoriedad[19]. Se trata de un dictamen bien fundamentado, con un profundo rigor técnico-jurídico y conceptual, en el que además se utilizan abundantes referencias comparadas de la regulación electoral de otras Comunidades Autónomas para dar respuesta a las preguntas formuladas.

En el referido Dictamen, el Alto Organismo Consultivo de Canarias tuvo que pronunciarse sobre la viabilidad jurídica de introducir, entre otras novedades, una «*lista única de ámbito canario*», por parte de una Proposición de Ley de medidas urgentes en Materia electoral de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Ahora bien, ¿en qué consiste y, sobre todo, qué implicaciones jurídicas entrañaría la introducción de un mecanismo de estas características? La respuesta del Consejo fue taxativa, al afirmar que la lista en cuestión «*no puede tener otra significación que la de la incorporación al sistema electoral autonómico de una circunscripción regional innominada*[20]». En este sentido, señaló el Consejo que la circunscripción electoral cumple una doble función: de una parte, es el ámbito territorial que las normas electorales toman en consideración para la adecuada distribución de los escaños mediante los correspondientes procesos electorales; de otra, señala el ámbito de ejercicio del derecho de sufragio activo de los electores inscritos en los censos electorales correspondientes a dicha demarcación territorial. De esas consideraciones, parece obvio –subraya el Consejo–, «*que es justamente esa doble función la que se asigna a la única lista de ámbito canario*[21]». Lo determinante no sería, pues, que el ejercicio práctico del derecho de sufragio mediante la emisión del voto se realizase del mismo modo y en el mismo lugar que para la elección de diputados a proveer en circunscripciones insulares. En realidad, lo realmente decisivo para establecer la equivalencia ente la "lista única" y la circunscripción regional es que la decisión atributiva de los escaños sea realizada en el ámbito autonómico y no en el insular.

A mi modo de ver, estas consideraciones del Consejo Consultivo sirven para *levantar el velo* de lo que supone en realidad una lista de ámbito canario: la

---

19 Trujillo Álvarez, G., La función consultiva en las Comunidades Autónomas: sus órganos específicos y sus relaciones con el Consejo de Estado. *Documentación Administrativa*, 1991, nº 226, pp. 153-198; Trujillo Álvarez, G., Consejos Consultivos autonómicos, en Aragón Reyes, M. (Dir.) y Aguado Renero, C. (Coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo II. Organización general y territorial del Estado*. Navarra: Civitas.

20 Dictamen 3/1989, de 29 de mayo, Fundamento II.1., pág.3.

21 Dictamen 3/1989, de 29 de mayo, Fundamento II.1., pág.4.

creación implícita de una circunscripción regional o autonómica. Así las cosas, y con independencia del *nomen iuris*, la decisión consistente en qué porción de los escaños del parlamento se reparten entre distintos candidatos que concurren en una "lista autonómica", y todo ello a partir del cómputo de votos emitidos por los residentes en las distintas islas del archipiélago, es decir, por el conjunto del cuerpo electoral, supone el establecimiento *de facto* de una circunscripción autonómica.

Sentado lo anterior, emerge inmediatamente otra cuestión. Si la lista regional y la circunscripción autonómica tienen idénticas implicaciones jurídicas, ¿cuáles son esas implicaciones? ¿Puede una ley autonómica del Parlamento de Canarias introducir novedades de este tipo sin necesidad de reforma estatutaria? En definitiva, ¿cuáles son los cauces normativos posibles o adecuados para incorporar al sistema electoral canario una lista o circunscripción de carácter regional?

Para acometer esta tarea, el Dictamen comienza realizando un repaso del resto de regulaciones estatutarias, con el objetivo de examinar el régimen jurídico de las circunscripciones electorales en otros sistemas electorales regionales, producto del juego entre Estatutos de Autonomía y leyes electorales autonómicas. Entre otras conclusiones, el Dictamen detecta que en ninguno de los casos en que existe una remisión al legislador autonómico figura regulada la circunscripción en el cuerpo del Estatuto, aunque sí en sus Disposiciones Transitorias; y constata además que, en ausencia de remisión al legislador autonómico, los Estatutos de Autonomía, al configurar la circunscripción, emplean todos expresiones que contienen el verbo *ser*, tales como «*la circunscripción electoral será, en todo caso, la provincia*» (art. 11.4 Estatuto de Autonomía de Galicia); «*la circunscripción electoral es la provincia (...)*» (art. 104.1 Estatuto de Autonomía de Andalucía); «*la provincia será la circunscripción electoral*» (art. 17.3 Estatuto de Autonomía de Extremadura)[22].

A continuación, el Consultivo afirma que, mientras que el EACan habría apostado por una solución provisional en algunos aspectos del sistema electoral como el prorrateo de escaños entre islas o el número total de escaños del Parlamento en virtud de la DT1ª, el EACan, en el entonces artículo 8.4, por el contrario, habría optado de manera definitiva por la circunscripción insular. Según el Consejo, esta opción definitiva –no provisional– por la circunscripción insular admitiría dos interpretaciones distintas. Una primera interpretación permite considerar que el precepto estaría fijando de manera definitiva las circunscripciones electorales del sistema electoral, de modo que el legislador electoral autonómico no podría introducir nuevas circunscripciones, salvo reforma estatutaria. Y una segunda interpretación, más generosa con los poderes del parlamento autonómico, permitiría entender que lo único que el precepto en cuestión garantiza es que cada una de las sietes islas del Archipiélago constituyan una circunscripción electoral, lo cual no impide que una ley autonómica cree otro tipo de circunscripciones, como puede ser una de ámbito regional[23].

---

22 Dictamen 3/1989, de 29 de mayo, Fundamento II.3., pág.7.
23 Dictamen 3/1989, de 29 de mayo, Fundamento III.1., pág.8.

En apoyo de esta segunda tesis, el Dictamen reconoce que la fórmula empleada por el artículo 8.4 EACan –«*las islas* constituyen *una circunscripción electoral*»– es más permisiva que las que utilizan los restantes Estatutos que sí resuelven el tipo de circunscripción sin remitirlo al futuro legislador autonómico. Este grupo de Estatutos, al utilizar distintos tiempos verbales del verbo *ser*, estarían expresando obligatoriedad y exhaustividad. Por tanto, que el citado artículo emplee otra expresión distinta –*constituyen*– implica una condición necesaria: las siete circunscripciones insulares deben existir en tanto no se derogue dicho precepto. Sin embargo, el verbo "constituir" no supone una condición suficiente, es decir, no implica que el legislador electoral no pueda introducir una novedad como puede ser la lista de carácter autonómico. En palabras del Consejo Consultivo de Canarias, conforme a esta segunda interpretación, «*el precepto cumpliría una función más de carácter garantista que propiamente organizadora del sistema definitivo*».

Con todo, el Consejo Consultivo de Canarias acaba rechazando que mediante ley autonómica pueda introducirse una circunscripción regional. Para ello, se apoya el Consejo en el carácter provisional de la DT1ª EACan, cuya función debiera ser la de regular temporalmente los aspectos que ella misma prevé. Dicha función impide entender que la Disposición en cuestión esté habilitando al legislador para modificar lo que se regula con vocación de permanencia en el propio cuerpo del EACan. Máxime, cuando la propia Disposición hace referencia a las circunscripciones previstas en el artículo 8.4, sin contener ningún tipo de reserva respecto de otras posibles alternativas[24].

Por último, el Consejo esgrime un argumento final para excluir la posibilidad de que el legislador establezca una nueva circunscripción de carácter autonómico sin hacerlo mediante reforma estatutaria que, a mi juicio, resulta bastante cuestionable. Nos recuerda el Alto Órgano Consultivo canario que el prorrateo de escaños entre las distintas circunscripciones responde al sistema de paridades y equilibrios interprovinciales e interinsulares, sistema de distribución de escaños que se sustenta sobre la circunscripción de tipo insular.

Ahora bien, aun siendo indiscutible que en los antecedentes históricos de la elaboración del EACan está presente esa voluntad del estatuyente, el razonamiento es cuando menos controvertido. En primer lugar, porque el reparto de escaños comúnmente denominado como *triple paridad*, se contenía en una Disposición Transitoria y no en el articulado propiamente dicho del EAcan. Por tanto, parece que ese sistema de equilibrios quiso utilizarse como una herramienta provisional, pero no con carácter de permanencia, pues, de haberse deseado que así fuese, se habría establecido en el cuerpo del EACan. Por lo demás, el criterio de la *triple paridad*, con independencia de su razonabilidad y de su pertinencia en la actualidad, hunde sus raíces en unas circunstancias históricas concretas, que responden a una determinada concepción sociopolítica; sin embargo, carece de sustento jurídico

24 DCC 3/1989, de 29 de mayo, Fundamento III.1., pá.10.

alguno en los preceptos de la Constitución, más allá de la genérica exigencia del artículo 152.1 CE consistente en que los sistemas electorales autonómicos aseguren la adecuada representación de los territorios, que ya se cumpliría por el mero hecho de adoptar la isla como circunscripción, a pesar de las grandes diferencias poblacionales existentes entre ellas. Es más, existen dudas más que razonables de que la enorme desigualdad del voto originada por la distribución de escaños desplegada por la DT 1ª EACan respete el principio de sufragio igual que proclama el propio artículo 9.1 del EACan y de la interpretación conjunta de los artículos 14 y 23.1 de la Constitución[25].

Sobre la posibilidad de introducir una lista o circunscripción regional mediante ley autonómica, también merece la pena detenerse en el Dictamen 111/2005, de 13 de abril. El Consejo Consultivo de Canarias tuvo que responder a una consulta parlamentaria planteada por el Presidente del Parlamento de Canarias, en relación con la Proposición de ley del Grupo Parlamentario Socialista Canario. Concretamente, el Dictamen debía dar respuesta a la siguiente pregunta: «*¿Resultaría contraria al Estatuto de Autonomía de Canarias la aprobación por el Parlamento de Canarias de una Ley electoral que dispusiera la creación de una circunscripción de ámbito regional o autonómico, adicional a las siete circunscripciones insulares existentes en la actualidad?*[26]».

Para contestar a dicha pregunta, el Consejo Consultivo comenzó recordando que la DT 1ª EACan no constituye un título competencial que habilite al legislador canario para reformar el sistema electoral regional. En realidad, el Parlamento de Canarias es competente para regular el régimen electoral autonómico en virtud del antiguo artículo 30.1 del EACan en relación con el art. 148.1.1ª de la Constitución, conforme al cual ostenta competencia exclusiva para "regular la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno". El legislador autonómico puede normar sobre esta materia, sin otros límites que los que emanan del art.152.1 CE[27], los límites materiales de los antiguos artículos 3.2, 4, 9 y 10 del EACan, los límites formales de la antigua DT 1ª EACan, como es la mayoría de dos tercios exigida para su aprobación y, por último, el límite que resulta del carácter básico de los preceptos del Título I de la LOREG que señala su disposición adicional primera[28].

Dicho esto, el Dictamen aclara algo elemental: «*El Estatuto de Autonomía como norma institucional básica no puede agotar en sí y por sí la regulación de las*

---

25 *Vid*. Fernández Esquer, C. y Montero, J. R., El sistema electoral canario: representación desproporcional y desigualdad del voto…, *op. cit.*, págs. 21-68.
26 Dictamen 111/2005, de 13 de abril, Fundamento I, págs.1.
27 Pese al tenor literal del artículo 152.1 CE, el Tribunal Constitucional, en el FJ 6 de la STC 225/1998, de 25 de noviembre, zanjó un importante debate doctrinal, y acabó respaldando la tesis de quienes sostenían que las previsiones de dicho artículo se proyectaban sobre los Estatutos de todas las comunidades con independencia de su respectiva vía de acceso a la autonomía. Esta doctrina se ha visto confirmada en posteriores sentencias (SSTC 19/2011, FJ 3; y 197/2014, FJ 6).
28 Dictamen 111/2005, de 13 de abril, Fundamento II.2, pág.2.

materias, sino que ha de permitir que el Legislador autonómico entre a regularlas según la orientación ideológica de la fuerza o fuerzas políticas mayoritarias en cada momento. No todos los aspectos de la regulación del sistema electoral autonómico han de ser básicos; por eso el Estatuto de Autonomía de Canarias no ha optado por establecer rígidamente el número de Diputados a elegir, por cada circunscripción, ni establecer las barreras electorales. Todas estas determinaciones son contenidos propios y esenciales de la Ley electoral». Ahora bien –se pregunta el propio Consejo Consultivo–, «*¿también optó por diferir a la ley la determinación del número y el ámbito territorial de las circunscripciones electorales, o lo reservó para su regulación completa en el propio Estatuto? Esta es la cuestión que se somete a consulta*[29]».

Pues bien, el Pleno del Consejo apuntaló de nuevo su doctrina tradicional, esbozada ya en el DCC 3/1989, afirmando que el legislador canario no puede introducir una circunscripción autonómica mediante ley. Considera en el Dictamen que «*el art.9.4 describe, sin necesidad de explicación o desarrollo legal alguno, la totalidad de las circunscripciones para la elección de Diputados regionales. Aunque no se formula una prohibición expresa y directa de establecer otras circunscripciones electorales, es lo cierto que si el Legislador estatuyente hubiera querido confiar al autonómico la precisión última del mapa de circunscripciones habría de haberlo señalado expresamente (máxime para la concreción de un elemento fundamental de la organización electoral como es éste de la definición de circunscripciones)*[30]».

Para reforzar la argumentación, el Consultivo decide acudir a los precedentes parlamentarios que en las Cortes Generales condujeron al antiguo artículo 9 EACan, que es el precepto que señalaba que cada una de las siete islas constituían una circunscripción electoral. A este respecto, señala el Consultivo, que al Dictamen de la Comisión constitucional cuyo texto coincidía en este punto con el del EAcan que acabaría aprobándose, se formuló voto particular por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, proponiendo la asignación de tres diputados por isla y treinta y cinco a una circunscripción regional, a crear directa y expresamente por el Estatuto, que fue rechazado en la sesión del 27 de mayo de 1982 del Pleno del Congreso de los Diputados. De este modo –concluye el Consultivo–, «*el Legislador estatuyente, tuvo ocasión de crear una circunscripción regional y expresamente lo rechazó; de los textos debatidos, y del debate mismo, puede sin duda concluirse que optó por establecer en el texto del Estatuto sólo siete circunscripciones insulares, con una absoluta precisión de su ámbito geográfico*». De forma que «*el Legislador estatuyente cerró, pues, la posibilidad de la creación por ley de una nueva circunscripción, de ámbito regional, pues expresamente se opuso a ella*[31]».

---

29 Dictamen 111/2005, de 13 de abril, Fundamento II.3, págs. 3-4.
30 Dictamen 111/2005, de 13 de abril, Fundamento II.5, pág. 7.
31 Dictamen 111/2005, de 13 de abril, Fundamento II.5, pág.8.

El Consejo llegó finalmente a la conclusión de que «*resultaría contraria al Estatuto de Autonomía la aprobación por el Parlamento de Canarias de una Ley electoral que disponga la creación de una circunscripción de ámbito regional o autonómico adicional a las siete circunscripciones insulares actuales*». Por lo que, en consecuencia, el vehículo o instrumento jurídico apropiado para la válida incorporación de una circunscripción de ámbito regional o autonómico al régimen electoral de la Comunidad Autónoma es la reforma del Estatuto de Autonomía (DDCC 3/1988; 111/2005).

IV. LA DOCTRINA SOBRE LAS CIRCUNSCRIPCIONES ELECTORALES.

Más allá de la específica controversia sobre la posibilidad de introducir una lista o circunscripción regional mediante una ley autonómica, el Consejo Consultivo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre cuestiones relativas a circunscripciones o distritos electorales.

En el DCC 3/1989, el Consultivo se pronunció sobre la posibilidad de que una ley canaria sustituyese el carácter plurinominal de las siete circunscripciones insulares por su condición uninominal. La proposición de ley en cuestión pretendía crear una "lista regional" de sesenta y tres diputados, detrayendo a las circunscripciones insulares la mayoría de sus diputados hasta convertirlas en distritos uninominales.

Sobre esta cuestión el Consultivo señaló dos cosas. La primera es que la reducción a uno del número de diputados de las circunscripciones sería contraria al Estatuto de Autonomía, pues supondría una transformación en circunscripciones uninominales que impediría la proporcionalidad exigida por el entonces art. 8.2 del Estatuto, al convertir la asignación de escaños en esas circunscripciones en mayoritaria[32]. En este punto, habría sido interesante conocer el razonamiento del Consultivo con posterioridad al año 1992, habida cuenta de que en esa fecha el Tribunal Constitucional admitió la constitucionalidad de la existencia del distrito uninominal de Formentera en el sistema electoral balear. En aquella sentencia, el Alto Tribunal se apoyó en el hecho de que el propio artículo 68 de la Constitución demuestra que la existencia de circunscripciones uninominales como Ceuta y Melilla en las elecciones al Congreso de los Diputados, es compatible con el carácter globalmente proporcional de un sistema electoral. Hay que tener en cuenta, además, que el legislador puede atender a circunstancias especiales, como puede ser la condición insular, que le lleve a otorgar una representación específica y propia a una determinada población, y que por su escasa importancia demográfica e incluso por las necesidades derivadas del propio carácter "proporcional" del sistema se le asigne un único escaño (STC 45/1992, FJ 5).

32 Dictamen 3/1989, de 29 de mayo, Fundamento III.2., pág.11.

La segunda razón que apuntó el Consejo Consultivo para rechazar la reducción a uno de los escaños en las circunscripciones insulares es que ello colisionaría con el sentido del entonces artículo 11.3 del EACan, que contemplaba el conocido como "veto insular". Se trata de una peculiar institución, absolutamente excepcional en el Derecho Parlamentario español, que permite que la oposición de dos tercios de los diputados elegidos en una misma Isla bloquee temporalmente la adopción de un determinado acuerdo o la tramitación de un determinado asunto, cuando entiendan que ello va contra los intereses de dicha isla. De esta forma, señala el Consultivo, el precepto «*quedaría vacío de contenido –salvo que se incurra en el absurdo de entender que un solo Diputado (que por sí mismo superaría el límite requerido de los 2/3) pudiera ejercer individualmente tal derecho–*[33]». Es decir, esa reducción de escaños incidiría en el derecho de los representantes de las distintas islas, excediendo de los márgenes estatutarios.

También tiene interés detenerse en el DCC 68/2006, en el que el Consejo Consultivo analizó la constitucionalidad y corrección técnico-jurídica de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, elaborada en 2006 por una Ponencia conformada por todos los grupos parlamentarios. Conviene recordar que, tras su aprobación en el Parlamento de Canarias y su remisión al Congreso de los Diputados, el texto de reforma estatutaria fue retirado en diciembre de 2007 por el propio Parlamento canario a instancias de los Grupos parlamentarios nacionalista y popular, debido a la amenaza de que prosperase una enmienda presentada por el Grupo parlamentario socialista en el Congreso de los Diputados, relacionada con suprimir el siempre controvertido sistema electoral canario.

Con relación a la materia electoral, el Consejo estudia el contenido del artículo 17 de la propuesta de reforma del Estatuto, dedicada a regular el sistema electoral de las elecciones al Parlamento de Canarias. Una de sus principales novedades –que luego desaparecería en el trámite parlamentario tras el informe de la Ponencia–, era la propuesta de creación de una nueva circunscripción autonómica de quince escaños, complementaria a las siete circunscripciones insulares de siempre, y cuya articulación se proponía "en papeleta independiente". Pues bien, respecto a la creación de una circunscripción de carácter regional o autonómica complementaria a las insulares, el Consejo Consultivo no plantea ninguna objeción de índole constitucional. De hecho, como hemos visto, en los Dictámenes 3/1989 y 111/2005, el propio Consultivo había negado que fuese la ley el instrumento normativo adecuado para la creación de una circunscripción regional, siendo el Estatuto la norma adecuada para ello.

Llama la atención que el Consultivo no se pronuncie sobre un inciso del apartado tercero, en el que se especifica que esa circunscripción de ámbito autonómico se articulará "en papeleta independiente", se entiende que respecto a las papeletas dedicadas a las circunscripciones insulares. Quizás, en este punto, podría

33 Dictamen 3/1989, de 29 de mayo, Fundamento III.2., pág.11.

el Consultivo haber arrojado algo más de luz sobre este asunto, reflexionando –como sí hace en otros apartados– sobre las posibles formas de organizar ese doble voto (el correspondiente a la circunscripción autonómica y a la respectiva circunscripción insular), en el sentido de valorar si su articulación debe ser siempre mediante papeletas independientes, o bien podría ser también válida su implementación a partir de una única papeleta en la que se dispongan los dos votos. Sea como fuere, la ausencia de precisiones del Consultivo sobre este extremo permite interpretar que un modelo de doble voto que utilice como soporte físico dos papeletas separadas sería perfectamente válido desde el punto de vista constitucional, como finalmente ha señalado el propio Consultivo en su reciente Dictamen 540/2018, 28 de noviembre.

Con todo, lo que llama verdaderamente la atención es la justificación que ofrece el Consultivo para sostener la constitucionalidad de un apartado, el cuarto, en el que se obligaba a todos los partidos o coaliciones que presentasen una candidatura a la circunscripción autonómica a concurrir también en al menos una suprimir circunscripción insular. Curiosamente, comienza el consultivo recordando que de conformidad con el artículo 6 de la Constitución Española, la creación y el ejercicio de actividad de los partidos políticos son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Además, el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos reconoce, el derecho de los partidos a ejercer libremente sus actividades, entre las que «*se incluye la de presentar candidaturas en aquellas circunscripciones en que lo estimen oportuno*[34]».

Sin embargo, el Consultivo da un giro de ciento ochenta grados en su argumentación y trae a colación la doctrina de la STC 45/1992, de 2 de abril, para argumentar que el legislador goza de un amplio margen para adaptar el sistema electoral de cada Comunidad Autónoma a sus peculiaridades, por lo que cabe introducir correcciones o modulaciones al principio de proporcionalidad, siempre que estén basadas en fines y objetivos legítimos y no causen discriminaciones entre las opciones en presencia. En definitiva, «*como el propio texto constitucional demuestra en su art. 68, es compatible el carácter globalmente proporcional de un sistema electoral con el hecho de que, atendiendo a circunstancias especiales, como puede ser la condición insular, haya que otorgar una representación específica y propia a una determinada población*» (STC 45/1992).

No se alcanza a entender la relación entre la posibilidad de introducir correcciones a la proporcionalidad basadas en circunstancias geográficas especiales como la insularidad, y la imposición de una obligación consistente en que las fuerzas políticas que deseen concurrir en una circunscripción autonómica tengan que hacer lo propio en al menos una circunscripción insular. Resulta muy dudoso que pueda exigirse a una formación política la obligación de presentarse en circunscripciones diferentes a las que libremente desee optar. Ni parece un fin constitucionalmente legítimo que

34 Dictamen 68/2006, de 30 de marzo, Fundamento V, pág.48.

justifique la medida, ni parece que pase el filtro de la proporcionalidad entre el sacrificio requerido y el supuesto fin provechoso de la medida. Tal obligación incidiría de forma inconstitucional, a mi juicio, en el derecho al sufragio en su vertiente pasiva (artículo 23.2 de la Constitución), así como en la libertad del propio partido político en el ejercicio de su actividad que, como asociación con un fin constitucionalmente relevante, tiene reconocida (artículo 6 de la Constitución).

Asimismo, en el DCC 443/2014, de 2 de diciembre, el Consejo Consultivo se pronunció sobre la adecuación constitucional de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias presentada conjuntamente por los Grupos parlamentarios Nacionalista Canario y Socialista Canario en 2014. Por lo que respecta a la materia electoral, el Consultivo analiza los diversos apartados del artículo 37 –actual artículo 39 del vigente Estatuto–. Una de las críticas del Consultivo a la redacción del precepto, que se mantiene en el Estatuto en vigor, es la contradicción que existe en el propio tenor literal de la letra c) del apartado segundo, según el cual «*las circunscripciones electorales podrán ser de ámbito autonómico, insular o de ambas*»; y, a continuación, se enumera cada una de las siete islas canarias que constituyen una circunscripción electoral. Es decir, por un lado, se deja libertad al legislador para que elija entre una circunscripción autonómica o circunscripciones insulares, o bien combine ambos tipos; pero, por otro lado, afirma la necesaria existencia de circunscripciones insulares. Por ello, tiene toda la lógica la recomendación formulada por el Consultivo: «*Para eliminar esta contradicción, el precepto debería o bien eliminar el segundo inciso o bien limitarse a establecer que cada una de las islas es una circunscripción electoral y a prever que por ley se cree una circunscripción electoral regional*[35]». Sin embargo, lamentablemente la literalidad de este precepto no se vio alterada a lo largo de la tramitación parlamentaria ni en el Parlamento de Canarias ni en las Cortes Generales.

Por lo demás, y aunque a buen seguro ofrecería problemas interpretativos con la segunda parte del precepto, lo cierto es que la dicción del artículo también permitiría, eventualmente, el establecimiento de una circunscripción electoral autonómica única. En opinión del Consultivo, la idea de que el Parlamento sea elegido por un colegio electoral único conformado por todos los ciudadanos con derecho al voto de la Comunidad Autonomía no contravendría el artículo 152.1 CE, al no imponer dicho precepto que la elección de las Asambleas legislativas autonómicas se tenga que realizar necesariamente por una pluralidad de circunscripciones. Así, el texto constitucional «*se limita a establecer que el sistema electoral deberá asegurar la representación de la población de las diversas zonas del territorio, pero las decisiones sobre si existen esas zonas y en su caso cómo se definen, cuáles y cuántas han de ser, y cuál es el sistema adecuado para su representación queda entregada al legislador estatuyente o al autonómico, que es libre de decidir que un sistema electoral con circunscripción única asegura la representación de la población de las diversas zonas del territorio*[36]».

---

35 Dictamen 443/2014, de 2 de diciembre, Fundamento VI, pág.37.
36 Dictamen 443/2014, de 2 de diciembre, Fundamento VI, pág.37.

Para reforzar su argumento, el Consejo Consultivo recurre a ejemplos de otros Estatutos que guardan silencio sobre la existencia de una o varias circunscripciones (Asturias o Navarra), que remiten al legislador el establecimiento de una única circunscripción o de varias (Murcia), o que establecen una única circunscripción del ámbito autonómico (Cantabria, La Rioja o Madrid). No obstante, en este punto, el Consultivo omite el detalle de que todas estas Comunidades Autónomas son uniprovinciales. Y aunque encontramos Comunidades uniprovinciales que han decidido fragmentar su territorio en varias circunscripciones electorales para sus respectivas elecciones autonómicas (es el caso de Islas Baleares o Asturias y el de Murcia hasta su reciente reforma en 2015), también lo es que hasta el momento no existe ninguna Comunidad pluriprovincial que haya apostado por una circunscripción única.

Sea como fuere, el Consultivo zanja la cuestión afirmando que no hay ningún obstáculo para que el Estatuto de Autonomía habilite al legislador a establecer una única circunscripción de ámbito regional, o circunscripciones insulares que coexistan con la regional, o sólo circunscripciones insulares. De momento, la opción por la que se ha inclinado el propio legislador estatuyente de forma transitoria es la de la combinación de las circunscripciones insulares con una de carácter autonómico. Aunque políticamente improbable, me generaría serias dudas jurídico-constitucionales que la Comunidad Autónoma de Canarias estableciese una única circunscripción de carácter regional, dado el mandato constitucional del art. 152.1 CE de asegurar la representación de las diversas zonas del territorio. Máxime si se tiene en cuenta la existencia del denominado *hecho insular*, circunstancia geográfica específica de Comunidades como Canarias y Baleares que son territorialmente un archipiélago, y cuya singularidad es tenida en cuenta por suprimir la Constitución (arts. 69.3 y 141.4), así como por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional desarrollada en relación con los sistemas electorales archipielágicos (SSTC 72/1989, FJ 3; 45/1992, FJ 5; STC 225/1998, FJ 7).

Por último, el Consultivo reflexiona sobre las implicaciones que puede tener el apartado e) del artículo 37 –artículo 39 del Estatuto en vigor–, el cual prohíbe que una circunscripción insular posea un número de escaños inferior a otra con menos población de derecho. De entrada, debe decirse que este precepto tiene su origen en el propósito de impedir que vuelva a repetirse la situación que se produjo entre las circunscripciones de Fuerteventura y La Palma, en la que ésta última tenía atribuido un escaño más que aquélla, a pesar de tener una menor población de derecho. De hecho, en el actual prorrateo de escaños entre islas que contiene la Disposición Transitoria 1ª del Estatuto, a Fuerteventura se le otorga un escaño adicional respecto a lo que había sucedido con anterioridad, de modo que el número de escaños de ésta isla es el mismo que el de La Palma, ocho.

Ahora bien, según el Consultivo, la lectura de esta prohibición conduce a aceptar la posibilidad de que circunscripciones con diferencias poblacionales importantes tengan atribuido un igual número de escaños, es decir, que el prorrateo de escaños entre circunscripciones no tenga por qué ser proporcional. Sin embargo,

el artículo 152.1 CE, a su vez, mandata que las Asambleas legislativas autonómicas sean elegidas por un sistema electoral proporcional, lo cual debe entenderse como una exigencia de que, de existir varias circunscripciones, los escaños se atribuyan en proporción a la población de éstas. Es por ello por lo que finalmente el Consejo afirma que, «*si se opta por establecer circunscripciones insulares, para garantizar la igualdad del sufragio y cumplir con el mandato de que el Parlamento sea elegido por un sistema electoral proporcional (...) el art. 37.2.e) [actual 39.2.e)] debería limitarse a establecer que la ley asigne una representación mínima inicial a cada circunscripción y que distribuya los demás escaños entre ellas en proporción a su población*[37]». Sin embargo, tampoco en este punto se atendió a las razonables recomendaciones del Consejo Consultivo, manteniéndose intacta la redacción de este artículo en la actualidad.

V. LA DOCTRINA SOBRE EL RÉGIMEN ELECTORAL CANARIO.

Por último, se prestará atención a algunas de las cuestiones relativas no tanto al sistema electoral en sentido estricto, como al régimen electoral canario en un sentido amplio. Aunque no se profundizará mucho en esta doctrina, sí conviene dejar apuntados los temas más importantes tratados por el Consejo Consultivo a este respecto.

El primer pronunciamiento del Consejo Consultivo canario sobre esta materia se encuentra en el Dictamen 2/1987, de 17 de febrero, solicitado por el Presidente del Gobierno autonómico, relativo a la adecuación a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del Ordenamiento jurídico del Anteproyecto de Ley de medidas urgentes en materia electoral. Concretamente, existían dudas acerca de un posible exceso competencial del Anteproyecto, en la medida en que podía contravenir ciertos preceptos de la LOREG directamente aplicables en virtud de su DA1ª en relación con su artículo 1.

Entre las cuestiones más interesantes del Dictamen, el Consejo Consultivo señala que, en virtud de la competencia que posee el legislador autonómico para adaptar a las circunstancias de las elecciones autonómicas la legislación general, la ley electoral canaria podría incidir en la configuración de la Administración electoral. Así, sugiere que la introducción de la figura de las Juntas Electorales Insulares, que actuarían en sustitución de las provinciales, sería razonable, habida cuenta de que éstas no parecen tener demasiado sentido en un sistema electoral en que las circunscripciones son las islas y no las provincias, y en el que los resultados electorales no se agotan en aquéllas, sino en la Región[38]. No le falta razón al Consultivo en este punto, pues si en el entramado administrativo general canario la provincia tiene poco acomodo, en el ámbito electoral autonómico, y con circunscripciones de ámbito insular, parece aún menos razonable que entre las Juntas Electorales de Zona y la Junta Electoral de Canarias se sitúen las Juntas Electorales Provinciales, en lugar de unas hipotéticas Juntas Electorales Insulares (DCC 2/1987; 39/2002).

---

37 Dictamen 443/2014, de 2 de diciembre, Fundamento VI, pág.38.
38 Dictamen 2/1987, de 17 de febrero, Fundamento IV.3., pág. 5.

En la doctrina del Consejo Consultivo también encontramos pronunciamientos que tienen que ver con el Derecho electoral canario en un sentido más amplio. Es el caso de tres Dictámenes evacuados a principios de 1991, relacionados con distintas iniciativas legislativas cuyo objeto era la modificación de determinados artículos de la Ley 3/1987, de 3 de abril, de medidas urgentes en materia electoral. Es el caso del DCC 1/1991, de 11 de enero, en el que se valoró si el establecimiento de una inelegibilidad entre ser candidato al Parlamento de Canarias y a una corporación local afectaba al régimen electoral general en materia de sufragio pasivo (artículo 23.2 CE). El Consejo entendió que, si bien la Comunidad Autónoma de Canarias ostentaba título competencial suficiente para establecer específicas inelegibilidades en la ordenación del régimen correspondiente a las elecciones al Parlamento canario, no por ello estaba facultada para establecer la mencionada causa –en los términos expresados en la proposición de ley–, habida cuenta de la incidencia que la misma habría de comportar en el derecho fundamental de sufragio pasivo. Sin embargo, a medida que han avanzado los años, se ha visto como distintas comunidades autónomas han introducido inelegibilidades de ese tenor, sin que se hayan considerado inconstitucionales.

En el DCC 6/1991, de 8 de febrero, por ejemplo, se dirimió si una ley canaria podía modificarse con la finalidad de hacer coincidir en una misma fecha, la del cuarto domingo del mes de mayo del año en que expire el mandato de los Diputados Regionales del Parlamento de Canarias, las elecciones a Cabildos Insulares, las elecciones municipales y las elecciones a la Cámara Regional, remitiéndose para ello a los plazos determinados por la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Por último, el DCC 7/1991, de 26 de febrero, trató de esclarecer si una ley canaria que añada una nueva causa de inelegibilidad consistente en presentarse simultáneamente como candidato a las elecciones al Parlamento de Canarias y a una Corporación local, y de una compatibilidad consistente en ser miembro del Parlamento de Canarias y de una Corporación Local también simultáneamente. La respuesta del Consultivo vuelve a ser que la Comunidad Autónoma de Canarias ostenta competencias suficientes para proceder a regular causas de inelegibilidad e incompatibilidad propias en el ámbito del Parlamento de Canarias, pero subraya que la causa de inelegibilidad que en la misma se contempla afecta al derecho de sufragio pasivo en términos que exceden de dicha competencia.

Ahora bien, quizás el Dictamen que en mayor medida profundizó sobre cuestiones relativas al régimen electoral canario fue el DCC 39/2002, de 22 de marzo, dictado con motivo de la aprobación de una enmienda a la totalidad de texto alternativo a una proposición de ley presentada unos meses antes por el Grupo Mixto (concretamente los dos diputados de Agrupación Herreña Independiente) sobre el sistema electoral canario, que posteriormente acabaría convirtiéndose en la todavía hoy vigente Ley 7/2003, de 20 de marzo, de Elecciones al Parlamento de Canarias. No en vano, esta enmienda tenía por objeto una ordenación completa del régimen electoral de la comunidad autónoma. En este Dictamen, pues, el Consejo

Consultivo tuvo que expresar su opinión sobre la conformidad del cada uno de los preceptos de la enmienda de totalidad con la Constitución, el Estatuto de Autonomía de Canarias y la LOREG, entre los que se encontraban referencias a aspectos tan variados como la regulación del derecho de sufragio activo y pasivo, la Administración electoral y la Junta Electoral de Canarias, la presentación de candidaturas, la regulación de los sobres y papeletas, el anticipo de subvenciones electorales, escrutinio general y proclamación de electos, etc.

Precisamente, sobre esta última cuestión del escrutinio general, el Consejo Consultivo se pronunció en el DCC 104/2007, de 6 de marzo. Así, el supremo órgano consultivo de Canarias tuvo que dilucidar si el Proyecto de ley que pretendía modificar el art. 27.1 de la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de Elecciones al Parlamento de Canarias, en el sentido de que el escrutinio general correspondiente a las elecciones al Parlamento autonómico pasase a comenzar no el tercer día siguiente al de la votación, sino el octavo. El Consejo Consultivo concluyó que la modificación en cuestión se ajustaba a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del Ordenamiento Jurídico, especialmente a la LOREG, pues su artículo 103.1 no es de los que se encuentran recogidos en el apartado segundo de la Disposición Adicional primera de la propia LOREG, que señala el carácter básico y por tanto la aplicabilidad directa de más de un centenar de preceptos a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas.

En este punto, hay que tener en cuenta que el plazo de tres días se introdujo en el artículo 103.1 de la LOREG con la reforma producida a través de la Ley Orgánica 1/1991, de 13 de marzo, ya que anteriormente el plazo era de cinco días. Estos plazos han sido asumidos de forma expresa o tácita por la mayoría de Comunidades Autónomas. Sin embargo, existen tres excepciones. La primera es la del País Vasco, que, siguiendo la redacción originaria de la LOREG, establece que el escrutinio general se verificará el quinto día hábil siguiente al de la votación. Las otras dos excepciones las encontramos en Galicia y Canarias, donde el plazo se ha incrementado de forma considerable hasta el octavo día siguiente al de la votación. Como señala Joan Oliver, «*el motivo de dicho retraso en el inicio del escrutinio general hay que buscarlo, sin duda, en la voluntad política de los Parlamentos de aquellas dos Comunidades Autónomas de garantizar al máximo la efectividad del sufragio de sus ciudadanos inscritos en el Censo de Electores Residentes Ausentes (CERA), al objeto de asegurar que sus votos lleguen a tiempo para ser computados*[39]».

El Preámbulo de la Ley 11/2007, de 18 de abril, de modificación de la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de elecciones al Parlamento de Canarias, es muy elocuente cuando expone que la experiencia acumulada a lo largo de varias elecciones autonómicas puso de relieve la insuficiencia de los plazos establecidos anteriormente. Así las cosas, «*de lo que se trata es de hacer real y efectivo el derecho de sufragio de los canarios residentes ausentes que viven en el extranjero, fundamentalmente en Iberoamérica, por cuanto numerosos votos que los mismos emiten, de acuerdo con el*

39 OLIVER, J., Los sistemas electorales autonómicos. Barcelona…, *op. cit.*, págs. 471-472.

procedimiento y las garantías legalmente establecidas, llegan a la Junta Electoral Canaria» fuera del plazo. Esto provoca que, a pesar de haberse «*emitido en tiempo y forma, no puedan computarse porque llegan a la Junta escrutadora cuando el escrutinio general ha dado comienzo*». Y zanja la cuestión afirmando que era «*necesario abordar una reforma legislativa en el sentido de ampliar el plazo establecido para el comienzo del escrutinio, a los efectos de posibilitar el cómputo de los votos emitidos desde el extranjero y, por ende, la participación en la elección de sus representantes de esos electores residentes ausentes*». En suma, la peculiaridad del caso canario en materia del plazo en el que comienza el escrutinio está sobradamente justificada, máxime si se tiene en cuenta los problemas derivados del sistema de voto rogado a partir de la reforma del año 2011.

Para concluir, cabe hacer mención a que el Consultivo también se ha pronunciado sobre cuestiones de carácter puramente reglamentario. Así, encontramos el Dictamen 66/2003, de 28 de abril, que se pronuncia sobre el Proyecto de Decreto gubernamental por el que se regulan las condiciones de locales, urnas, papeletas, sobres y demás elementos materiales a utilizar en las elecciones al Parlamento de Canarias; o el Dictamen 199/2007, con relación al Proyecto de Decreto gubernamental por el que se regulan las dietas y gratificaciones a percibir por los miembros de las Juntas Electorales y Personal que intervinieron en el proceso electoral al Parlamento de Canarias de mayo de 2007. En ninguno de los casos el Consultivo formuló objeciones jurídicas relevantes ni desde el punto de vista competencial ni material ni formal.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

Álvarez Gil, R., *El principio de proporcionalidad en el sistema electoral autonómico canario*. Madrid: Aranzadi, 2015.

Carballo, P., Una breve reflexión sobre la idea de democracia y representatividad (a propósito de la problemática representatividad en el Parlamento de Canarias). *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2017, nº 13, págs. 161-171.

Fernández Esquer, C., Algunos problemas en la articulación jurídica de los sistemas electorales autonómicos. *Revista de las Cortes Generales*¸ 2016, nº 97-99, págs. 327-357.

Fernández Esquer, C., Reflexiones sobre las implicaciones jurídicas de algunas propuestas de reforma del sistema electoral canario. Revista Jurídica de Canarias, 2018, nº 50, págs. 31-48.

Fernández Esquer, C. y Montero, J. R., El sistema electoral canario: representación desproporcional y desigualdad del voto", en G. Pérez Sánchez y V. Mujica Moreno (Coords.), *Textos para la reforma electoral de Canarias*. Gran Canaria: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2016.

Fernández Esquer, C. y Mujica Moreno, J.R., El sistema electoral canario: génesis, modificación y propuestas de reforma, en J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT (Coord.), Transparencia, profundización democrática y lucha contra la corrupción. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2019.

García Mahamut, R., La reforma de los sistemas electorales autonómicos tras las elecciones de 24 de mayo de 2015: vectores políticos y jurídicos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, nº 41, págs. 185-212.

García Rojas, J. A. (Coord.), *La reforma del sistema electoral canario: materiales para su discusión*. La Laguna (Tenerife): Universidad de La Laguna, 2016.

Garrorena, Á., Tribunal Constitucional y sistema electoral de las Comunidades Autónomas. Una desafortunada jurisprudencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, nº 83, págs. 243-275.

Gavara, J.C., *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Hernández Bravo, J., Las elecciones en Canarias: autonomía e insularismo, en P. del Castillo (Coord.), *Comportamiento político y electoral*. Madrid: CIS, 1998.

Hernández Bravo, J., Los sistemas electorales de las Comunidades Autónomas en la Constitución. *Anales de la Facultad de Derecho*, 1999, nº 16, págs. 161-184.

Hernández Bravo, J., La dimensión insular de la autonomía canaria: islas y comunidad. *Anales de la Facultad de Derecho*, 2004, nº 21, págs. 67-86.

López Aguilar, J. F., Los problemas de constitucionalidad del sistema electoral autonómico canario. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1997, nº 51, págs. 95-140.

López Aguilar, J. F., Derecho electoral autonómico y potestad autoorganizativa de las CC.AA. *Corts. Anuario de derecho parlamentario*, 1999, nº 8, págs. 251-282.

López Aguilar, J. F. y García Mahamut, R., El nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias: «tercera generación». Hecho diferencial y nuevo sistema electoral. Revista Española de Derecho Constitucional, 2019, nº 115, págs. 13-45.

López Carmona, A. y Delgado Márquez, B. Propuesta de reforma electoral para Canarias. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2015, nº 3, págs. 1-15.

Navarro, J. I., Las elecciones al Parlamento de Canarias de 24 de mayo de 2015: ¿ha llegado (por fin) el momento de la reforma del sistema electoral canario?. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2015, nº 10, págs. 99-109.

Oliver, J., *Los sistemas electorales autonómicos*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2011.

Oliver , J., *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Pérez Alberdi, M. R., Efectos de las barreras electorales. Estudio del sistema electoral canario a raíz de la STC 225/1998. *Revista de Derecho Político*, 2001, nº 52, págs. 357-401.

Pérez Sánchez, G., (2016). Las barreras electorales, en G. Pérez Sánchez y V. Mujica Moreno (Coords.), *Textos para la reforma electoral de Canarias*, Gran Canaria: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2016.

Pérez Sánchez, G. y Mujica, V., (Coords.), *Textos para la reforma electoral de Canarias*, Gran Canaria: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2016.

Pérez Sánchez, G. y Fernández Esquer, C,. Informe sobre la implementación jurídica del sistema electoral contenido en la reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. Revista Jurídica de Canarias, 2019, nº 53, págs. 27-41.

Ríoz Rull, F., El régimen electoral de Canarias. *Cuadernos de Derecho Público*, 2004, nº 22-23, págs. 441-450.

Rodríguez-Drincourt, J., Consideraciones sociojurídicas sobre participación ciudadana y democracia abierta: especial referencia a las nuevas perspectivas de profundización democrática. *Oñati Socio-legal Series*, 2017, nº 7(5), págs. 979-992.

Sáchez Navarro, Á., Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Torres del Moral, A., Sistemas electorales y sistemas de partidos en las Comunidades Autónomas, en L. Gálvez Muñoz (Dir.), *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas. Revisión y mejora*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

Trujillo Álvarez, G., El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual. Revista Española de Derecho Constitucional, 1981, nº 2, págs. 9-55.

Trujillo Álvarez, G., La función consultiva en las Comunidades Autónomas: sus órganos específicos y sus relaciones con el Consejo de Estado. Documentación Administrativa, 1991, nº 226, págs. 153-198.

Trujillo Álvarez, G., Consejos Consultivos autonómicos, en Aragón Reyes, M., dir. y Aguado Renedo, C., coord., Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo II. Organización general y territorial del Estado. Navarra: Civitas, 2001.

RESUMEN

La Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, incluye novedades relacionadas con el sistema electoral .es empleado en las elecciones al Parlamento de Canarias. El sistema electoral canario ha sido históricamente el centro de un importante debate político y académico, debido a su falta de proporcionalidad y a sus elevadas barreras electoral. Precisamente sobre el asunto de las barreras electorales, el Tribunal Constitucional ha dictado dos controvertidas sentencias (SSTC 72/1989 y 225/1998) en las que ha declarado su constitucionalidad. Sin embargo, apenas se ha prestado atención sobre la abundante doctrina que el Consejo Consultivo ha ido desarrollando a lo largo de los años en materia electoral. El propósito de este artículo consiste en arrojar luz sobre algunas de las pautas interpretativas establecidas por el supremo órgano consultivo de Canarias sobre un asunto central en cualquier democracia representativa como son las reglas electorales.

Palabras clave: Sistema electoral canario – Consejo Consultivo de Canarias – Estatuto de Autonomía de Canarias – Doctrina consultiva.

ABSTRACT

The Organic Law 1/2018, November 5, on the reform of the Statute of Autonomy of the Canary Islands, includes novelties related to the electoral system used in the elections to the Parliament of the Canary Islands. The Canarian electoral system has historically been the object of an important political and academic debate, due to its lack of proportionality and its high electoral thresholds. Precisely regarding the issue of electoral thresholds, the Constitutional Court has given two controversial judgements (SSTC 72/1989 and 225/1998) in which has declared its unconstitutionality. However, little attention has been paid to the abundant doctrine that the Advisory Council has developed over the years in electoral issues. The aim of this paper is to shed light on some of the interpretive lines established by the supreme advisory body of the Canary Islands on a central issue in any representative democracy such as the electoral system.

***Keywords*:** Canarian Electoral System – Canary Islands Advisory Council – Statute of Autonomy of the Canary Islands – Consultative Doctrine.

Recepción del artículo: 27/11/2018 – Evaluación anónima:20/3/2019 – Aceptación versión definitiva: 15/5/2019

EL CONSEJO DE ESTADO Y LOS CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS: VALORACIÓN DEL PAPEL INSTITUCIONAL DE ESTOS ÓRGANOS Y SU EFICACIA

Óscar Mateos y de Cabo
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

Sumario:

I. EL CONSEJO DE ESTADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y EN EL DERECHO COMPARADO.
II. EL DEBATE SOBRE LA DUPLICIDAD DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS.
III. LA PROBLEMÁTICA SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONSEJOS CONSULTIVOS EN NUESTRO ESTADO AUTONÓMICO.
IV. LA ARTICULACIÓN DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS CON LOS ÓRGANOS Y CON EL ORDENAMIENTO ESTATALES.
V. LA CONTROVERSIA SOBRE EL CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE CATALUÑA EN LA APRECIACIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES AUTONÓMICAS.
VI. CONCLUSIONES.

I. EL CONSEJO DE ESTADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y EN EL DERECHO COMPARADO.

La regulación constitucional del art. 107 CE de nuestra Carta Magna de 1978 ha situado la labor consultiva del Consejo de Estado, como la de más alto nivel de este tipo producida en el seno del modelo de Estado social y democrático de Derecho, aunque la Constitución resulta muy escueta al recoger, únicamente, que se sitúa como «*el supremo órgano consultivo del Gobierno*», si bien es verdad que utiliza la técnica normativa general de prever que su regulación y competencias básicas serán desarrolladas mediante una ley, que tiene la categoría normativa de orgánica, lo que resulta indicativo de su importante papel en nuestro modelo de Estado.

Este papel institucional se desarrolla también en una continua doctrina del Tribunal Constitucional, con importantes pronunciamientos, entre los que podemos citar la STC 59/1990 que lo definió como «*órgano del Estado con relevancia constitucional, al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece*». Por eso, la doctrina mayoritaria ha señalado la transcendencia que el legislador constitucional le ha conferido en nuestro Texto constitucional, a la hora de colocarlo en una situación preeminente, entre las instituciones del Estado, como «*órgano de relevancia constitucional*[1]». De esta forma, su transcendencia es «*que siendo regulados o estando previstos en disposiciones o normas constitucionales, no pueden ser suprimidos –y tal vez reformados en todo o en parte– sino mediante leyes de reforma constitucional*[2]».

Sin embargo, esta configuración no debe hacernos olvidar que la Constitución de 1978 recoge la función consultiva de este órgano, pero no crea al Consejo de Estado, cuyos orígenes son muy antiguos y un tanto imprecisos. En España existe una constante histórica en la que un alto cuerpo, de características básicamente consultivas, se ha ido manteniendo a lo largo del tiempo, si bien tanto su composición como su funcionamiento han ido cambiando con los distintos ordenamientos jurídicos, y con los diferentes sistemas constitucionales y políticos[3].

Partiendo de esa base histórica, en la que Enrique Belda sitúa algunos de los elementos tradicionales más importantes de este órgano, que se han podido mantener "a lo largo de los dos últimos dos siglos", se han incorporado nuevos perfiles jurídicos y sociales, que han dado paso a un marco competencial, que se caracteriza por la búsqueda de la calidad normativa, la previsión de las incompatibilidades legales y constitucionales, y la racionalización en la adopción de los actos administrativos, sin olvidarnos de la función básica que asume la labor consultiva a la hora de contribuir a la protección de las propias garantías ciudadanas[4].

Estos cometidos son sintetizados en su norma de desarrollo, cuando el art. 2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE), le encomienda, entre sus funciones más importantes, el velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, para lo que debe valorar aquellos aspectos de oportunidad y conveniencia «*cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante*», para contribuir a una mayor eficacia de la Administración para lograr el cumplimiento de sus fines.

---

1 Arozamena Sierra, J.: "La caracterización del Consejo de Estado", en *Documentación Administrativa*, nº. 244-245, INAP, Madrid, 1996, pág. 156.

2 Vera Santos, J. M.: *El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externos de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pág. 41.

3 La fundación del Consejo de Estado se sitúa en 1526, en el reinado de Carlos V. *Vid*. Barrios, F.: *El Consejo de Estado de la Monarquía española*, ed. Consejo de Estado, Madrid, 1984, pág. 44.

4 Belda Pérez-Pedrero, E. "Constitución de 1812 y función consultiva: evolución del Consejo de Estado en España", en *Revista española de la función consultiva*, nº. 13, 2010, pág. 149.

Estos objetivos se consiguen con la aplicación y respeto de la teoría de la división de poderes, en la que los pesos y contrapesos de unos, para limitar y dar justo cauce a otros, permiten también un sistema de recíprocos controles y colaboración entre los diferentes órganos del Estado. Esta es la forma de contribuir a evitar situaciones de inobservancia de la ley o de abuso, puesto que permite someter a los poderes públicos al Derecho, y proteger los derechos y las garantías de los ciudadanos.

En este entramado de instituciones públicas, en las que se asienta el modelo de Estado social y democrático de Derecho constituido en España, en su faceta garantista del régimen de derechos y libertades frente a la arbitrariedad de los poderes públicos[5], la labor consultiva contribuye y refuerza, por tanto, el sistema de límites y de equilibrio en el ejercicio del poder, con las miras puestas en los valores en los que asienta nuestro ordenamiento, que son la libertad, la justicia y la igualdad.

De esta forma, algunos autores han resaltado que, en general, la actuación del Consejo se produce con un escaso porcentaje de decisiones recaídas sobre asuntos dictaminados, adoptados según la fórmula de «*oído el Consejo de Estado*», siendo la mayoría adoptados según su criterio, lo cual «*teniendo en cuenta el carácter no vinculante de los dictámenes, en la práctica generalidad de los casos, reafirma la* auctoritas *que se reconoce a su cualificado parecer*[6]».

En ese ámbito de las garantías cumple una relevante misión la función consultiva, no solo como protección al ciudadano, sino también en defensa del interés general, al encauzar los actos del Gobierno y de Administración dentro de unos estrictos parámetros jurídicos a través de la consolidación de una adecuada doctrina legal, lo que contribuye claramente "a perfeccionar el sistema de garantías del Estado de Derecho[7]".

En la misma línea la STC 204/92 defiende que «*la intervención preceptiva de un órgano consultivo, 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*».

No obstante, desde un punto de vista crítico, pues siempre todo es mejorable, no se puede desconocer que, en ocasiones, este tipo de órganos funcionan con unas inercias y sinergias más propias de su larguísima proyección histórica, que de una confrontación y actualización en relación a sus órganos

---

5 Garrorena Morales, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 212

6 Roldán Martín, A.: "La función consultiva de relevancia constitucional", en Álvarez Conde, E (coord.). *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*. INAP, Madrid, 1998, pág. 493.

7 Garrido Mayol, V.: "La función consultiva en el sistema constitucional español", en Álvarez Conde, E (coord.). *Administraciones… Op, cit*, pág. 920.

homólogos que, dentro del Derecho comparado, puedan aportar criterios que resulten valorados en el Derecho constitucional contemporáneo más actual siendo, quizá, los más importantes el Consejo de Estado francés y el italiano, lo que no significa tampoco que sea siempre necesario incorporar o adaptar el Derecho foráneo, aunque siempre es bueno conocer las instituciones de nuestro entorno, y la propia exposición de motivos de la LOCE cita, expresamente, estos dos órganos.

El Consejo de Estado francés cuenta con un grado alto de autonomía y profesionalización, pues la Constitución de la V República de 1958 no sólo recoge la función consultiva, sino que le encomienda una importante función jurisdiccional, que supone una dualidad funcional característica indisociable, pues en este país «*el consejero del Gobierno se apoya sobre la jurisprudencia*», y el «*juez toma en consideración las opiniones del consejero*». De esta forma, se sitúa como el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que «*sus dictámenes cumplen una importante función preventiva y su efecto es claramente superior al de una mera opinión*[8]».

De esta forma, puede emitir un fallo o decisión a la hora de cancelar, por ejemplo, procesos electorales[9], como anular un decreto de extradición, por haber sido solicitado para un propósito político[10]. En su faceta consultiva puede analizar las principales cuestiones jurídicas planteadas en el examen sobre los más variados temas[11].

De un modo similar, el Consejo de Estado en Italia está configurado como «*órgano de consulta jurídico-administrativa y de tutela de la justicia en la Administración*[12]», además de la configuración consultiva del Consejo[13]. Por tanto, tiene una doble naturaleza. Por un lado, la administrativa como el máximo órgano asesor jurídico-administrativo del Gobierno, las Cámaras y las Regiones, mientras que como órgano de jurisdicción administrativa se encarga de proteger los intereses legítimos y, en particular, los asuntos indicados por la ley de los derechos subjetivos

---

8 Denoix de Saint Marc, R. "Préface", en J. Massot, J; Girardot, T. *Conseil d'État*. Ed. La documentation française, Paris, 1999, pág. 9.

9 *Conseil d'État* nº. 415286, de 9-2-2018, por la que se cancelan los procesos electorales, del 29-9-2017, que conducen al nombramiento de los miembros de la Comisión Permanente del Consejo Regional de Auvernia-Ródano-Alpes. *Vid.* http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Conseil-d-Etat-decision-du-9-mars-2018-M.-B (último acceso U.A: 21-1-2019).

10 *Conseil d'État* nº. 394399, 400239, de 9-12-2016. *Vid*. http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-9-decembre-2016-M.-O (U.A: 21-1-2019).

11 *Vid. Rapport public 2017. Activitè juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2016*. En: http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Rapport-public-2017 (U.A: 21-1-2019).

12 Cassese, S. "Consiglio di Stato e pubblica amministrazione da una Costituzione all'altra", en Cassese, S, (Coord). *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*. Giuffrè, Milano,1997, pág. 49.

13 Parejo, L: "La función consultiva en Europa: los Consejos de Estado francés e italiano", en *Documentación Administrativa*, nº. 226, 1991, pág. 67.

de individuos contra la Administración pública italiana. De esta forma, es el Tribunal de segunda instancia de la justicia administrativa, es decir, el juez de apelación contra las decisiones del Tribunal Administrativo Regional, y también como el juez supremo, ya que la apelación al Tribunal de Casación no está en contra de sus fallos, excepto por el defecto o la falta de ejercicio de la jurisdicción (art 111CRI)

En su función consultiva emite opiniones (*parere*), en un sentido de juicio técnico, que pueden ser opcionales, cuando se producen a solicitud de la Administración pública[14] y por las Regiones, que son siempre opcionales[15]. Son vinculantes solo en la decisión sobre apelaciones extraordinarias del Presidente de la República[16].

No obstante, el Consejo de Estado español no ha seguido esta configuración de estos modelos del Derecho comparado, puesto que a diferencia de lo que ocurre con estos homólogos, «*la significación constitucional del Consejo de Estado viene claramente dada en España por la de la única función que conserva, por expreso mandato constitucional: la consultiva, concretamente referida al Gobierno. Su naturaleza, objeto y alcance adquieren, pues, una relevancia constitucional indiscutible*[17]».

Por tanto, el Consejo de Estado español no cuenta con funciones jurisdiccionales, sino que se ha seguido, lo que Sánchez Navarro ha calificado de «*vocación absolutamente continuista*[18]», pues aunque en la Exposición de Motivos de su norma reguladora se alude a los órganos homólogos y a los precedentes históricos españoles, en realidad normativamente se presenta, fundamentalmente, como asesor del Gobierno y de la Administración, si bien se podía abrir también a las Comunidades Autónomas, aunque, según este autor «*el contenido de la norma se destacaba por la continuidad sustancial, en cuanto a sus competencias, y el mantenimiento de su estructura Tradicional*[19]».

De esta forma, en España ha primado la labor que tradicionalmente ha venido desempeñando el órgano consultivo, sin que consideremos que eso pueda

---

14 *Vid. Parere Consiglio di Stato* nº. 00430/2016, de 17-3-2016. *Vid*. https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=ANTW65OG255BF53LOV7QCWTGDA&q= (U.A: 21-1-2019).

15 *Vid. Parere Consiglio di Stato* nº 01614/2017. En: https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/ntc1/~edisp/nsiga_4457903.pdf (U.A: 21-1-2019).

16 Según la ley del 18-6-2009 nº. 69. *Vid: Parere Consiglio di Stato* nº. 1958, de 3-7-2015, Recurso extraordinario al Jefe de Estado: sobre exenciones y asistencia jurídica gratuita. En: http://www.ildirittoamministrativo.it/allegati/Nota%20a%20Parere%20CdS%203%207%2015,%20n%201958%20-%20di%20AURELIO%20SCHIAVONE.pdf (U.A: 21-1-2019).

17 Sánchez Navarro, A. "El Consejo de Estado y la reforma constitucional", en *Revista de Derecho Político* (UNED), nº 71-72, 2008, pág. 523.

18 BOCG. Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, nº. 74-I, de 21-9-1979. *Vid. Consejo de Estado. Trabajos parlamentarios*, edit., por Gálvez Montes, F. J., Ed. Cortes Generales, Madrid, 1980.

19 Sánchez Navarro, A. El Consejo de Estado… Op, cit, pág. 525.

quitar relevancia a dicha función. Quizá por eso, la mayoría de la doctrina ha valorado como un elemento positivo esta característica, refiriéndose a "una probada tradición, que viene avalada por la trayectoria impecable del Consejo de Estado a lo largo de su historia". En este sentido, GARRIDO MAYOL describe cómo este órgano ha sobrevivido a lo largo de muy diversos regímenes políticos, a la vez que destaca que en el ejercicio de sus funciones «*ha desempeñado un papel capital en el asesoramiento al Gobierno en asuntos de Estado y en la defensa del interés público y de los derechos individuales de los ciudadanos*[20]».

De esta forma, dentro de la función consultiva tradicional resulta habitual, en nuestro país, que los titulares de las funciones del Gobierno y de Administración hayan gozado tradicionalmente de asistencias, para la formación de su criterio, y para la preparación de sus decisiones por parte de la "Administración consultiva[21]".

Por otro lado, el texto original de la LOCE de 1980 ha sufrido cuatro grandes modificaciones. La primera mediante la LO 13/1983, que atribuyó a su Presidente y los consejeros permanentes las incompatibilidades establecidas, con carácter general, para los altos cargos de la Administración del Estado. La LO 2/1987, introduce mejoras en los Conflictos Jurisdiccionales. La LO 3/2004, que permite a los ex Presidentes del Gobierno su incorporación, creando la categoría del consejero nato con carácter vitalicio. Este es un asunto con cierta polémica, pues, aunque es verdad que el órgano se beneficia de la experiencia política y el conocimiento directo de la realidad del Estado de los ex Presidentes del Gobierno[22], también es verdad que plantea el problema de buscar una solución a otros altos cargos, como a los ex Presidentes de las Comunidades Autónomas y otros altos cargos, lo que ha terminado por producir una serie de regulaciones.

Mediante la LO 3/2004, se creó una Comisión de Estudios que, en consonancia con lo que ocurre en otros países con este tipo de órgano, le permite el estudio para la elaboración de textos que puedan servir como base para proyectos legislativos[23]. Además, en esta norma se lleva a cabo una revisión de las competencias de la institución, con objeto de adaptarlas al actual marco legal, aunque se matiza que esto no supone «*una modificación sustantiva de las funciones que ha venido ejerciendo*[24]».

---

20 GARRIDO MAYOL, V.: La función consultiva… *Op, cit*, pág. 921.

21 LAVILLA ALSINA, L: "La Administración consultiva del Estado", en Álvarez Conde, E (coord.). *Administraciones (cit)…*, pág. 469.

22 MATEOS Y DE CABO, O. I.: *El Presidente del Gobierno en España: status y funciones*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 258.

23 Para la Comisión de Estudios puede contar «*con la colaboración del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y de otros organismos autónomos y órganos administrativos para la realización de tareas concretas*».

24 La última modificación se ha producido en el art. 22.13 de la LOCE, por la LO 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, en relación a las reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado.

En relación a la Comisión de Estudios, Vera Santos ha considerado que «*su posición, paralela a la de la Comisión Permanente a la que, por tanto obvia, su reporte directo ante el Pleno, su composición, la creación en su seno de grupos de trabajo tan vinculados a la Presidencia, así como la corta duración de su mandato, perjudican o, mejor, dicho, pueden perjudicar, su independencia a la hora de la realización de los informes o proyectos legislativos y/o de reforma constitucional que les sean solicitados por el Gobierno*[25]», aunque valora «*como muy positiva la tarea realizada por la Comisión de Estudio a lo largo de estos años*[26]».

En efecto, la última Memoria publicada por el Consejo de Estado, relativa al año 2016[27], pone rápidamente de relieve el volumen y la transcendencia de los asuntos, que tuvieron entrada en este órgano en ese período[28]. En esta etapa se ha informado y dictaminado sobre más de 1100 asuntos, sobre asuntos de la más variada temática y procedencia, no solo provenientes de los diferentes Departamentos Ministeriales, sino también de las Comunidades Autónomas de Extremadura, Cantabria y Madrid, y los expedientes de otras entidades relevantes[29].

En cuanto al nivel de acierto de esas decisiones, las publicadas en el BOE o comunicadas a la Secretaría General (art. 7.4 Reglamento Orgánico CE), expresan un alto grado de recepción de lo expresado en sus Dictámenes puesto que, de las más de 750 resoluciones recaídas en asuntos, solo en 4 ocasiones se ha utilizado la fórmula de «*oído el Consejo de Estado*», lo expresa un alto grado de éxito y eficacia.

Por otro lado, los votos particulares formulados en relación con diferentes asuntos, son significativos de la libertad orgánica y funcional de la que goza esta institución, también a la hora de formular observaciones y sugerencias como, por ejemplo, las que se recogen sobre la polémica generada sobre las atribuciones del Gobierno de esa etapa, que durante casi un año estuvo en funciones[30].

Sin olvidar las nuevas atribuciones en relación a la elaboración de informes, como el relativo a las «*modificaciones de la Constitución Española*[31]», en 2006 o «*las propuestas de modificación del Régimen Electoral General*[32]», en

---

25 Vera Santos, J. M. "Cuarenta años del Consejo de Estado, o de cómo seguir siendo órgano consultivo y no morir en el intento", en *Revista de Derecho Político* (UNED), nº. 101, 2018, pág. 345.
26 *Ibidem.*
27 Durante el año 2016 tuvieron entrada en el Consejo de Estado 1.132 consultas y se formularon 18 votos particulares en la Comisión Permanente y un voto particular en el Pleno. *Vid.* http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%202016.pdf (U.A: 21-1-2019).
28 Los expedientes en relación con Disposiciones de carácter general: con rango de ley (11), Anteproyectos de ley (9), Reales decretos legislativos (1), Reales decretos (81), Decretos-leyes (1 de Extremadura), Decretos (5), Órdenes ministeriales (42), Tratados, Convenios y acción exterior (11), entre otras distintas normas (7). *Ibídem*.
29 Del Banco de España (11), Ceuta (6), Melilla (17), etc. *Ibídem*.
30 *Ibídem*, pág. 155.
31 http://www.consejo-estado.es/pdf/modificaciones%20constitucion%20esp.pdf (U.A: 21-1-2019).
32 http://www.consejo-estado.es/pdf/regimen-electoral.pdf (U.A: 21-1-2019).

2009 que, por la temática, contenido y oportunidad le han colocado en una posición muy distinta al papel discreto y técnico que ha solido desempeñar tradicionalmente en España.

De la serie de dictámenes que ha debido emitir últimamente, quizá los más mediáticos y conocidos tienen que ver con la Generalidad de Cataluña, como en el expediente 793/2017, en el que la Comisión Permanente del Consejo de Estado, examina lo relativo a la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, del referéndum de autodeterminación[33]. Podemos citar también el expediente: 1166/2015, sobre la resolución del Parlamento de Cataluña de 9-11-2015, relativa al inicio del proceso político en Cataluña con el objetivo de que Cataluña se convierta en un Estado independiente[34].

Destaca la decisión del Pleno del Consejo de Estado en relación al Informe sobre el procedimiento que debe seguirse para la tramitación de la propuesta de reforma constitucional de la nueva redacción de los arts. 71 y 102 CE, que aborda los aforamientos autonómicos y las medidas complementarias que se consideran pertinentes[35].

De esta forma, la opinión del Consejo de Estado no sólo resulta de interés para los profesionales del Derecho, sino para un amplio espectro de la ciudadanía, aunque hay que tener en cuenta que no resulta obligado suscribir su parecer, lo que se materializa en la fórmula elegante en la que finalizan los dictámenes: «*V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado*», con la que los jurisconsultos romanos terminaban sus escritos recordando que no era obligatorio seguir su opinión puesto que, como ya hemos dicho, el Consejo de Estado constituye un órgano de *auctoritas* y no de *potestas*.

En definitiva, en nuestra opinión, no es que la función asesora del Consejo de Estado termine por influir, con una imaginaria *potestas,* el propio resultado de la consulta, pues se trata de una característica de la que claramente carece ya que, su dictamen no es vinculante, pero si es verdad que ejerce su *auctoritas,* pues su intervención se formula como una auténtica garantía para las instituciones y los ciudadanos.

II. EL DEBATE SOBRE LA DUPLICIDAD DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS.

Los Consejos Consultivos autonómicos surgen como expresión de la autonomía de un Estado competencial y territorialmente descentralizado, y como una respuesta institucional, que busca ofrecer soluciones a las exigencias que presenta la complejidad de nuestro sistema normativo, en el que coexisten una

33 https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-793 (U.A: 21-1-2019).
34 http://boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-1166
35 http://www.consejo-estado.es/pdf/Informe%20Consejo%20de%20Estado.PDF

pluralidad de ordenamientos como el estatal, los autonómicos y el europeo, dentro del llamado análisis multinivel.

Es verdad que la Constitución Española no hace referencia a la existencia de órganos consultivos autonómicos propios de carácter superior, que puedan ofrecer un paralelismo al Consejo de Estado, ni tampoco se recoge la posibilidad de su creación en la Carta Magna. Por tanto, no estaba clara la posibilidad de creación de tales órganos autonómicos, hasta que nuestro Tribunal Constitucional, en la STC 204/1992 zanjó definitivamente la cuestión, de forma que, a partir de la mencionada resolución, ya no se trataba de discutir sobre si la intervención del Consejo de Estado respetaba o no el principio de autonomía, sino de descubrir si todos los órganos consultivos creados por las Comunidades Autónomas eran o no semejantes al Consejo de Estado.

De esta forma, el proceso dispositivo por el que se van creando las Comunidades Autónomas, y su capacidad de autoorganización en la observancia de la Constitución, abre la posibilidad de sustitución del Consejo de Estado, en los términos y condiciones previstos en nuestro ordenamiento jurídico, y en la jurisprudencia, para que se fueran creando una serie de órganos consultivos autonómicos, que se van consolidando a lo largo de estos años[36].

En la actualidad todas las Comunidades Autónomas, excepto Cantabria que, a pesar de tenerlo previsto en su Estatuto de Autonomía no ha desarrollado un Consejo Consultivo, se han dotado de este tipo de órgano consultivo, con las excepciones de los casos particulares de las Comunidades Autónomas de Madrid y de Extremadura, en las que estos órganos existían. Sin embargo, en diciembre de 2015 los plenos de las Asambleas legislativas de Madrid y Extremadura aprobaron la supresión de sus respectivos Consejos consultivos. En ambos casos, la decisión política, de suprimir estas instituciones de autogobierno autonómicas, se tomaba bajo el expreso motivo de causa de naturaleza estrictamente económica, tal y como se ha recogido en los preámbulos de ambas leyes, que han suprimido estas instituciones[37].

No obstante, la decisión también se ampara en la llamada "duplicidad institucional", argumentando sobre la existencia de instituciones, con presupuesto a cargo del Estado, que pueden desempeñar este tipo de funciones, lo que no evita que en los debates parlamentarios de la tramitación de estas normas se haya llegado a replantear, en algún supuesto, la propia evolución futura del Estado de las autonomías. Este argumento se ha extendido también a otras instituciones de autogobierno autonómicas, como en Castilla-La Mancha, al acordarse la

---

36 Triguero Ortiz, O.: *El Consejo de Estado… Op, cit*, pág. 60.

37 Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de supresión del Consejo Consultivo madrileño y Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura.

supresión de su Defensor del Pueblo, el Consejo Económico y Social y la Sindicatura de Cuentas[38].

Por otro lado, el Preámbulo de la Ley 1/2014, de 24 de abril, de supresión de la Sindicatura de Cuentas manchega, hace referencia expresa a las recomendaciones del Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA)[39], que fueron avaladas por el Consejo de Ministros, el 21-6-2013, en el que se alude a la necesidad de evitar duplicidades, en concreto aludiendo a los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas, para lo que se propone que sea el Tribunal de Cuentas nacional el que también adopte ser «*el órgano de fiscalización de la Administración autonómica*».

Este contexto de dificultades económicas vividas en los últimos años ha podido influir en la imagen que puedan tener algunos ciudadanos, sobre la falta de necesidad de ciertos órganos y procedimientos administrativos, lo que quizá pueda contribuir a dar una imagen sesgada del trabajo que realizan este tipo de órganos consultivos, en un sentido que puede llegar a afectar a la idea de una falta de agilidad, rapidez y excesivo coste público, siendo revelador el titular del artículo, publicado en el ABC: «*¿Para qué sirven y qué gasto suponen los Consejos Consultivos autonómicos?*», en el que se pone de relieve que «*estos organismos, junto a los Defensores del pueblo, suponen un gasto de 60 millones de euros anuales*». Además, en esta información se dice que «*los Consejos Consultivos autonómicos cuestan, en su conjunto, más del triple que el Consejo de Estado. Los gastos de personal se disparan en la misma proporción: cerca de 20 millones entre los diecisiete consejos consultivos autonómicos, frente a los en torno a 7 millones del Consejo de Estado*[40]».

Para evitar la posible mala imagen de este tipo de órganos habría que fortalecer, tanto el sistema de nombramientos, como la eficacia en su funcionamiento, para evitar cualquier suspicacia en cuanto a la forma en la que se distribuyen los gastos de personal, y se realizan los nombramientos, siguiendo los criterios de capacidad y de mérito recogidos en nuestra Constitución, para que estos órganos gocen del prestigio y la profesionalidad que justifiquen el esfuerzo económico que hace el contribuyente. Esto también contribuiría a reforzar la independencia orgánica y funcional de sus miembros, para que puedan ejercer su trabajo sin interferencias o presiones externas. De esta forma, si se fortalece su profesionalización y perfil técnico se justificará todavía más su necesidad y existencia.

---

38 Véase la Ley 12/2011, de supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha; la Ley 13/2011, de supresión del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha y la Ley 1/2014, de supresión de la Sindicatura de Cuentas.

39 *Vid.* https://administracion.gob.es/pag_Home/espanaAdmon/reformaAdmon/CORA.html (U.A: 21-1-2019).

40 http://www.abc.es/espana/20140927/abci-consejo-consultivo-autonomico-retiro-201409271354.html (U.A: 21-1-2019).

Por otro lado, desde la doctrina se ha criticado la supresión de algunos órganos autonómicos, en concreto sobre la fiscalización de las cuentas autonómicas, argumentando contra lo que se denomina como «*la falta de contraste y de rigor científico de algunos de los argumentos utilizados para eliminar este tipo de instituciones*», que no justifican adecuadamente la necesidad de evitar duplicidades con el Tribunal de Cuentas autonómico para lograr un ahorro económico. En realidad, si se trata de fiscalizar la utilización de los fondos públicos, para evitar un posible desvío presupuestario, se considera que el verdadero ahorro deriva de reforzar su control, pero no de proponer su supresión o debilitamiento. Para demostrar esta idea se ha recurrido a un análisis de los 64 informes de fiscalización que ha emitido la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha, en el periodo 2010-2013 anterior a su supresión, y los resultados alcanzados contrastan con una llamativa y flagrante ausencia de control externo en esta Comunidad, con anterioridad al año 2014. La conclusión es, precisamente, la conveniencia de crear órganos autonómicos de control externo en todas las Comunidades Autónomas, pero no de suprimirlos[41].

En otras Comunidades Autónomas se ha planteado también una polémica en torno a algunas de sus instituciones de autogobierno, con argumentos similares, expresados en sede parlamentaria. Las consecuencias, en relación a los llamados Defensores del pueblo autonómicos ha sido que la Región de Murcia y el Principado de Asturias han aprobado su supresión[42], mientras que en la Rioja se ha suspendido su actividad, bajo la justificación de la austeridad en la gestión de los recursos públicos, y la búsqueda «*de una mayor eficiencia y la eliminación de duplicidades*[43]».

Por otro lado, en el caso de Cantabria el órgano consultivo previsto en el Estatuto de Autonomía[44] no ha sido desarrollado legislativamente, por lo que se debe producir la intervención del Consejo de Estado en aquellos supuestos en los que resulta preceptiva, al carecer de órgano consultivo propio.

En cuanto a la Comunidad de Madrid, la Ley 6/2007 creó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid[45], como el superior órgano consultivo del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, así como de sus organismos autónomos y entidades de Derecho público dependientes de la misma. Sin embargo, posteriormente, la Ley 7/2015, de supresión del Consejo Consultivo,

---

41 Ordoki Urdazi, L.: "Réquiem por la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha", en *Auditoría Pública* nº. 64, 2014, pág. 35.

42 Véase el art. 68 de la Ley de la Región de Murcia 14/2012, de medidas tributarias, administrativas y de reordenación del sector público regional, y la Ley del Principado de Asturias 2/2013, de supresión del Procurador General.

43 Ley 9/2013, de suspensión de la Ley 6/2006, del Defensor del Pueblo de la Rioja.

44 Está previsto en el art. 38 de la Ley Orgánica 8/1981, de Estatuto de Autonomía para Cantabria, que lo define como el «*superior órgano de consulta y asesoramiento de las instituciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria y de sus corporaciones locales*».

45 Se creó en virtud del art. 26.1.1. del Estatuto de Autonomía, aprobado mediante LO 3/1983.

en su art. 1 eliminó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, subrogándose, en el conjunto de derechos y obligaciones, la Consejería de Presidencia Justicia y la Portavocía del Gobierno autonómico.

Según el Preámbulo de esta norma, la creación de este Consejo consultivo se produce en un contexto económico distinto, del que se pasó a un escenario en el que fue preciso «*priorizar la prestación de los servicios esenciales y reducir aquellos gastos que no sean absolutamente imprescindibles*», para lograr una estabilidad presupuestaria y la austeridad, sostenibilidad y racionalización del sector público.

En la actualidad la actividad consultiva es desarrollada por los servicios jurídicos de la Comunidad, a través de la creación de una Comisión Asesora Jurídica, integrada por letrados de la Comunidad de Madrid, elegidos por un sistema de concurso, lo que se estima que puede suponer un ahorro de unos 2,3 millones de euros anuales. Sin embargo, no ha evitado críticas, al considerar que el nuevo modelo no garantiza ni la independencia ni la imparcialidad de este órgano, debido a que el Ejecutivo autonómico consulta a un órgano dependiente del propio Gobierno, por lo que la Administración activa y la consultiva son la misma instancia.

En cuanto al Consejo Consultivo de Extremadura, en el art. 45 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, por la que se reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura se prevé un «*órgano consultivo superior de las instituciones y de las administraciones de la Comunidad Autónoma*», recogiendo en el Estatuto lo que ya estaba regulado anteriormente[46].

Lo relevante es que al estar configurado en el Estatuto de Autonomía no se trataba de una institución potestativa, cuya existencia se pueda encomendar a la discrecionalidad del legislador, sino que al figurar en su norma institucional básica formaba parte de las instituciones que configuraban el diseño del organigrama institucional autonómico. Por eso, a la hora de eliminar el Consejo Consultivo extremeño algunos mantuvieron que se estaba suprimiendo un órgano estatutario y que, por tanto, era necesaria la reforma del art. 45 del Estatuto de Autonomía, y no la derogación directamente del citado precepto.

En este sentido, Blanquer Criado ha mantenido que, de la misma manera que el Consejo de Estado no puede ser suprimido, sin una previa reforma constitucional, en el caso de que el órgano consultivo autonómico esté contemplado en el Estatuto, tampoco puede ser suprimido sin una reforma del propio Estatuto. El argumento es que «*si para la creación de un órgano autonómico bastara una Ley dictada por la propia Comunidad Autónoma, ese órgano no gozaría de esta garantía adicional de independencia. De igual forma que los Poderes constituidos no pueden suprimir a un Consejo de Estado incómodo, los Poderes autonómicos no*

46 *Vid*. Ley 16/2001, del Consejo Consultivo de Extremadura, y en el Decreto 146/2004, que aprueba su Reglamento de Organización y Funcionamiento.

deben estar habilitados para suprimir a un órgano consultivo excesivamente crítico», por lo que mantiene que supone una garantía, que el órgano consultivo autonómico se encuentre expresamente previsto en el propio Estatuto[47].

Sin embargo, normativamente se procede a sustituir al Consejo Consultivo de Extremadura, en la Ley 19/2015, mediante un órgano ex novo, que es la nueva Comisión Jurídica de Extremadura y, para otras funciones, por el Consejo de Estado, como en los casos en los que sea preceptivo o resulte conveniente su dictamen, según se prevé en la propia norma[48].

Sobre este asunto se pronunció, posteriormente, el Tribunal Supremo al mantener que esta ley autonómica, que suprimió el Consejo Consultivo de Extremadura, no suponía una invasión de competencias constitucionales, ni la vulneración del Estatuto de Autonomía de Extremadura[49].

No obstante, posiblemente detrás de este debate técnico-jurídico, sobre la necesidad o la duplicidad institucional de los Consejos consultivos autonómicos, en concreto en los casos de los Consejos consultivos de Madrid y de Extremadura, el principal problema puede que no sea la cuestión sobre la concentración o la descentralización de la función consultiva en el Estado autonómico, que pueda corregir duplicidades institucionales, para garantizar una mayor eficacia del gasto público. En realidad, del análisis de los debates parlamentarios en estas dos Comunidades, lo que se ha puesto de manifiesto es «*que en el trasfondo de estas decisiones, y piedra angular de los argumentos esgrimidos, hay y planean diferentes concepciones de cuál debería ser la evolución futura del Estado de las autonomías*», que supone un diseño muy diferente, a la hora de configurar el organigrama institucional autonómico, y las competencias que se puede asumir en el actual contexto económico, lo que algún autor ha apuntado que podría llevar a otras propuestas de supresión de instituciones propias[50].

III. LA PROBLEMÁTICA SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONSEJOS CONSULTIVOS EN NUESTRO ESTADO AUTONÓMICO.

El principal dilema jurídico en el que se desenvuelve el encaje de los Consejos consultivos en nuestro ordenamiento es el de estudiar y precisar el régimen aplicable a las "instituciones autonómicas", que se consideran como básicas o esenciales, es decir, las que integran los poderes legislativos y ejecutivos autonómicos, a los que alude el art. 152 CE, para ver si resulta aplicable también a

---

47 Blanquer Criado, D.: *Consejo de Estado y Autonomías.* Tecnos, Madrid, 1994, pág. 76.
48 *Vid*. Disposición adicional primera, párrafo 4, de la Ley 19/2015, por la que se deroga la Ley 16/2001, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura.
49 La desaparición del Consejo de Extremadura fue recurrida, primero ante el TSJ de Extremadura, y luego ante el Tribunal Supremo, en la STS 1352/2017 (RJ 2017, 3254), que confirma su disolución.
50 Pla Boix, A.: "Consejos consultivos autonómicos: análisis crítico de las últimas reformas" en *REAF*, nº. 25, 2017, pág. 89.

aquellos órganos que se constituyan que pudieran culminar la organización institucional, dentro de la potestad de autoorganización autonómica, y sobre la base de la competencia exclusiva, que se les confiere la propia Constitución a las Comunidades Autónomas para regular sus instituciones de autogobierno.

En este sentido, la gran mayoría de los Estatutos de Autonomía primigenios no hacían ninguna mención del órgano consultivo, puesto que éstos empezaron a crearse sin esta cobertura explícita estatutaria. De esta forma, en estas primeras redacciones originarias, sólo los Estatutos de Cataluña (art. 41), Canarias (art. 43) y Extremadura (art. 54) preveían la existencia de órganos consultivos[51].

Por otro lado, conviene dilucidar la forma en la que se articulan los Consejos consultivos, dentro del modelo de Estado autonómico, en el ordenamiento autonómico y estatal, puesto que las reformas de los Estatutos de Autonomía, que se producen entre los años 1996 al 2000, no afectaron, de modo exclusivo, a la materia competencial, tal y como sucedió en 1994, sino también al área institucional. Efectivamente, no sólo se modificaron diversos aspectos de los órganos legislativos y ejecutivos, ya existentes, sino también se llevó a cabo la creación de otros, como son los Consejos Jurídicos Consultivos y los Defensores del Pueblo, de carácter autonómico.

Para analizar esta cuestión nos vamos a centrar en los aspectos básicos o comunes que presentan los Consejos consultivos o las Comisiones jurídicas asesoras que cumplen ese cometido. En primer lugar, a la hora de la articulación o las características básicas que configuran estos órganos, en relación con los órganos estatales y con el ordenamiento autonómico y estatal. En segundo lugar, estudiaremos la tendencia que presentan los Consejos consultivos a la uniformidad en los pasos de creación, configuración y funciones[52].

En cuanto al primero, hay que partir del art. 147.2 c) CE, que establece que los Estatutos de autonomía deberán contener «*la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias*». En este sentido, según el párrafo primero de este mismo precepto, una vez incluidos en los correspondientes Estatutos, éstos son reconocidos y amparados por el Estado, como parte integrante de su ordenamiento jurídico. De esta forma, se puede llegar a afirmar que los órganos consultivos, en cuanto se consideren como "supremos" o "necesarios", serán "imprescindibles en la Comunidad Autónoma", y siempre requerirán de la mención estatutaria, por obra del art. 147.2 c) CE[53].

---

51 Según López-Medel no se debe incluir en este grupo inicial a la Comisión Institucional del País Vasco pues, en su opinión, «*se trata, más bien, de un órgano para resolver los conflictos competenciales entre las instituciones de la CA y las de cada uno de los Territorios Históricos*». *Vid*. López-Medel Báscones; J.: "Consejos consultivos autonómicos tras las reformas estatutarias", en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 53, 2001, pág. 225.
52 Belda Pérez-Pedrero, E. "Consejos consultivos: correspondencia entre su estructura y sus funciones de garantía de la calidad normativa", en *Revista Española de la Función Consultiva*, nº. 22, 2014, pág. 114.
53 *Ibidem*, pág. 116.

No obstante, hay que matizar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entendió, tempranamente, que las instituciones de autogobierno son todas, tanto las del Estatuto como las que se puedan crear fuera de él (SSTC 32/1985 (F.J 2º) y 165/1986 (F.J. 6º). Por lo que resulta compatible con la distinción efectiva, en el marco de las fuentes del Derecho, que objetivamente subsistan los órganos de relevancia estatutaria, con los órganos de relevancia legal.

Desde el año siguiente a la STC 204/1992 las Comunidades Autónomas fueron creando y regulando estos órganos consultivos, en ocasiones en leyes específicas, (Baleares, Andalucía, Galicia, Comunidad Valenciana y Murcia), siguiendo la línea anticipada por Cataluña y Canarias, o bien contemplándolas dentro de las leyes reguladoras del Gobierno, la Administración y su régimen jurídico, como en Aragón y la Rioja, si bien en este último caso puede observarse una importante modificación, operada a través de su Ley de acompañamiento de presupuestos para 1996, al igual que la de la Comunidad Valenciana. También se puede incluir el caso de Castilla la Mancha, que lo reguló en una Ley de Régimen Jurídico del Gobierno y del Consejo Consultivo.

Posteriormente, además del caso de Navarra, con motivo de las reformas estatutarias producidas entre 1996 y 1998, diversas Comunidades Autónomas han procedido a la creación de estos órganos consultivos, recogiéndolos en sus propias normas institucionales básicas, como en Cantabria, Asturias, y Castilla León, por lo que se ha extendido la generalización de este tipo de órganos[54].

No obstante, la importancia de dotar a este órgano de una "relevancia estatutaria" está presente también en muchas de las reformas de los Estatutos, que se han producido en los últimos tiempos afectando la modificación estatutaria, de una o de otra forma, a los órganos consultivos[55].

En este sentido, algunos autores han destacado que tras la STC 204/1992 los Consejos consultivos asumen, casi en su totalidad, la tarea de defender no sólo la Constitución, sino también los Estatutos de Autonomía, lo que en, principio, permitía, en opinión de Ruíz Miguel, abrir un proceso de aproximación de la figura del Consejo Consultivo a la de un «*órgano de supervisión de la estatutoriedad*». El problema para este autor, de coherencia y articulación jurídico, se presenta cuando llegado el momento decisivo estos mismos «*Consejos consultivos no tuvieron determinación para defender los Estatutos de autonomía, por cuya observancia*

54 López-Medel Báscones; J.: Consejos consultivos… *Op, cit*, pág. 226.

55 Las reformas han afectado a muchos Estatutos de Autonomía: Andalucía (2007), Aragón (1994, 1996 y 2007); Canarias (1996); Cantabria (1991, 1994, 1997, 1998, 2002); Castilla y León (1988, 1994, 1999 y 2007); Castilla la Mancha (1991, 1994, 1997); Islas Baleares (1994, 1996, 1999, 2007); Región de Murcia (1991, 1992, 1998); La Rioja (1994, 1999); Comunidad Valenciana (1991, 1994, 1997, 2002, 2006); Extremadura (1991, 1994, 1999, 2011); Comunidad de Madrid (1994, 1998, 2010); Comunidad Foral de Navarra (Amejoramiento: 2001, 2009).

estaban obligados a velar, dando luz verde a iniciativas que los liquidaban (...) para sustituirlos por otros nuevos[56]».

En este proceso podemos citar, por ejemplo, la "Comisión Jurídica Asesora" del Gobierno de Aragón[57], que ha sido el antecedente del Consejo Consultivo. Su actividad se desarrolló durante 15 años, hasta la constitución efectiva del Consejo Consultivo de Aragón[58]. No obstante, salvo estas salvedades, en el resto de las Comunidades Autónomas encontramos este órgano designado, la gran mayoría de las veces, como "Consejo Consultivo", con la excepción de Valencia, que lo completa como "jurídico", y de Murcia que lo califica como de "Consejo Jurídico", omitiendo "consultivo".

En cuanto a la organización interna del órgano consultivo autonómico lo general es que las regulaciones aplicables se esfuercen por configurarlo con la autonomía y objetividad necesarias para garantizar su función. A tales efectos, se trata de asegurar, como un elemento fundamental, una rigurosa cualificación de sus miembros para el desempeño de sus atribuciones, tal y como ya hemos visto que exige el Tribunal Constitucional, siendo necesaria una adecuada preparación y aptitud de sus componentes, que deberán conocer el ámbito jurídico, por lo que en la mayoría de las normas de aplicación se habla de "juristas de reconocido prestigio".

Esta configuración del órgano como "supremo órgano consultivo de la Comunidad Autónoma", con algunas variantes, está presente en los Consejos Consultivos Autonómicos actuales que, según su orden de creación, son los de Cataluña, Canarias, Islas Baleares, Andalucía, Comunidad Valenciana, Aragón, Galicia, Castilla-la Mancha, Murcia, Navarra, País Vasco, Castilla y León y Principado de Asturias.

En cualquier caso, se trata siempre de órganos colegiados, que disponen de un Presidente, que es elegido según dos procedimientos. En algunos casos es designado directamente por el Presidente de la Comunidad Autónoma mediante Decreto. En otros supuestos, se utiliza una designación por votación interna y secreta de todos los miembros del Consejo consultivo, lo cual refuerza la legitimidad del propio órgano, para contar con un Presidente que pueda ejercer, con el apoyo de una mayoría suficiente, las funciones representativas y de dirección que asume.

Por otro lado, la potestad autoorganizativa de las distintas Comunidades Autónomas, que se han dotado de estos órganos consultivos, les permite determinar su composición y organización con una configuración específica de esta institución,

---

56 Ruiz Miguel, C.: "Los Consejos consultivos como guardianes de la autonomía: bibliografía, jurisprudencia, doctrina legal y perspectivas", en *Revista Catalana de Dret Públic*, nº. 39, 2009, pág. 209.
57 Su creación se debió a la Ley 1/1995, del Presidente y del Gobierno de Aragón.
58 Disposición Transitoria Primera de la Ley 1/2009, de 30 de marzo.

a la vez que fijar un número de miembros, que permita un funcionamiento ágil y eficiente, pudiendo oscilar entre los 5 consejeros consultivos, en muchos de estos órganos como, por ejemplo, en el caso de la Rioja, siendo uno de ellos el Presidente, todos nombrados por el Presidente de la Comunidad Autónoma.

De forma similar se encuentran configurados en el Consejo consultivo de Galicia, aunque por un período de 6 años, y en el Consejo Jurídico de Murcia, aunque existen casos como el de Andalucía, que en la actualidad cuenta con 6 consejeros electivos, otros 6 consejeros electivos con dedicación exclusiva, 5 consejeros natos, además de su Presidente y el Secretario general, por lo que el número de integrantes puede llegar a resultar muy dispar.

En relación al elevado número de consejeros natos se pueden albergar algunas suspicacias, aunque esta tendencia se encuentra presente en otras Comunidades, como en Castilla-La Mancha, que prevé esta posibilidad para los ex-Presidentes de la Junta de Comunidades, de las Cortes y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que habiendo ejercido el cargo durante, al menos, 6 años, gocen de la condición de ciudadano de Castilla-La Mancha[59].

En este mismo sentido, para garantizar también la profesionalidad e independencia de este tipo de órganos sería deseable, en nuestra opinión, que contase con un cuerpo facultativo especifico de letrados, entre los que se eligiese el cargo de Secretario General, lo que ya se produce en alguna Comunidad Autónoma. En concreto, se trata de evitar lo que se ha producido en el caso de Galicia, donde en su Consejo Consultivo[60] se ha suprimido el cuerpo de letrados específico, y los ha integrado en la escala general de letrados de la Junta de Galicia[61], lo que no parece muy acorde con el criterio de especialidad e independencia.

De esta forma, para defender también la transparencia y eficacia del funcionamiento de estos órganos se debería garantizar una adecuada dedicación de los consejeros a sus funciones. Sin embargo, su régimen de dedicación puede ser muy variado. Buena muestra es la configuración del Consejo Jurídico de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que es el superior órgano consultivo en materia de Gobierno y Administración de la Comunidad. Sobre este asunto, Oliver Araujo ha destacado la posibilidad de que los consejeros de esta institución se dediquen, tanto a tiempo completo como parcial, en función del volumen de trabajo y del propio deseo de los interesados, lo cual este autor valora de forma positiva[62].

---

59 Art. 41.3 Ley 11/2003, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.
60 Creado por la Ley 9/1995 y, en la actualidad, regulado por la Ley 3/2014, del 24 de abril.
61 Esta decisión se adopta en la Ley 2/2017, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación, en concreto en la Disposición adicional cuarta de esta norma presupuestaría.
62 Oliver Araujo, J.: "La función consultiva en las Comunidades Autónomas: Los Consejos Consultivos", en Álvarez Conde, E (coord.). *Administraciones Públicas… (cit)*, pág. 914.

Por último, destacamos el caso de Navarra que resulta peculiar pues, aunque en un principio estaba integrado por 7 miembros[63], se ha producido un cambio legislativo en el año 2016, que lo ha reducido a 5 miembros. Sin embargo, ésta no ha sido la única modificación realizada para limitar su presupuesto, pues actualmente la plantilla de esta institución está formada por un único letrado y una secretaria del Presidente. Lo que llama la atención es que no se contempla la profesionalización de sus miembros, sino que se prefiere la compensación económica por su participación, como ponentes en informes y dictámenes, así como por la asistencia a reuniones, a pesar de que, en el año 2017, que son los últimos datos conocidos, se emitiesen 53 dictámenes, por lo que el órgano cuenta con suficiente actividad.

IV. LA ARTICULACIÓN DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS CON LOS ÓRGANOS Y CON EL ORDENAMIENTO ESTATALES.

En la determinación de la forma de encaje de los Consejos autonómicos con los órganos y con el ordenamiento estatales, la STC 204/1992 ha supuesto un respaldo definitivo de los Consejos consultivos autonómicos, cuando la ley exige el dictamen previo del Consejo de Estado, para que éste pueda ser sustituido por los órganos de semejantes características creados por las Comunidades Autónomas, en virtud de sus competencias de autoorganización, siempre que aseguren su «*independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica*».

El criterio general es que se siguen las reglas básicas, en el ejercicio de sus competencias, que marca, muy de cerca, la LOCE. De esta forma, lo habitual es que se asigne al órgano consultivo autonómico el conocimiento de las materias de las que anteriormente se ocupaba el Consejo de Estado, aunque también se ha podido aprovechar la regulación autonómica para encomendarle el conocimiento de otras materias.

Por tanto, podríamos hablar de un paralelismo de los órganos Consultivos autonómicos con el Consejo de Estado, a la hora de asumir la competencia para informar de anteproyectos de ley, proyectos de decretos y reglamentos, revisión de oficio, nulidad, interpretación y resolución de contratos administrativos, responsabilidad patrimonial, créditos extraordinarios o suplementos de crédito, arbitraje y transacciones extrajudiciales, reparos de la Intervención delegada, responsabilidad contable, pliegos generales de contratación, alteración, creación y supresión de términos municipales, recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia, convenios o acuerdos de cooperación, conflictos de atribuciones, entre otros muchos asuntos.

---

63 Nombrados por el Presidente autonómico en virtud del art. 49.1 a) y e) de la Ley Orgánica 13/1982, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

En algunos casos existen algunas singularidades, como en la Comunidad Valenciana[64] o Andalucía[65], que tienen competencia para informar, con carácter preceptivo, sobre la modificación de los planes de urbanismo, las normas complementarias y subsidiarias, y los programas de actuación, que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o de los espacios libres previstos en un plan.

En el caso de las Corporaciones Locales la consulta al órgano consultivo ha de configurarse como preceptiva, cuando así sea exigido en la legislación a la que hayan de sujetarse, fundamentalmente, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local ley de Bases de Régimen Local y la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y será facultativa, en cualquier caso, sin perjuicio de lo que establezca las leyes de desarrollo. En este sentido, algunos Estatutos de Autonomía se refieren expresamente al Consejo consultivo como el órgano que debe emitir dictamen en relación a las consultas de las Corporaciones Locales o entidades locales menores debiendo, en el caso de los Ayuntamientos, solicitarse dicho dictamen directamente a través de los alcaldes, sin necesidad de la intermediación de los Consejeros de Presidencia o de Relaciones institucionales[66].

En cuanto a la doctrina legal o criterio mantenido de forma reiterada por el Consejo Consultivo correspondiente, al aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico en sus dictámenes, se extiende a los más variados y complejos asuntos, en los que es consultado preceptivamente, como en el caso de los proyectos y las proposiciones de ley, actuaciones ante el Tribunal Constitucional o de legalidad de la actuación de las Administraciones Públicas. Los dictámenes que se pueden emitir sobre estos y otros asuntos preceptivos son muchos y variados, destacando, por su importancia, los dictámenes facultativos, que pueden ser recabados por el Presidentes del órgano legislativo o del Gobierno autonómico correspondiente[67]. Para abordar con un mínimo rigor esta doctrina legal sería necesario un estudio especializado, pues tanto por el número de asuntos diferentes, sobre los que se pronuncian estos órganos consultivos, como por la cantidad de consultas que realizan todos los años, excede la limitación de materia y de espacio de la que disponemos.

No obstante, para argumentar sobre la articulación de los Consejos consultivos autonómicos con los órganos y con el ordenamiento estatales, en relación al propio sistema parlamentario de las Comunidades Autónomas, queremos destacar el, relativamente reciente, Dictamen nº. 358/2017, de 7 de junio, solicitado por la Consejería de la Presidencia y Administración Local de Andalucía, en la que se somete a consulta facultativa la cuestión de la posible inconstitucionalidad de los preceptos de la Proposición de Ley 10-16/PPL-000009,

---

64 *Vid*., art. 10.8 e) Ley 10/1994, de la Generalitat Valenciana, de Creación del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana.
65 *Vid*., art. 17.10 e) Ley 4/2005, del Consejo Consultivo de Andalucía
66 López-Medel Báscones; J.: Consejos consultivos… *Op, cit*, pág. 236.
67 http://portales.gva.es/cjccv/castellano/pubREFC.html (U.A: 21-1-2019).

relativa a la modificación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía[68].

En este caso, este Consejo consultivo empieza por declarar que, a diferencia de lo que establece la normativa reguladora de otros órganos consultivos, la Ley 4/2005 no contempla que dicho órgano se pronuncie «*sobre la adecuación al Estatuto y a la Constitución de las proposiciones de ley sometidas a la aprobación del Parlamento de Andalucía*», poniendo como ejemplo el contraste con lo que dispone el artículo 16.1.b) de la Ley 2/2009, del Consejo de Garantías Estatutarias, y que tampoco la Ley andaluza prevé que los grupos parlamentarios en las proposiciones puedan solicitar dictamen al Consejo Consultivo de Andalucía.

No obstante, aborda el fondo de la cuestión teniendo en cuenta la nueva configuración del Consejo Consultivo, como institución de autogobierno reconocida como tal en propio Estatuto cuya misión es la de «*velar por la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía para Andalucía y el resto del ordenamiento jurídico (art. 1 de la Ley 4/2005), actuando con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia (art. 2)*», razones que, según este órgano, «*puede justificar este tipo de consultas que, por sus propias características, están sujetas a los requisitos estrictos previstos en la Ley 4/2005*».

Para analizar la posible inconstitucionalidad de la regulación de la limitación de mandatos, de la modificación de la Ley 6/2006, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se centra en distintas normas, como la Constitución, el Estatuto y otras referencias de interés, como las de la Comisión de Venecia, del Consejo de Europa[69]. Por supuesto, en este largo Dictamen se hace referencia a la forma en la que otros legisladores autonómicos han regulado este asunto, dentro de la esfera del llamado "Estatuto Personal", referido al número de ocasiones o el número de años que se puede ocupar el cargo de Presidente del Gobierno autonómico. En concreto, existen anteriormente otros Dictámenes de este tema[70] que, por otro lado, también han originado interesantes trabajos de investigación, en los que se destaca que son pocas Comunidades Autónomas que han decidido limitar este mandato, pero solo para su Jefe de su Ejecutivo y no de otros miembros del Gobierno autonómico[71].

---

68 Consejo Consultivo de Andalucía, "Dictamen núm. 0358/2017, de 7-6-2017, nº. Marginal: IV. 3. Consulta facultativa sobre la posible inconstitucionalidad de los preceptos de la Proposición de Ley 10-16/PPL-000009, relativa a la modificación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía". *Vid.* http://server.knosys.es/ccandalucia/knpag?x=index# (U.A: 21-1-2019).

69 Comisión de Venecia, del Consejo de Europa, sobre democracia, limitación de los mandatos e incompatibilidad de funciones políticas, adoptado en su 93ª sesión plenaria, celebrada los días 14 y 15 de diciembre de 2012, CDL-AD (2012).

70 Sobre este tema véase, por ejemplo, el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, nº. 44/1997, de 24 de junio", *Vid*. http://consultivo.jccm.es/documentos/dictamenes/04497.pdf (U.A: 21-1-2019).

71 Flores Juberías, C; García-Contell, J.: "La introducción en España de la limitación de mandatos: una aproximación crítica", en *Revista de Derecho Político* UNED, nº. 100, 2017, pág. 610.

De esta forma, hay que destacar que el debate doctrinal no se debe circunscribir, en nuestra opinión, a un mero análisis sobre la homologabilidad o no de los Consejos consultivos con el Consejo de Estado, sino que conviene abrir el estudio a la forma de articulación de estos órganos consultivos autonómicos en aquellas proposiciones de ley, como la que hemos visto, cuando deban de adecuarse al Estatuto y a la Constitución, siendo un caso paradigmático el producido en Cataluña, del que nos vamos a ocupar en el siguiente epígrafe.

V. LA CONTROVERSIA SOBRE EL CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE CATALUÑA EN LA APRECIACIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES AUTONÓMICAS.

El Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña se crea en 1981, para dictaminar sobre la adecuación al Estatuto de autonomía de Cataluña de los proyectos o proposiciones de ley, que se someten a debate y aprobación del Parlamento de Cataluña. No obstante, con la entrada en vigor del nuevo Estatuto de autonomía, de 2006, resulta sustituido por el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, cuya misión es la adecuación al Estatuto, y a la Constitución española de 1978, de las disposiciones de la Generalidad, a la vez que la tutela de los derechos reconocidos en el Título I del nuevo Estatuto de autonomía[72].

No obstante, el apartado del art. 76.4 del Estatuto, que establecía que los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias tenían carácter vinculante, con relación a los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento, que desarrollen o afecten a derechos reconocidos en dicho Estatuto fue declarado inconstitucional y nulo, de conformidad con la STC 31/2010, de 28 de junio, a la vez que la inconstitucionalidad fue estimada parcialmente en otros preceptos de la Ley Orgánica 6/2006. El problema es que las competencias de este Consejo de Garantías no respondían a los cometidos propios del Consejo de Estado, sino que, en cierto modo, actuaba como un Tribunal Constitucional preventivo, siguiendo la línea mantenida por Muñoz Machado, que ha afirmado que reviste unas «*características muy próximas a las que tiene en la actualidad el Consejo Constitucional francés al dictaminar sobre la constitucionalidad de las leyes*[73]».

Precisamente, el Tribunal Constitucional, en el FJ. 32 de la STC 31/2010, vino a cuestionar esta configuración, al señalar que la indeterminación del modelo de control de este órgano se extiende a dos extremos. En primer lugar, a lo que tiene que ver con el control sobre los proyectos y proposiciones de ley, que se llevará a cabo en el momento de la presentación de las iniciativas legislativas en la Cámara, y a lo largo de su debate en ésta. En segundo lugar, sobre el control que se verificará una vez concluido el procedimiento legislativo, pero antes de la publicación de la ley.

---

72 También de los que establezca, cuando se apruebe, la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña, que según el art. 37.2 de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, debe ser aprobada por ley.

73 Oliver Araujo, J.: La función consultiva… *Op, cit*, pág. 902.

De esta forma, el Tribunal Constitucional considera en esta Sentencia que si el dictamen del Consejo es vinculante, y poco importa que lo sea sólo en relación con determinadas iniciativas legislativas, se debe entender «*que un juicio negativo impedirá, en el primer caso, la tramitación de la iniciativa o, en su caso, la continuación del debate en sus términos originales, y en el segundo supuesto, la publicación de la ley y su entrada en vigor; lo primero supondría una inadmisible limitación de la autoridad y las competencias parlamentarias, con grave quebranto de los derechos de participación política reconocidos por el art. 23 CE, en garantía de la libertad parlamentaria propia de los sistemas democráticos. Lo segundo configuraría el control ejercido por el Consejo en términos demasiado próximos (materialmente equivalentes, desde luego) a un control jurisdiccional sobre normas legales enteramente perfeccionadas en su contenido, perjudicándose entonces el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley reservado por el art. 161 CE a este Tribunal*». Por lo que el Tribunal Constitucional termina por concluir que procede la declaración de inconstitucionalidad de ambas hipótesis, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 4 del art. 76 EAC.

Desde la doctrina, Ruiz Miguel ha situado esta cuestión en términos de la transformación que implica que un Consejo Consultivo se convierta en un órgano de control, al estilo del Consejo Constitucional francés. En opinión de este autor, que en líneas generales compartimos, esta situación «*no tiene cobertura constitucional (...) al privar a un órgano previsto por la Constitución (el Parlamento autonómico de las CA del art. 152 CE) de las competencias que le atribuye la Constitución (que habla de Asamblea legislativa) y que sólo tienen el límite que establece la propia Constitución, a saber, el control de la constitucionalidad de leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que se confiere al Tribunal Constitucional (art. 161.1.a y 163 CE)*[74]».

Por otro lado, el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña se ha debido pronunciar también en otros Dictámenes complicados, precisamente en aplicación de las amplias competencias que tiene atribuidas. Un buen ejemplo fue el Dictamen del Consejo Consultivo, en relación a la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (tram. 206-00003/07). En este caso, el Consejo declaró que «*de acuerdo con la función institucional que le corresponde, ha llevado a cabo un juicio de constitucionalidad sobre los preceptos, enmiendas y votos objeto de examen, sin entrar a valorar su oportunidad, y sin ponderar el grado de mayor o menor adecuación a la Constitución de las diversas soluciones que en ocasiones ofrecen los preceptos, enmiendas y votos a una misma cuestión*[75]».

---

74 Ruiz Miguel, C.: Los Consejos consultivos… *Op, cit*, pág. 209. Del mismo autor: *Consejo de Estado y Consejos consultivos autonómicos*, Dykinson, Madrid, 1995.

75 También declaró el Consejo que de forma excepcional «*ha creído oportuno formular recomendaciones de redacción alternativa para garantizar mejor la seguridad jurídica y la constitucionalidad de un precepto, enmienda o voto, y también, de forma excepcional, se propone alguna corrección de carácter meramente técnico*». *Vid.* Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña (BOPC nº. 217, de 6-9-2005). *Vid*. https://www.parlament.cat/document/bopc/50642.pdf (U.A: 21-1-2019).

No podemos dejar sin citar uno de los Dictámenes más conocidos de este órgano, que fue el 14/2017, de 5 de diciembre[76], sobre la Resolución de 27-10-2017, de la Presidencia del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del art. 155 CE, que según el art. 76.3 EAC, tiene carácter preceptivo, en caso de que se decidiera interponer un recurso de inconstitucionalidad.

En esta ocasión, la solicitud de dictamen se presenta por 3 diputados, pertenecientes al Grupo Parlamentario de *Junts pel Sí*, después de que la Mesa de la Diputación Permanente del Parlamento catalán lo admitiese a trámite y lo remitiese al Consejo. El Dictamen mantiene en sus conclusiones que la medida autorizada por el Pleno del Senado, relativa a la atribución al Presidente del Gobierno del Estado, de la competencia para decretar la disolución del Parlamento de Cataluña, y convocar nuevas elecciones, no vulnera el alcance material del art. 155 CE. Se entiende en dicho Dictamen que dentro de las "medidas necesarias" supone la opción menos lesiva para el principio de autonomía política, puesto que «*facilita la restitución plena del autogobierno en el plazo más breve*[77]». En su segunda conclusión, el Consejo estima que las medidas autorizadas por el Pleno del Senado, respecto a la intervención de la función de impulso y control políticos del Parlamento catalán, según las limitaciones y sentido del apartado 4 del Dictamen, «*no son contrarias a los límites constitucionales del artículo 155 CE*», lo que se adopta por unanimidad del Consejo.

Por último, la tercera conclusión interpreta que la medida autorizada por el Pleno del Senado, de cese del Presidente y del Gobierno de la Generalidad, «*por el hecho de que ha sido aplicada de forma inmediata y antes que ninguna otra, mediante los reales decretos 942/2017 y 943/2017, de 27 de octubre, es inconstitucional por no haber respetado los principios de gradualidad ni de proporcionalidad. Una vez disuelto el Parlamento, entienden que no era una medida necesaria o indispensable para alcanzar la finalidad perseguida por el artículo 155 CE, ya que habría sido posible implementar otras menos restrictivas y al mismo tiempo compatibles con la eficacia de este mecanismo de coerción estatal*», siendo adoptado este criterio por una mayoría de 7 votos a favor y 1 en contra, lo que no evita que se adjunten 2 votos particulares, en un tema tan relevante y polémico.

Por otro lado, en Cataluña es necesario no confundir el Consejo de Garantías Estatutarias, al que nos hemos referido, con la Comisión Jurídica Asesora, que es un órgano con funciones de carácter consultivo, que se configura como alto órgano consultivo del Gobierno de la Generalidad de Cataluña[78].

---

76 *Vid.* https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20180201112015-2.pdf (U.A: 21-1-2019).
77 Esta redacción se adopta por 6 votos a favor y 2 en contra.
78 Esta Comisión Jurídica Asesora se encuentra prevista en el art. 72.1 del Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006, y ejerce sus funciones con autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, de acuerdo con la ley.

No obstante, el nombre especifico de "Comisión Jurídica Asesora" se emplea en otras Comunidades, como en el País Vasco, para referirse al órgano colegiado superior consultivo de una serie de Administraciones de dicha Comunidad, empezando por la propia Administración de la Comunidad Autónoma, la Administración local del territorio, la Universidad del País Vasco, y todas las demás entidades públicas con personalidad jurídica propia vinculadas a las anteriores o dependientes de ellas[79]. Mientras que se designa como órgano "Jurídico" en el Consejo Jurídico Consultivo valenciano[80] siguiéndose, en este caso, la opinión formulada por Garrido Mayol, de incluir una mención expresa en el Estatuto, pues antes no existía, siendo ahora una institución con «*relevancia estatutaria*[81]».

En cualquier caso, podríamos concluir que lo importante, en nuestra opinión, no es la configuración concreta del número de consejeros que integran el órgano o la forma de denominación del mismo sino, en realidad, qué funciones tiene atribuidas, cómo las ejerce y su articulación dentro de las instituciones y del Derecho estatal, sin olvidar analizar si cumple con todos los requisitos para afirmar su competencia, independencia y autonomía.

De esta forma, se puede estudiar con más rigor y de una forma más objetiva los contornos y características de esta peculiar institución, superando una mera comparación entre la actividad y las funciones del Consejo de Estado, en relación con los Consejos consultivos autonómicos puesto que, como muy acertadamente se ha dicho, «*la polémica levantada al respecto no procede precisamente del Consejo del Estado ni, por supuesto, de los Altos Organismos Consultivos*[82]». Por tanto, lo relevante no es saber si los primeros son capaces de «*implementar sus funciones con las de éste e incluso reforzar la posición institucional del mismo, pues, estando avocados unos y otro al servicio de las mismas finalidades, no pueden ser interpretados como antagonistas, sino como leales colaboradores, cada uno en su propio ámbito de competencias materiales y espaciales*[83]».

En definitiva, mantenemos que resulta necesario y conveniente configurar las instituciones y regular las funciones de estos órganos con un espíritu constructivo de colaboración, pues de su correcta articulación depende el buen

---

79 Véase el art. 2 Ley 9/2004, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

80 Véase el art. 43 de la LO 1/2006, de Reforma de LO 5/1982, de Estatuto de Autonomía, que lo define como una institución de la Generalitat de carácter público, configurado como un órgano consultivo supremo del Consejo de Gobierno, de la Administración Autonómica y, en su caso, de las Administraciones locales de la Comunidad en materia jurídica.

81 Garrido Mayol, V.: "El Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana", en *Memoria 1996. Recopilación doctrinal legal*, ed. Consell Jurídic Consultíu de la Comunitat Valenciana, Valencia, 1997, pág. 39.

82 Granado Hijelmo, I.: "La posición institucional del Consejo Consultivo de la Rioja como alto órgano consultivo", en *Consejo Consultivo de la Rioja, Repertorio General de Normativa, Memoria, Dictámenes y Doctrina Legal*, Consejo Consultivo de La Rioja, Logroño, 1998, pág. 128.

83 *Ibidem.*

funcionamiento de nuestro modelo de Estado social y democrático de Derecho, dentro del respeto más escrupuloso de sus principios fundacionales.

VI. CONCLUSIONES.

En este último apartado recogemos brevemente las conclusiones que podemos extraer del trabajo que hemos realizado, sobre uno de los órganos de relevancia constitucional más importantes de nuestro modelo de Estado, que es el Consejo de Estado, y sobre el importante papel institucional que desempeñan los Consejos Consultivos Autonómicos.

1. En primer lugar, la escueta regulación en nuestro Texto fundamental como «*supremo órgano consultivo del Gobierno*» (art. 107 CE), entendemos que no se queda más que en la superficie de las complejas y profundas misiones y cometidos que tiene asignados, que son remitidos a una regulación, a través de una ley orgánica, lo que normativamente supone ya un indicio, suficientemente expresivo, de la importancia que el legislador confiere a su papel institucional y sus funciones.

2. Durante estos cuarenta años de vigencia de la Constitución, el Consejo de Estado ha resultado un órgano útil y valioso al servicio al Estado y de los ciudadanos, al estar configurado, en su legislación de desarrollo, como una garantía de la observancia de la Constitución, pero también del resto del ordenamiento jurídico, sin olvidar otros importantes cometidos como son la mejora de la eficacia de la Administración en el cumplimiento de los fines que tiene encomendados.

3. Los Consejos Consultivos Autonómicos han venido a desempeñar un importante papel institucional dentro de nuestro modelo de Estado descentralizado, tanto por las funciones realizadas, como por la emisión de sus dictámenes, a través de los cuales han producido un importante cuerpo de doctrina, que ha facilitado la adecuación y la interpretación de las normas jurídicas, con la observancia de la Constitución y de los correspondientes Estatutos de Autonomía.

4. El debate jurídico en torno a la existencia y funciones de los Consejos consultivos autonómicos no se debe desarrollar en contraposición o competición abierta con el Consejo de Estado, sino en términos de leal y útil colaboración, en la articulación de un modelo de Estado descentralizado, que confiere capacidad de autoorganización a las Comunidades Autónomas, dentro de un régimen de libertad y de respeto mutuos.

5. El debate sobre la necesidad o la duplicidad institucional de los Consejos consultivos autonómicos, que se ha desarrollado en un contexto desfavorable marcado por la crisis económica, que empezó en 2008 y ha golpeado con fuerza a nuestro país, incluyendo, como es lógico, a la Administración Pública, ha tenido como una de sus consecuencias una serie de recomendaciones, del Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), entre las que

se hace referencia expresa a la necesidad de evitar duplicidades, lo que podría aplicarse a los actuales órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, si bien nosotros hemos mantenido que, en general, existen más razones para estimar necesario y valioso el trabajo de estos órganos, que lo contrario.

6. Por otro lado, consideramos que los Consejos Consultivos Autonómicos son todavía órganos jóvenes, que no cuentan con la aquilatada experiencia y andadura del Consejo de Estado. Quizá por eso son grandes desconocidos. No suelen ser abundantes los trabajos científicos o académicos sobre sus funciones, ni sus resultados demasiado conocidos, ni parece que, en general, los medios de comunicación suelan tener preferencia por hacer más visible su existencia y su cometido a la sociedad. Por eso, su futuro depende no solo de que sus informes técnicos sean correctos y buenos, y su funcionamiento adecuado, también en términos económicos, sino de que formulen un cuerpo de doctrina claro y útil, cuyos resultados se puedan aplicar con éxito, y sus recomendaciones mejoren, de forma efectiva e incontrovertible, la Administración Pública, a la que van dirigidos muchos de sus dictámenes.

7. En nuestra opinión, tanto en el caso del Consejo de Estado como en el de los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas es necesaria una permanente relación de la Administración activa con la consultiva, que permita un flujo dinámico y constante de información, y de mejoras en los procedimientos y en la tramitación de los distintos asuntos. Es verdad que existen procedimientos ya formalizados como, por ejemplo, a través de las Memorias y los informes que elaboran estos órganos consultivos, en los que se recogen propuestas de mejora, tanto de los procedimientos como sobre el fondo de algunos asuntos, aunque en una sociedad que cada día resulta más ágil y tecnificada, en ocasiones, estos sistemas tan formalizados pueden producir a la ciudadanía una sensación de cierto anquilosamiento, que no transmita al ciudadano las ventajas de contar con la efectividad y profesionalidad propias de la institución consultiva.

8. Por último, como conclusión final mantenemos que los órganos consultivos tienen, en nuestro país, plena capacidad para adaptarse a los retos de los nuevos tiempos, a las nuevas tecnologías y realidades, para continuar con su función consultiva a largo plazo, para lo que resulta necesario formular una adecuada configuración normativa y una buena gestión de los fondos públicos, que optimicen su organización y funcionamiento, para que puedan seguir colaborando en la mejora de la labor del Gobierno y de la Administración pública, a la vez que se profundice en la observancia y defensa de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, tal y como esperamos y deseamos.

RESUMEN

El trabajo de investigación estudia la configuración y el papel institucional del Consejo de Estado, con un análisis detenido y profundo de su estructura, cometido y competencias, a la vez que se formulan diversas hipótesis y teorías para com-

prender mejor la función consultiva, tan necesaria para el correcto funcionamiento de nuestro modelo de Estado. También se estudian los Consejos Consultivos Autonómicos, como respuesta institucional que busca ofrecer soluciones a las exigencias que presenta la complejidad de nuestro sistema normativo, examinando aspectos básicos, como su necesidad, la posible duplicidad institucional, la problemática sobre su régimen jurídico aplicable o el controvertido tema del papel del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña en la apreciación de la constitucionalidad de las leyes autonómicas. La investigación se cierra con las ideas y argumentos más importantes alcanzados, sintetizados en el epígrafe de conclusiones.

Palabras clave: Consejo de Estado – función consultiva – Consejos Consultivos Autonómicos.

ABSTRACT

The research work studies the configuration and the institutional role of the Council of State, in our country, with a deep and detailed analysis of its structure, role and competences. At the same time that various hypotheses and theories are formulated, to better understand the consultative function, so necessary for the proper functioning of our State model. The article also addresses the problem of the Consultative Councils of the Autonomous Regions, as an institutional response that seeks to offer solutions to the demands, which presents the complexity of our normative system, examining basic aspects, such as its need, the possible institutional duplicity, the problematic about its applicable legal regime or the controversial issue of the role of the Council of Statutory Guarantees of Catalonia in the assessment of the constitutionality of the autonomic laws. The investigation closes with the most important ideas and arguments reached, summarized in the conclusions section.

Key words: Council of State – consultative function – Consultative Councils of the Autonomous Regions.

Recepción del artículo: 12/02/2019 – Evaluación anónima:19/02/2019 – Aceptación versión definitiva: 22/02/2019

Doctrina de los Consejos Consultivos

DOCTRINA DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES DE ACOSO EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA
2. CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA
3. COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI
4. CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN
5. CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA

La responsabilidad patrimonial como consecuencia de situaciones de acoso en el ámbito de la administración pública.

Patricia Boix Mañó
Letrada Mayor del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.
II. RESPONSABILIDAD POR ACOSO LABORAL O *MOBBING*.
a) Concepto.
b) Procedimiento.
c) Plazo.
III. RESPONSABILIDAD POR ACOSO ESCOLAR O *BULLYING*.
a) Concepto.
b) Procedimiento.
c) Plazo.
d) Acoso sexual en el ámbito escolar.
IV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR CIBERACOSO.
V. ASPECTOS COMUNES A LOS DISTINTOS TIPOS DE ACOSO.
a) Legitimación activa y pasiva.
b) Carga de la prueba
c) El daño y su cuantificación.

I. INTRODUCCIÓN

El Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana a lo largo del ejercicio de su función consultiva ha tenido que examinar y valorar distintas reclamaciones formuladas por acoso ante la Administración Pública. Dichas reclamaciones que, por lo general, se han articulado por los interesados mediante el instituto de la responsabilidad patrimonial, se han formulado bajo una pluralidad de situaciones distintas, en la medida que el acoso ha podido presentar muchas formas y darse en una gran variedad de contextos. El acoso, definido en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, entre otros significados, como la acción de «*perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona*», así como el sentido de «*apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos*», se ha presentado en

el marco de la Administración Pública en sus distintos tipos: acoso laboral, acoso escolar o bullying, e incluso el ciberacoso.

Dado que las reclamaciones frente a las Administraciones Públicas pueden articularse, como se ha dicho, por distintos sujetos y diversos contextos (terceros, funcionarios, personal laboral, etc), en este artículo se va a reseñar la doctrina de este Órgano consultivo distinguiendo los diferentes ámbitos en los que se han formulado dichas reclamaciones, finalizando con algunos aspectos procedimentales comunes a todos los supuestos.

II. RESPONSABILIDAD POR ACOSO LABORAL O *MOBBING*.

a) Concepto.

El acoso laboral o *mobbing* consiste en una forma de maltrato que se produce dentro del espacio de trabajo. Este tipo de acoso, que puede proceder de una o más personas, tiene lugar por regla general a nivel psicológico a través de conductas como burlas, amenazas, falsos rumores, o apartando a la víctima del resto del personal o de las tareas propias de su puesto, entre otros métodos de agresión psicológica.

En relación con el denominado *mobbing* o acoso moral o psicológico en el ámbito de la relación funcionarial, este Consell ha recogido en sus distintos Dictámenes la jurisprudencia que lo configura como una conducta de índole discriminatoria que atenta contra la dignidad de la persona y crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo. En el **Dictamen 700/2012**, de 6 de septiembre, recuerda que «*(…) En este sentido, en la Sentencia del TSJ de Castilla y León nº 2491/2011 se señala que «El acoso laboral precisa de una efectiva y seria presión psicológica, bien sea ésta de un superior o de un compañero –acoso vertical y horizontal– que sea sentida y percibida por el trabajador acosado al que causa un daño psíquico real que le hace perder la posibilidad de una normal convivencia en su propio ámbito profesional. A veces, las prácticas de acoso u hostigamiento suponen un estilo de gestión que busca la clave del éxito empresarial en la obediencia al jefe o líder de la organización. (Molina Navarrete). Se trataría de una forma de dominio sobre las personas, erradicado en el mundo civilizado, en la que el poder ha de ocultarse para poder seguir ejercitándose. Intencionalidad y sistemática reiteración de la presión (Leymann, en términos generales lo concreta en una vez por semana durante al menos seis meses) son requisitos necesarios para poder hablar de acoso moral en el trabajo, en el que, a semejanza del reino animal, miembros débiles de una misma especie se coaligan contra un individuo más fuerte al que, por diversos motivos, se ataca y excluye de la Comunidad». Además, la doctrina judicial (así, STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2006 y de 12 de junio de 2007) suele citar al respecto la definición de mobbing dada por el grupo de estudio de Violencia en el Trabajo, de la Comisión Europea, como «el comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y / o el efecto de hacerle el vacío*».

Insiste asimismo en sus distintos dictámenes que en el Orden Jurisdiccional Social se ha venido abordando y perfilando esta institución, en los términos recogidos en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana nº 3244 /2010 de 24 de noviembre de 2010 a cuyo tenor «*(...) siguiendo la doctrina general del Tribunal Supremo sobre el acoso laboral– SSTSJG 09/07/07 R. 4490/04 27/09/06 R. 3849/06, 29/09/05 R. 3812/05, 11/04/03 R. 820/03 y 12/09/02 AS 2603– que, en el ámbito especializado –médico y jurídico–, se define el acoso laboral (mobbing) como aquella conducta abusiva o violencia psicológica al que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. En definición oficial –Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo– se trata de «aquella situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (al menos, una vez por semana) durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo*».

Partiendo de las distintas modalidades en que se manifiesta el acoso laboral, en el **Dictamen 251/2012**, reitera que «*Los mecanismos del mobbing –en su variedades vertical y horizontal– admiten pluralidad de formas que van desde las actitudes más groseras y violentas (bullying) a las técnicas de mayor sutileza (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, críticas, rumores o subestimaciones - y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (mobbing horizontal) como al personal directivo (bossing), el que incluso puede ser sujeto pasivo (mobbing vertical ascendente); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder (mobbing vertical descendente). Pero, en todo caso, la situación de acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (sistematicidad en la presión, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y elemental gravedad) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado –que no colectivo– del destinatario). Requisitos que han de servir para diferenciar esta figura de otras afines, cual es el "síndrome del quemado" (burn-out, o estrés laboral avanzado que se caracteriza por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional); o el mobbing subjetivo o falso, en los que las percepciones personales del trabajador no se corresponden con los datos –objetivos y subjetivos– que están presentes en el desarrollo de su actividad laboral, en la que faltan los referidos elementos que caracterizan el acoso moral. Pero en todo caso, los citados elementos del acoso nos permiten distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio –abusivo o arbitrario– de las facultades empresariales, pues en el primero se agreden derechos fundamentales de la persona –básicamente su dignidad e integridad moral– , en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento*

se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés –mal entendido– empresarial".

Por lo demás, la anterior doctrina sobre el acoso moral tomada fundamentalmente de la jurisdicción social es perfectamente trasladable al ámbito del derecho administrativo –STSJ de Andalucía de 9 de junio de 2005 y STSJ de Castilla y León nº 2491/2011 entre otras –pues, como en dichas sentencias se señala, el carácter estatutario y no laboral de la relación que une al funcionario con la Administración Pública, no puede impedir, en forma alguna, la persecución de las conductas acosadoras….

Y añade que «S*on, por tanto, elementos básicos "de este anómalo proceder humano", de una parte –STSJ de Castilla y León, de nº 2491/2011 de 2 de noviembre– «la intencionalidad o elemento subjetivo, orientado a conseguir el perjuicio a la integridad moral de otro, aunque no se produzca un daño a la salud mental del trabajador (el concepto de integridad moral es distinto del de salud) requisito éste siempre exigido en este irregular comportamiento o actitud y, de otra parte, la reiteración de esa conducta de rechazo que se desarrolla de forma sistemática durante un período de tiempo. Lo importante es que el comportamiento sea objetivamente humillante, llevando así implícito el perjuicio moral, pues si se piensa que el acosador puede ser un enfermo y no por tanto responsable de sus actos, la búsqueda del resultado de humillación o vejación es un elemento normal de este comportamiento, pero no necesario. (Rojas Rivero)*».

Doctrina reiterada por el Consell Jurídic en posteriores dictámenes como el Dictamen 38/2014, entre otros.

b) Procedimiento.

Por cuanto afecta al procedimiento, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana ha mantenido desde el **Dictamen 554/2010**, entre otros, que los supuestos de mobbing en que los daños alegados se hubieran producido en el seno de una relación especial de sujeción con la Administración funcionarial, constituye el ejercicio de una petición de resarcimiento de daños y perjuicios por parte de un empleado al servicio de la Administración, de forma que dichas reclamaciones tienen su fundamento indemnizatorio en la normativa específica sobre función pública, y no en un acción por responsabilidad patrimonial. Por otro lado, al no existir cauce procedimental específico para las acciones que tienen por objeto la reclamación de daños sufridos por el personal al servicio de la Administración Pública durante el desempeño de sus funciones, resultan de aplicación las prescripciones que con carácter general se contienen en la norma de procedimiento administrativo (actualmente la Ley 39/2015, de 1 de octubre).

Concretamente, en el citado Dictamen se argumentó que «(…) actualmente en el artículo 14 d) de la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, ya que se trata de daños sufridos por el personal al servicio de la Administración Pública durante el desempeño de sus funciones. Y al no existir cauce

procedimental específico para las acciones que tienen por objeto la reclamación de daños sufridos por el personal al servicio de la Administración Pública durante el desempeño de sus funciones, resultan de aplicación las prescripciones que con carácter general se contienen en el Título VI de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común…».

Este criterio se reitera en los Dictámenes 1037/2007; 700/2012; 964/2012; 38/2014; entre otros.

No obstante, en algunos dictámenes el Consell Jurídic no ha mostrado objeción a la tramitación de este tipo de solicitudes de funcionarios a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial, atendiendo a la propia solicitud del interesado y al hecho de que, en definitiva, no quedaba alterado su derecho a reclamar por una eventual situación de acoso laboral. Ejemplo de ello lo constituyen los Dictámenes 77/2006; 136/2008; 466/2008; 284/2009; 445/2009; 349/2010; 76/2012; 964/2012; entre otros. Concretamente, en el **Dictamen 964/2012** se dijo que «*(…) Como las garantías establecidas en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que ahora se examina, que es como se ha instruido el procedimiento, son análogas a las del procedimiento general regulado en el Título VI de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no existe obstáculo en punto a la perspectiva procedimental de la cuestión planteada, máxime cuando se ha concedido al interesado el esencial trámite de vista y audiencia*».

Por otro lado, el Consell Jurídic recoge en el Dictamen 700/2012 la doctrina que el Consejo de Estado ha venido manteniendo acerca de la imposibilidad jurídica de que el procedimiento de responsabilidad patrimonial o de indemnización de daños y perjuicios por acoso sean un instrumento adecuado para constatar y declarar, de forma autónoma, la existencia de un ilícito administrativo constitutivo de tal acoso. Así, en el Dictamen 359/2009 entre otros, el Consejo de Estado señalaba que «*este Consejo ha destacado que todas las cuestiones relativas a la prueba fáctica de tal acoso y a su calificación jurídica encuentran su vía adecuada a través, ya sea de procedimientos disciplinarios en los que se analice la eventual actuación acosadora de cargos o funcionarios públicos, ya sea de procedimientos de impugnación de actos o decisiones que se entiendan acreditadores y reveladores de una situación de acoso*».

c) Plazo.

La distinta calificación dada a la reclamación formulada por funcionarios, como responsabilidad patrimonial o como solicitud de daños fundada en el principio de indemnidad del personal de la Administración, no resulta irrelevante a efectos del plazo para reclamar. Así, en el **Dictamen 554/2010**, el Consell Jurídic de la señaló que «*Dicho distinto régimen regulador es relevante en el presente procedimiento porque de entender que nos encontramos ante un procedimiento de responsabilidad patrimonial, la acción estaría prescrita cuando se ejerció: la reclamación se formuló el día 7 de abril de 2009 por el acoso laboral sufrido por el interesado, que estuvo de baja médica desde noviembre de 2006 hasta el día 25 de marzo de 2008*

por lo que aquélla se formuló transcurrido más de un año desde que se produjeron los hechos y fijado el alcance de la lesión cuyo resarcimiento se interesa (artículo 142.5 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, citada).

En cambio, al tratarse de una reclamación de cantidad de un funcionario respecto de la Administración a la que está sometido a una relación de sujeción especial aquel plazo es el general de cuatro años».

III. RESPONSABILIDAD POR ACOSO ESCOLAR O *BULLYING*.

a) Concepto.

Uno de los tipos de acoso más conocido es el acoso escolar. Este consiste en cualquier tipo de maltrato o agresión psicológica, verbal o física, llevada a cabo dentro del ámbito escolar, aunque no necesariamente dentro de las aulas (instalaciones del centro, actividades extraescolares, etc). Para que sea considerado como *bullying*, debe existir una relación que implique que ambos menores comparten el espacio escolar. La Administración, como titular de los centros educativos públicos, puede ser responsable de los daños causados como consecuencia del acoso, pues, de quedar debidamente acreditada su existencia, se le puede exigir responsabilidad patrimonial por el resultado dañoso.

Esta materia ha sido analizada por el Consell Jurídic en distintos Dictámenes (524/2008; 616/2013; 138/2016; 253/2018; 119/2019; 241/2019, entre otros). En ellos se ha valorado la situación de acoso como actuación reiterada de maltrato que busca la causación de un daño a la víctima, y se ha atendido a las medidas preventivas, de seguridad y reparadoras adoptadas por la Administración educativa como criterios para apreciar o no la existencia de un supuesto de responsabilidad por acoso. Se ha valorado la eventual inactividad-pasividad de la dirección y del centro y/o la inspección educativa en la adopción de las medidas y medios a su alcance para atajar la situación que pudiera sufrir el menor; al hecho de que se activara o no un protocolo de actuación contra un posible acoso escolar; se ha examinado la eventual falta de diligencia o de actuación ante los inicios de un posible acoso para evitar la situación padecida por el menor en el centro escolar; en definitiva, se ha tomado en consideración distintos parámetros en el análisis de la responsabilidad patrimonial en los supuestos de acoso escolar.

En el **Dictamen 643/2008**, tras analizar las distintas actuaciones llevadas a cabo por los responsables del centro docente, se concluye que «*"(...) Todo lo anteriormente relatado, permite apreciar una situación de reiteradas amenazas y acoso psicológico a la alumna… en el marco del servicio público educativo, que no fue advertido como tal por el profesorado y la Administración educativa. Además, consta acreditado que en algunos incidentes acaecidos dentro de las instalaciones del Instituto… intervino una menor que no pertenecía al Centro educativo, lo que evidencia una insuficiencia de control en el acceso al recinto educativo, como así se*

advierte en la carta del Adjunto del Síndc de Greuges dirigida a la Administración y resulta implícitamente admitido en el Informe de 3 de noviembre de 2006. Desde la realidad de tales hechos se puede apreciar que los daños sufridos por la hija de los reclamantes tuvieron origen en la convivencia escolar, y aunque inicialmente se desplegó una actividad encaminada a evitar los hechos dañosos, ésta no obtuvo el éxito deseable, si bien ha resultado satisfactoria la actuación desarrollada por el segundo Centro. Resulta de ello la vinculación de los daños sufridos con el servicio público en cuyo ámbito se produjeron…».

En el **Dictamen 119/2019** se fundamentó la desestimación de la reclamación en los términos siguientes: «*la parte reclamante sostiene que el menor de 16 años de edad fue objeto de una agresión física por parte de un compañero de Instituto y de estudios, lo que enmarca en el contexto o como culminación de una situación conocida de acoso escolar que los servicios, órganos directivos y responsables de la Administración educativa no supieron evitar o impedir.*

Sin embargo, esta versión de los hechos no concuerda con la documentación que obra en la instrucción y, en particular, con la constatación de los hechos y las valoraciones que la Inspección educativa realizó en sus informes de 9 de marzo y de 12 de diciembre de 2017, que se cohonestan con la posición que expresa la Dirección del Instituto en sus respectivos informes, de 12 de mayo de 2017 y de 23 de enero y 1 de febrero de 2018, de los que se desprende las diversas actuaciones, reuniones y medidas adoptadas por la Inspección educativa, en coordinación con la Dirección del Instituto y la persona especialista en psicología educativa, con la finalidad de conseguir que el alumno menor, que sufre un trastorno específico del lenguaje y precisa recursos pedagógicos especiales, se integrara plenamente en la comunidad escolar y pudiera obtener un rendimiento académico aceptable.

En este sentido, debe concluirse que los responsables del Centro educativo adoptaron las medidas adecuadas para intentar solucionar los problemas pedagógicos y de convivencia escolar que pudiera padecer el menor, no bastando las simples afirmaciones de una de las partes interesadas para acreditar la efectiva existencia de una situación de acoso escolar o de una falta de vigilancia del alumnado que permita imputar la oportuna responsabilidad patrimonial a la Administración educativa».

Por otro lado, aunque generalmente los supuestos el acoso escolar constituyen un supuesto de violencia entre iguales, de forma que los acosadores y las víctimas son en la mayoría de los casos menores de edad alumnos del mismo centro escolar, y esta violencia se produce dentro del entorno escolar (aula, instalaciones del colegio, ruta, actividades extraescolares, etc.) o fuera del entorno escolar a través de un dispositivo móvil (*Ciberbullying*), en algunas ocasiones el acoso puede tener lugar en sentido vertical, profesor-alumno.

En el **Dictamen 616/2013** se analizó la reclamación formulada por los padres de un menor como consecuencia del conflicto que su hijo tuvo con una de las

profesoras del Colegio de Educación Infantil y Primaria, en términos de acoso escolar, «insultos verbales, tratamientos humillantes, lo que le habría ocasionado trastornos y problemas de índole psicológico, incluso de relación con sus compañeros, que tuvieron que ser afrontados con tratamiento y psicólogo particular, clases de refuerzo, actividades extraescolares, etc...». En el citado dictamen se desestimó la pretensión indemnizatoria al no constar demostrado «*que los problemas escolares actuales –en su caso, adaptativos– del alumno…, como tampoco los que pudiera presentar un año con anterioridad a la presentación de esta reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración de educación, guarden relación con la situación de conflicto personal que pudo tener con una profesora del Colegio Público de Educación Infantil y Primaria… durante el primer trimestre del curso escolar 2009/10*».

b) Procedimiento.

A diferencia de lo que sucede en relación con las solicitudes de daños por parte del personal de las Administraciones Públicas, las pretensiones indemnizatorias formuladas por alumnos o sus representantes legales frente a la Administración educativa por acoso en el ámbito escolar tiene su fundamento propio en el instituto de la responsabilidad patrimonial, cuya tramitación se encuentra recogida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, LPA, anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En el **Dictamen 524/2008** se señala que «*La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública cumple una función de garantía de los ciudadanos, en cuanto que pueden ser usuarios de los diferentes servicios públicos, constituyendo un derecho de carácter legal para ellos. A tal efecto, y como se desprende de los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los particulares tienen derecho a ser indemnizados por la Administración Pública que corresponda, en este caso la de la Generalitat, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...*».

c) Plazo.

Por cuanto afecta al plazo para reclamar, tratándose de supuestos de responsabilidad patrimonial, el plazo está constituido por el correspondiente a este tipo de reclamaciones (artículo 142 de la anterior Ley 30/1992, actual artículo 67 de la Ley 39/2015). En el **Dictamen 524/2008** se señaló que «*(...) En cuanto a si la reclamación se formuló en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debe partirse de la consideración de que el alumno estuvo matriculado y siguió docencia de 1º de ESO en el Instituto de titularidad pública "A" de Torrent durante el curso académico 2004/2005; que se matriculó y fue a clase durante el curso académico 2005/06 en*

el Centro escolar de titularidad privada "Colegio P.", y que la reclamación se formuló el día 8 de junio de 2006, cuando hacía prácticamente un año que el alumno había abandonado el Instituto...».

Además, se ha estimado que la actuación repetitiva e insistente que caracteriza la figura del acoso determina que, generalmente, nos encontremos ante un daño de carácter continuado. En el **Dictamen 643/2008** se argumentó que «*(...) Respecto al plazo de ejercicio de la acción, la reclamación se fundamente en el eventual y continuo acoso escolar sufrido por la hija de los reclamantes fundamentalmente durante los cursos 2004-2005 y 2005-2006, por lo que la reclamación presentada el 19 de diciembre de 2006 se formuló dentro del plazo previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre...*».

En el **Dictamen 241/2019** se señaló que «*(...) la acción de reclamación se ha ejercitado dentro del plazo de un año previsto en el artículo 67 de la Ley 39/2015, habida cuenta que el hecho lesivo sucedió durante el curso escolar 2016-17, subsistiendo durante este periodo y presentado escrito ante la Dirección del Centro y formulando denuncia en Comisaría de Policía el 6 de marzo de 2017 por agresión de otro alumno que se archivó el 24 de abril siguiente, persistiendo la situación de acoso escolar y la solicitud de indemnización del reclamante se presentó mediante envió de correo con sello de fecha de 12 de mayo de 2018*».

d) Acoso sexual en el ámbito escolar.

La conducta agresiva en los supuestos de acoso puede ser, no solo psíquica, sino también física. Un supuesto específico de acoso escolar lo constituye el acoso sexual. En el *Dictamen 47/2000* se examina la solicitud formulada por el padre de una menor, alumna de un colegio público, que reclama en vía de responsabilidad patrimonial de la Administración una indemnización por los daños y perjuicios de índole moral que afirma ha sufrido su hija como consecuencia de haber sido sometida a abusos sexuales por un compañero también menor de edad, pero mayor que la víctima. Además de accionar utilizando esta vía, posteriormente presentó una denuncia ante la jurisdicción penal, incoándose diligencias informativas que, finalmente, fueron archivadas. En el Dictamen se muestra el parecer contrario a la pretensión del reclamante por falta de prueba de la relación causal entre la agresión y el funcionamiento del servicio público.

En el Dictamen 253/2018 se analiza la reclamación formulada por una madre en representación de su hijo por los daños psicológicos y físicos sufridos como consecuencia de los abusos sexuales y acoso padecidos por el menor en varios Institutos de Educación Secundaria. En el Dictamen se concluye que «*no han quedado acreditados los hechos alegados por la madre del menor, al no constar ninguna declaración testifical o informe del que se pueda inferir la existencia de algún tipo de acoso o abuso padecido por él*».

IV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR CIBERACOSO.

El acoso virtual o cibernético es el más reciente de todos los tipos de acoso. En él, el acosador se sirve de medios de comunicación digitales o redes sociales para realizar una serie de burlas, insultos u ofensas personales, propagación de información personal o falsos rumores con la finalidad de causar malestar y angustia psicológica y emocional en la víctima.

En el **Dictamen 149/2015** se examinó una solicitud indemnizatoria formulada por una funcionaria, profesora titular, de una univesidad pública por acoso informático consistente en la imputación de delitos y en la atribución de fotomontajes de contenido vejatorio. Dicho acoso se produce a través de la página web de la Universidad y de sus enlaces electrónicos.

Las agresiones que denuncia, y que estuvieron expuestas a través de la página web de la Universidad y sus enlaces, son lesiones a los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de la actora y de sus dos hijas menores de edad.

La interesada presentó recurso contencioso-administrativo en protección de derechos fundamentales, contra la inactividad de la Administración que fue desestimado por Sentencia de diciembre de ese año, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Sin embargo, interpuesto recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana estimó parcialmente por Sentencia de octubre de 2013, por «*no adoptar medidas de filtrado de correos electrónicos y bloqueo de páginas web*» a disposición de la Universidad, considerando que la violación de los referidos derechos fundamentales se habría producido porque «*disponiendo de medios técnicos (informáticos) para hacerlo, no puso en práctica las medidas que habrían excluido/limitado en gran forma la continuidad en el daño al acervo de derechos básicos de las recurrentes*», y condenó a la Universidad a la adopción en un plazo máximo de 2 meses de «filtrado, por palabras clave, de los correos electrónicos» y al «bloqueo de las páginas "web" también por palabras clave», dirigidas al dominio propio de la universidad.

La perjudicada presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por la inactividad de la Administración universitaria de la que se le habrían derivado daños, como por ejemplo por la imputación de un delito de parricidio, o la publicación de fotomontajes pornográficos de las imágenes de sus hijas; o la imputación de actos fascistas y genocidas, etc.

En el citado Dictamen se concluyó la procedencia de indemnizar a la interesada por el daño causado. La inactividad de la Administración universitaria al no adoptar las medidas de filtrado de correos y bloqueo de páginas web que pusieran fin a las intromisiones ilegítimas que estaba sufriendo la interesada (hasta que fue ordenada a ello por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia) se estimó

título de imputación de responsabilidad a la Universidad. Los daños personales se fijaron en los días de baja laboral y en una serie de secuelas permanentes.

V. ASPECTOS COMUNES A LOS DISTINTOS TIPOS DE ACOSO.

a). Legitimación activa y pasiva.

Por cuanto se refiere a la legitimación activa en los supuestos de acoso, esta corresponde a los interesados afectados por la actuación del agresor, sin perjuicio de que actúen por sí mismo o por medio de sus representantes legales o voluntarios. Así, en el **Dictamen 119/2019** se señala, en relación con este extremo, que «*Por otro lado, ninguna duda plantea la legitimación activa del menor lesionado, ahora reclamante, que completó su capacidad jurídica con la actuación de su progenitor…*».

En relación con la legitimación pasiva en los supuestos de acoso laboral o escolar, aquella recae, respectivamente, sobre la Administración de la que dependen las personas afectadas por la situación de acoso, o en la Administración titular y prestadora del servicio educativo en los centros públicos.

En el **Dictamen 676/2013** el Consell Jurídic rechazó, en un supuesto de acoso escolar en un centro privado sostenido con fondos públicos, la legitimación activa de la Generalitat. En el Dictamen se argumentó que «*(...) respecto a la cuestión relativa a la falta de legitimación pasiva de la Conselleria consultante, que motiva la propuesta de inadmitir a trámite la reclamación formulada, "la titularidad privada del centro, que no depende orgánicamente de la Administración educativa autonómica, hace que deba desestimarse la reclamación de responsabilidad patrimonial que ha dado lugar al presente procedimiento, ya que las lesiones de la menor por las que se reclama no están conectadas causalmente con el funcionamiento del servicio público educativo", (Dictamen de este Consell núm. 345/2006)*

Debe significarse que la financiación pública prestada a través del concierto no altera la titularidad del centro concertado que sigue siendo privada y, por tanto, sometido en su régimen de responsabilidad a las previsiones del artículo 1.903 del Código Civil».

b) Carga de la prueba.

Aspecto común y presupuesto necesario para que pueda prosperar una pretensión indemnizatoria por acoso, es la prueba no solo de los hechos y del daño en los que se fundamenta la solicitud del interesado, sino también de la relación de causalidad entre tales y hecho y el funcionamiento del servicio público. La carga de la prueba queda sujeta a las reglas generales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el **Dictamen 77/2006**, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana examinó la reclamación por responsabilidad patrimonial instruida por la

Universidad de Alicante a consecuencia de la solicitud formulada por una funcionaria del Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad, reclamando una indemnización por los pretendidos daños psicológicos sufridos por "mobbing" o acoso psicológico laboral derivado de la actuación del personal de la Universidad citada y con ocasión del funcionamiento del servicio público educativo, que valoró patrimonialmente en 99.000 Euros.

En dicho Dictamen el Consell señaló que «*(...) De los documentos incorporados al expediente y, en particular, de los aportados por la reclamante en el procedimiento, no se ha demostrado por la reclamante –a quien ya se ha dicho que incumbe tal deber– la existencia de la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los supuestos daños por "mobbing", ni que éstos se produjeran con ocasión de desplegar su actividad la Universidad de Alicante, tanto en el sentido genérico de "tráfico" o "giro" administrativo, como en relación al desempeño del servicio público educativo. A pesar de afirmarse que fue víctima de hostigamiento psicológico en el ámbito laboral, no se acredita la relación causal existente entre tales daños y el actuar de la Administración Universitaria, a los efectos de la presente reclamación de responsabilidad patrimonial, pues los supuestos incumplimientos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no resultan acreditados de tal modo que pueda entenderse que existió una pasividad negligente o ilícita por parte de los servicios de la Universidad…*».

En el **Dictamen 700/2012**, en el que analizó el acoso alegado por un médico del Hospital General, tras valorar la prueba aportada por el interesado, se concluyó que "*(...) no consta acreditado en el caso examinado la existencia de una conducta de persecución sistemática y planificada, habitual e intencionada, a un sujeto pasivo –en este caso el Dr… del Hospital General de Elda– en el marco de una relación funcionarial, por la Dirección del Hospital, ni una conducta pasiva por parte de ésta ante una situación de descontento por parte del reclamante. No existiendo acreditada una conducta de acoso laboral y menos aún que fuese consentida por la Administración sanitaria, no se da la necesaria relación de causalidad para que pueda existir la responsabilidad patrimonial de la Administración, no siendo suficiente, en palabras de la Audiencia Nacional, Sentencia de 18 de mayo de 2011 que "con la acreditación de una conducta de tensión emocional en el trabajo para entender que existe responsabilidad patrimonial de la Administración, pues en este concepto de 'tensión emocional' entran en juego consideraciones subjetivas y personales del recurrente que han contribuido a la existencia de tal padecimiento psicológico, que rompen e, nexo causal y no permiten objetivizar la responsabilidad de la Administración por la conducta desarrollada por los funcionarios que de ella dependen*».

Respecto al valor probatorio del informe privado aportado por el interesado en el que se recoge la existencia de acoso, este Consell exige, como prueba de tal acoso, la acreditación de los hechos manifestados por el interesado. Así, en el citado Dictamen 700/2012 señaló que «*(...) debe advertirse que dicho diagnóstico de parte se ha obtenido previa manifestación del reclamante de la relación de hechos*

acaecidos en el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital General de Elda, efectuada por el paciente, unilateralmente, y desde su perspectiva, lo que limita y sujeta el juicio diagnóstico a la previa acreditación de tales hechos y a la prueba de la existencia de una actuación persecutoria y de acoso al reclamante, lo que, como se ha indicado, no ha resultado acreditado en el presente procedimiento».

Por otro lado, constituyendo los informes médicos un instrumento fundamental de valor probatorio, en el **Dictamen 136/2008**, el Consell Jurídic mantuvo que tales informes no eran suficientes a efectos de poder apreciar la existencia de un supuesto de acoso, siendo necesario acreditar la oportuna relación causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público. Se recuerdó en el citado Dictamen que «*(...) De la abundante documentación aportada por las reclamantes, y singularmente de los informes psicológicos incorporados al procedimiento y parcialmente transcritos en las consideraciones anteriores, cabe concluir que sufren trastornos psicológicos que ellas atribuyen a la actuación del Director actual del Departamento de Anatomía y Embriología Humana y a su antecesora. Ello no es suficiente, sin embargo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Universitat de València ya que, como se ha expuesto, para ello debe existir un nexo o relación causal entre el funcionamiento de sus servicios y el daño alegado. Causalidad que ha de ser eficiente para la generación de los daños cuyo resarcimiento se pretende a tenor del estándar medio exigible al funcionamiento de los servicios públicos*».

En el **Dictamen 670/2010**, se estimó la solicitud de indemnización por acoso al quedar acreditado que «*la Inspección de Trabajo declaró que existía una situación de hostigamiento laboral y que, tras la correspondiente investigación practicada, identificó al "acosador" (en los términos utilizados en el informe) considerando que la baja médica tenía su origen en accidente de trabajo*».

La necesidad de que el interesado pruebe, de acuerdo con las reglas generales que regulan la prueba en nuestro ordenamiento jurídico, que los daños alegados tienen su causa eficiente en la actuación o en el funcionamiento de los servicios públicos se ha recogido en los distintos dictámenes emitidos: 474/2007; 44/2008; 136/2008; 250/2008; 466/2008; 284/2009; 445/2009; 554/2010; 964/2012; 616/2013; 88/2014; 460/2016; 532/2018.

c) El daño y su cuantificación.

El acoso en sus distintas modalidades puede producir, en mayor o menor grado, un daño psicológico o emocional a la víctima y a sus familiares. En ocasiones, junto a este daño psicológico, se producen también daños físicos y/o materiales. Todos ellos son merecedores de una reparación económica. Cuestión distinta en cómo debe procederse a su valoración o cuantificación.

Los daños personales se han valorado por los interesados a través de informes periciales fundados en el Baremo de Accidentes de Tráfico, utilizado no solo en caso de accidentes de este tipo, sino, con carácter indicativo, para valorar los daños

personales en otras muchas situaciones como agresiones en los que deben cuantificarse económicamente los daños sufridos. De este modo, se ha tenido en cuenta a la hora de fijar la indemnización una serie de cuestiones como los días de baja que el menor o el personal de la Administración, según el tipo de acoso, ha necesitado para ser dado de alta como consecuencia de las agresiones físicas o psicológicas sufridas y las posibles secuelas alegadas y acreditadas.

Se ha reclamado y tomado en consideración por el Consell Jurídic al emitir el Dictamen, los perjuicios económicos sufridos por el interesado o la familia como gastos de asistencia sanitaria, desplazamientos realizados con ocasión de la asistencia a Psicólogos, etc. De igual modo, se ha valorado el daño moral sufrido, entendido como el daño infligido a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica, la zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico, en especial, las zozobras, sufrimientos y angustias del menor y de sus padres o del personal de la Administración por el trato inadecuado o acoso.

En el **Dictamen 38/2014**, se analiza una solicitud de indemnización presentada por el Secretario-Interventor municipal, con diagnóstico de "Crisis Hipertensiva-Depresión Mayor", situación que atribuye directamente el interesado al acoso moral y psicológico padecido en el desempeño de sus funciones como Secretario-Interventor de aquel Ayuntamiento, "después de las elecciones municipales celebradas y la elección de la nueva Corporación Municipal, con cambio del equipo de Gobierno...".

En dicho Dictamen se recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la cuantificación del daño moral estima que tales daños no son mensurables por su propia naturaleza, de modo que su indemnización, cuando se estima procedente, guarda relación con determinados módulos o parámetros aceptados prudencialmente por los Tribunales. En todo caso, el denominado "pretium doloris", compensatorio del daño moral, corresponde no sólo por el sufrimiento personal de las víctimas ligado al hecho punible, sino que tiene un amplio espectro, de modo que acoge también el sentimiento de la dignidad lastimada o vejada, el daño psicológico, la perturbación en el normal desarrollo de la personalidad, etc., SSTS 27/12/1999, 31/07/2002, 3/05/1995, 15/10/1990, 18/03/2000, 17/01/2006 30 de junio de 2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Además, el Consell mantuvo en el citado Dictamen que «*atendiendo a la enfermedad padecida (depresión mayor), al período de baja y a las secuelas que sufre el reclamante, estima ajustado a derecho abonar al interesado la cantidad de 28.285,88 euros solicitada por tales conceptos, y calculada por el propio reclamante con arreglo a un baremo objetivo (baremo establecido por la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), que, conforme refiere la Tabla V referida a las indemnizaciones por incapacidad temporal, incluye ya el daño moral, no siendo, por consiguiente, necesario abonar, además, el daño moral solicitado hasta los 60.000 euros. Además, y como se especifica en la citada Tabla V, las indemnizaciones por días de incapacidad son compatibles con otras indemnizaciones*».

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

La responsabilidad patrimonial como consecuencia de situaciones de acoso en el ámbito de la Administración Pública.

Vanessa Brea Lago
Sección de Estudios y Comunicación del Consejo Consultivo de Galicia

Sumario:

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA.
II. INADECUACIÓN DE LA VÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LOS SUPUESTOS DE ACOSO LABORAL O *MOBBING*.
III. PRECISIONES GENERALES SOBRE EL ACOSO LABORAL. CONCEPTO DE ACOSO LABORAL O *MOBBING*.
IV. LEGITIMACIÓN.
a) Legitimación activa.
b) Legitimación pasiva.
V. PRESUPUESTOS DE FONDO DE LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.
VI. CARGA DE LA PRUEBA.
VII. OTRO TIPO DE CONDUCTAS EN EL ENTORNO LABORAL DIFERENTES AL ACOSO LABORAL O *MOBBING*.
a) Ilícito penal (Dictamen 397/2010).
b) Conflicto laboral (Dictamen 27/2010).
c) Capacidad de autoorganización (Dictamen 247/2016).
d) Hostilidad en el puesto de trabajo (Dictámenes 287/2016 y 281/2016).
e)La diferencia entre el acoso laboral o *mobbing* y el abuso de funciones (Dictamen 331/2017).

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

El artículo que se propone tiene como objetivo el análisis de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como consecuencia de situaciones de acoso laboral o *mobbing* en la doctrina del Consejo Consultivo de Galicia.

Vaya por delante que, en la medida en que no se pretende ofrecer un estudio específico sobre acoso laboral o *mobbing*, nos limitaremos a exponer la doctrina del Consejo Consultivo de Galicia en esta materia, pues la regulación y consecuencias de esta figura varían mucho en función del acoso de que se trata y de las circunstancias concretas de cada caso.

Antes de nada, conviene puntualizar además que el acoso laboral se conoce también con el término anglosajón de *mobbing*, proveniente de "*to moob*" que es perseguir o avasallar. A lo largo de este artículo se utilizan indistintamente ambos términos.

Debemos señalar antes de nada la dificultad de la existencia de regímenes jurídicos diversos llamados a regular la prestación de servicios para las Administraciones públicas, según que esta sea de naturaleza funcionarial, laboral o estatutaria. Lo que lleva necesariamente anudado, a su vez, el conocimiento de las diversas consecuencias jurídicas ligadas al daño por diversos órdenes jurisdiccionales –social para el personal laboral y contencioso-administrativo para el funcionarial y estatutario–.

El estudio que presentamos tiene por propósito la tarea de ofrecer algunas pautas generales sobre la responsabilidad patrimonial que pudiera derivarse de la concreta situación de acoso laboral o *mobbing* ejercida por un/a empleado/a público/a que en su prestación de servicios acosa a otro/a empleado/a público/a, quedando fuera del análisis otros supuestos de responsabilidad patrimonial ligados a situaciones de acoso diferentes a la descrita aunque la persona acosadora sea un un/a empleado/a público/a, tales como el acoso escolar, el sanitario, etc.

II. INADECUACIÓN DE LA VÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LOS SUPUESTOS DE ACOSO LABORAL O *MOBBING*.

En un primer momento, el Consejo Consultivo de Galicia, haciéndose eco de la doctrina del Consejo de Estado, mantuvo como postura inicial que la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial no es la idónea para pretender obtener una reparación por las situaciones de acoso laboral o *mobbing*.

No obstante, dicha postura ha ido modulándose con el tiempo.

En un principio el Consejo de Estado muestra una actitud marcadamente contraria a la utilización de la vía de la responsabilidad patrimonial en los supuestos de acoso laboral o *mobbing*, indicando en el Dictamen 1603 de 28.12.2001 que:

> «*Tal y como razonan los órganos preinformantes, el Consejo de Estado ha señalado en diversas ocasiones (entre otras, Dictamen 158/2006) que el acoso laboral (*mobbing*), en cuanto conducta ilícita atribuida a unos funcionarios, conduciría a su encuadre en el régimen disciplinario, que se regula por el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, que aprueba el*

Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. La vía de la responsabilidad patrimonial del Estado no es la adecuada para declarar la existencia de una supuesta conducta de acoso laboral, pues supondría una evidente vulneración de los derechos y garantías del procedimiento disciplinario. En consecuencia, tampoco puede reconocerse una indemnización por el perjuicio causado por una pretendida conducta ilícita cuando ésta no ha sido declarada por el cauce procedente».

Así, haciéndose eco de tal doctrina, la postura inicial de este Consejo Consultivo se recoge en el **Dictamen 448/2004,** referente a una reclamación de responsabilidad patrimonial instada por causa de lo que la reclamante considera «*un funcionamiento anómalo de un servicio público cual es el hostigamiento continuo, a veces rayando la coacción al que ciertos directivos del Centro Illas Canarias de atención primaria la someten*»*,* es decir, por el acoso laboral que padece en su puesto de trabajo.

Alega este Consejo Consultivo en su dictamen que la pretensión indemnizatoria trae su causa exclusiva en la relación estatutaria que une a las partes, como lo demuestra que la posición del Servizo Galego de Saúde (SERGAS) en la relación jurídico-material controvertida, provenga exclusivamente de su condición de empleadora de la recurrente.

Señala este Consejo Consultivo que la conducta presuntamente ilegítima que la reclamante imputa a la Administración y en que la que basa su petición, no guarda relación con uno de los aspectos en los que la doctrina científica viene clasificando su actividad administrativa *ad extra* y en relación con la ciudadanía, sino con lo que la reclamante considera como un incumplimiento de las obligaciones como empresario, por parte del Servizo Galego de Saúde, y en el ámbito consiguientemente de una relación de servicios profesionales que se acoge a un régimen jurídico específico, constituido por un conjunto de derechos y deberes característicos y típicos, netamente diferenciados del estatus de la ciudadanía.

Este Consejo Consultivo hace referencia en su dictamen a que la normativa aplicable al caso viene regulada en el antiguo Texto refundido de Seguridad Social – aprobado por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, vigente de modo paralelo al Texto refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en virtud de su disposición derogatoria– es lo que establece que la relación entre las Entidades Gestoras y, en su caso, Servicios de la Seguridad Social y el personal a su servicio, se regulará por lo previsto en los Estatutos de Personal aprobados, de la misma forma trae a colación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en particular, su artículo 6 y el capítulo IV, artículos 17 y siguientes.

Finalmente, este Consejo Consultivo en el Dictamen 448/2004 informa que la vía de la responsabilidad patrimonial no es cauce que corresponde a la pretensión

de la reclamante, procediendo que de oficio el SERGAS confiera a la reclamación el cauce que proceda, solicitando la previa anuencia de la interesada.

En el mismo sentido, se pronuncia este Consejo Consultivo en el **Dictamen 281/2016**, manteniendo la misma postura.

Parte el supuesto analizado de una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante la Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia por los daños que el interesado entiende derivados de una situación de acoso laboral y trato vejatorio que afirma haber padecido desde el año 1998 hasta el 2015 y en la que manifiesta tener presentado una demanda de tutela de derechos fundamentales.

Sin perjuicio de que la acción estaría prescrita, este Consejo recuerda en el dictamen que, como el Consejo de Estado tiene declarado en reclamaciones vinculadas al acoso en el entorno en el que una persona desempeña sus ocupaciones (entre otros dictámenes los números 158/2006, de 9 de marzo; 2028/2016, de 1 de febrero; 136/2008, de 13 de marzo; 1124/2008, de 9 de octubre y 2112/2010, de 18 de noviembre), la consideración de acoso laboral por *mobbing* tendría su encuadre en la normativa de régimen disciplinario del sector público. En este sentido, declara el órgano consultivo estatal –y así lo entendió también este Consejo Consultivo de Galicia–, la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública no constituye el cauce adecuado para declarar la existencia de una supuesta conducta de *mobbing*.

Concretamente, el Consejo de Estado, en su Dictamen 2112/2010, de 18 de noviembre, declara que:

> «*Existiendo una pluralidad de cauces específicamente utilizables para comprobar y constatar si se ha producido un acoso laboral, la vía de la responsabilidad patrimonial de la administración pública no constituye el cauce adecuado para declarar la existencia de una supuesta conducta constitutiva de tal tipo de acoso.*
>
> *En ese sentido, es especialmente importante destacar que la vía de la responsabilidad patrimonial no permite salvaguardar adecuadamente las garantías de contradicción y respeto de las garantías procedimentales que han de observarse a la hora de analizar, examinar y evaluar las eventuales situaciones de acoso laboral*».

Consecuentemente, el alto órgano consultivo señala que tampoco puede reconocerse una indemnización por el supuesto perjuicio causado por tal conducta ilícita, cuando la existencia de esta no ha sido formalmente declarada.

En sentido análogo se pronuncia el Tribunal Supremo (TS), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, en sentencias de 26.1.2009 y

16.3.2010, si bien en esta última y en alguna sentencia posterior (STS de 24.4.2014), el TS entra a analizar lo particular de la existencia de acoso, bien para desechar, en todo caso, su existencia.

En sentido contrario, en la sentencia de 15.3.2011, el Tribunal Supremo entiende que procede la indemnización de los daños sufridos por acoso laboral por la vía de la responsabilidad patrimonial, pero sienta esta conclusión en una previa resolución judicial (anterior al expediente de responsabilidad patrimonial) en la que se declaró formalmente la existencia de tal acoso.

A la vista de lo anterior, en el caso analizado en el Dictamen 281/2016, este Consejo Consultivo concluye que, ante la ausencia de toda declaración formal que establezca la realidad de los ilícitos denunciados por el reclamante, conduciría igualmente a la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada.

Sin embargo, como señaló este Consejo Consultivo en su **Dictamen 27/2010**, esta doctrina ha de modularse en el supuesto de que, conocida la situación de acoso laboral por los responsables administrativos del centro de trabajo, estos no hicieran nada por evitarla.

A este respecto, como recuerda este Consejo Consultivo en su dictamen, hay que tener en cuenta que existe un deber general de los poderes públicos de respeto al derecho fundamental de integridad física y moral consagrado en el artículo 15 de nuestra Constitución Española (CE), como emanación del principio de dignidad de la persona, así mismo contemplado en su artículo 10.1 CE. Correlativamente, el funcionariado tiene derecho a obtener de la Administración una conducta activa para prevenir el daño a su dignidad.

De esta forma, habrá de admitirse la posibilidad de declarar la responsabilidad de la administración pública y, consiguientemente, de indemnizar el daño moral que lleva consigo una situación tal, cuando conste acreditada, por una banda, la situación de acoso laboral y, por otra, la inactividad de la Administración pública pese a tener conocimiento de los hechos.

III. PRECISIONES GENERALES SOBRE EL ACOSO LABORAL. CONCEPTO DE ACOSO LABORAL O *MOBBING*.

Hay que partir del hecho de la existencia de una laguna legal en la definición de la figura del acoso laboral o *mobbing*, existiendo únicamente una definición de acoso en el Código Penal. Es decir, las dificultades propias de esta difusa figura se incrementan por la ausencia de una definición o noción legal de acoso.

La laguna legal ha obligado a los órganos jurisdiccionales a realizar un esfuerzo por precisar el concepto y delimitar su contorno jurídico (así lo ha hecho el Tribunal Supremo a propósito de reclamaciones de responsabilidad patrimonial).

En este contexto, en los supuestos en los que el Consejo Consultivo de Galicia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial relacionadas con el acoso laboral o *mobbing*, este Consejo ha intentado delimitar con precisión el concepto de dicha figura.

Así, en el **Dictamen 27/2010** este Consejo señala que el acoso laboral o *mobbing* es conceptuado como «*una actuación de una persona o grupo que, de forma sistemática y grave, realiza frustrigamento sobre un trabajador en menoscabo de su dignidad*».

Más en concreto, en el **Dictamen 247/2016** este Consejo Consultivo ha acudido a la jurisprudencia para fijar las notas del acoso laboral o *mobbing* desde un punto de vista técnico-jurídico. Así, este dictamen refiere los requisitos que jurisprudencialmente se vienen exigiendo para poder cualificar el comportamiento de los empleadores como constitutivo de acoso laboral. El referido dictamen hace referencia a la sentencia 596/2011 de fecha 16.2.2011 (recaída en el recurso 593/2008) del Tribunal Supremo en la que define la figura de la siguiente forma:

> «*(...) Este asunto del acoso laboral o* mobbing *que no constituye una novedad en el ámbito de las manifestaciones, bien en la empresa o en la función pública, posee dos vertientes distintas de e término, ambas necesariamente confluyen, de modo que han de coincidir las dos para que pueda afirmarse que existe en el caso concreto esa situación objetiva de acoso.*
>
> *Desde esos dos puntos de vista se define el acoso laboral –mobbing– como aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido.*
>
> *Según el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo se trata de "aquella situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (al menos, una vez por semana) durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo".*
>
> *Se trata de un fenómeno laboral, muy antiguo aunque de reciente actualidad, que es contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 7612007 de 9 febrero, que vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de*

tratos inhumanos o degradantes que consagra el artículo 15 de la Constitución española, y que en el ámbito normativo laboral desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad. Derechos básicos cuya infracción por parte empresarial es calificado como un grave incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Los mecanismos del mobbing admiten pluralidad de formas que van desde las actitudes violentas (bullying) a las técnicas de mayor sutileza (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, –críticas, rumores o subestimaciones– y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (mobbing horizontal) como al personal directivo (bossing), el que incluso puede ser sujeto pasivo (mobbing vertical ascendente); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder (mobbing vertical descendente). Pero, en todo caso, la situación de acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (presión continuada, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y gravedad en la conducta empleada) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado –que no colectivo– del destinatario). Requisitos que han de servir para diferenciar esta figura de otras afines, cual es el «síndrome del quemado» (bum-out, o estrés laboral avanzado que se caracteriza por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional); o el mobbing subjetivo o falso, en los que las percepciones personales del trabajador no se corresponden con los datos –objetivos y subjetivos– que están presentes en el desarrollo de su actividad laboral, en la que faltan los referidos elementos que caracterizan el acoso moral.

Pero en todo caso, los citados elementos del acoso permiten distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio –abusivo o arbitrario– de las facultades empresariales, pues en el primero se lesionan derechos fundamentales de la persona –básicamente su dignidad e integridad moral–, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés –mal entendido– empresarial».

Por lo tanto, la jurisprudencia ha establecido los siguientes elementos configuradores del acoso laboral o *mobbing*:

1. El hostigamiento, persecución o violencia psicológica contra una persona o un conjunto de personas.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6.6.2012 consideró que el acoso laboral precisa de una efectiva y seria presión psicológica, ya sea ejercida por un superior o un compañero del mismo rango.

Y el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en sentencia de 20.7.2017 afirma que si algo se califica como *mobbing* no es solo por la concurrencia de una presión psicológica sobre la víctima, sino que también dicho acoso tenga un objetivo y que este no sea admisible en el derecho.

2. El carácter intenso de la violencia psicológica.

3. La conducta debe ser prolongada.

Los Juzgados y Tribunales suelen descartar un período mínimo temporal.

La finalidad del comportamiento debe ser dañar psíquica o moralmente al trabajador para marginarlo de su entorno laboral.

Este elemento sirve para diferenciarlo de conductas aisladas que no tengan una finalidad concreta, sino que se producen por las tensiones ordinarias del entorno laboral.

Por su parte, en el **Dictamen 281/2016** este Consejo Consultivo señala que el acoso laboral o *mobbing* se considera como una conducta ilícita de un empleado público.

Y, finalmente, en el **Dictamen 331/2017** este Consejo hace de nuevo particular cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 16.2.2011 al citar un presupuesto esencial de acoso laboral cual es «*la actuación sistemática manifestada a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes exigido reiteradamente por la jurisprudencia*».

En cuanto al **origen** del acoso laboral o *mobbing*, la sentencia número 84/2006, de 11 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, destaca que esta situación «*suele tener su origen no tanto en relación directa con el desempeño del trabajo, sino en la manera de desarrollarse las relaciones interpersonales en el seno de la empresa*». Dicha sentencia incluye en el concepto de acoso laboral las siguiente conductas:

> «*a) ataques a través de medidas adoptadas contra el acosado, por las que se le limita las posibilidades de comunicarse con sus compañeros, o se aíslan o se cuestionan repetidamente sus decisiones de trabajo; b) con ataques a la vida privada del trabajador, a la que se hace responsable de los fallos en el trabajo; c) agresiones verbales consistentes en la crítica permanente de su trabajo o a través de gritos, insultos o levantar la voz repetidamente; d) a través de la creación de rumores y su difusión en el centro de trabajo contra dicha persona*».

Finalmente, el *mobbing* también se caracteriza por las consecuencias que produce en quien lo padece, que en palabras de la sentencia que nos ocupa, alude a «*la ansiedad, la pérdida de la propia autoestima, la producción de enfermedades como la úlcera gastrointestinal y depresión, ect*.»

Ahora bien, la conducta constitutiva de acoso tiene que ser sistemática y producirse sobre un período de tiempo prolongado, de manera que llegue a ocasionar una perturbación grave en el trabajador, según reiteradas sentencias.

Por lo que se refiere a los presupuestos necesarios para la existencia de acoso laboral o *mobbing*, los dictámenes 66/2008, 216/2008 y 140/2010 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, entre otros, han señalado que, para que se pudiera trasladar a la Administración la responsabilidad por los daños causados por una situación de acoso laboral será preciso que quede cumplidamente acreditado en el expediente que dicho acoso reúne las notas propias de la figura:

> «*en primer lugar, que ha habido una actitud de hostigamiento hacia la funcionaria manifestada a través de conductas o actitudes injustas de carácter vejatorio o intimidatorio; que dicha actitud de persecución o ninguneo hay persistido de forma sistemática; y que, como consecuencia, la víctima de dicho acoso padezca un trastorno de origen psicosomático provocado por una reacción de estrés o rechazo hacia el trabajo. En tales casos, nos encontraríamos en presencia de un daño que el particular afectado no tendría el deber jurídico de soportar y, en consecuencia, surgiría la correlativa obligación de indemnizar a cargo de la Administración*» (Dictamen 327/2011 y en sentido similar el Dictamen 269/2014).

Y como característica particular del acoso laboral o *mobbing*, es necesaria la concurrencia de un singular elemento intencional (Dictamen 140/2010 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid), que apoyándose en la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid señala que «*no hay acoso moral sin un propósito específico del autor de las acciones vejatorias*».

Y todo ello sin que el concepto de acoso laboral o *mobbing* pueda ser objeto de una interpretación amplia, debiendo distinguirse además esta figura de otras figuras como los conflictos en las relaciones entre el empresariado y el personal trabajador, entre personas trabajadoras, el abuso de funciones y figuras similares a las que nos referiremos más adelante.

4. LEGITIMACIÓN.

a) Legitimación activa.

La legitimación activa para reclamar, en los supuestos en que la reclamación de responsabilidad patrimonial se sustente en la existencia de una posible situación de acoso laboral o *mobbing*, se analiza, entre otros, en el

Dictamen 249/2009, suscitando la cuestión de si el término *«particulares»* utilizado por la norma exige referir el instituto resarcitorio de que se trata tan solo a la ciudadanía en cuanto sujetos de una relación de carácter general, esto es, en su condición de personas beneficiarias o personas usuarias de los servicios públicos y actividades administrativas, con la consiguiente exclusión del ámbito de aplicación del precepto transcrito de las llamadas relaciones de carácter especial con la Administración pública; caso de la relación funcionarial, en la que las incidencias surgidas durante o como consecuencia de la prestación de servicios deben dilucidarse en el ámbito de la misma.

Cualquier duda sobre el alcance de la palabra "*particulares*" a quienes mantienen una relación contractual de prestación de servicios ha quedado plenamente despejada por la jurisprudencia.

Conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicha legitimación activa no queda desvirtuada por el hecho de que el/la reclamante sea personal funcionariode la Administración frente a la que reclama.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 2.7.1998 haciendo una interpretación integradora del concepto *«particulares»*, entiende que la institución de la responsabilidad patrimonial también ampara a los que ejercen una función pública en el seno de una relación funcionarial, los cuales, por tanto, una vez resueltas las acciones ejercitadas, de ser el caso, de acuerdo con su específico régimen estatutario funcionarial, pueden instar el reconocimiento de la pretensión indemnizatoria.

Por citar algunas otras sentencias, podemos referirnos a las sentencias del Tribunal Supremo de 14.12.2000, Rec. 5197/1996, la de 7.10.2011, Rec. 2675/2010 y la de 3.11.1998, Rec. 7051/1992.

En el mismo sentido, cabe citar los dictámenes del Consejo de Estado 199/1994 y 4575/1998, el último de los cuales niega la posibilidad de:

> «*encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante, y la correspondiente reparación del daño, tiene otra vía procedimental específica, prevista en el ordenamiento jurídico*».

El propio Consejo de Estado ha declarado igualmente, en su dictamen número 2628/1994 que:

> «*si bien es cierto que los funcionarios, se hallan sujetos a un ordenamiento jurídico especial, al que hay que estar antes de recurrir al general, no es menos verdad que el funcionario tiene la consideración de particular cuando su posición no es activa –sino pasiva– respecto del concreto funcionamiento del servicio público causante del daño*».

Con base en lo anterior, en el dictamen 249/2009 este Consejo Consultivo concluye que en el supuesto analizado en este dictamen los daños presuntamente ocasionados a la reclamante podrían ser objeto de indemnización por la vía subsidiaria para el caso de los empleados públicos, de la responsabilidad patrimonial.

b) Legitimación pasiva.

Por su parte, la legitimación pasiva corresponde a la Administración en la que se produce la situación de acoso laboral o *mobbing*, esto es, la Administración de la que dependa orgánicamente la persona sujeta o personas sujetas activas del acoso.

No obstante, tal como ha declarado el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, deben quedar al margen de los procedimientos de responsabilidad patrimonial aquellos casos en que el daño reclamado «*no tiene su origen en el funcionamiento de los servicios públicos, sino que se incardina en el marco de las relaciones laborales*», como en el Acuerdo 1/2012 de devolución del expediente administrativo al no ser procedente la emisión de dictamen por el Consejo Consultivo porque se «*trata de una acción indemnizatoria que tiene su origen en una conducta del empresario acaecida en el marco del contrato de trabajo, cuyo incumplimiento se rige en el origen del daño alegado, para el que existe una específica vía resarcitoria, que permite dar satisfacción al principio de indemnidad*».

V. PRESUPUESTOS DE FONDO DE LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Tal y como señala este Consejo Consultivo de Galicia en sus dictámenes, por lo que respecta a los aspectos de fondo, los principios que rigen la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas son el resultado de una elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia y tienen sido reiteradamente expuestos.

Los presupuestos mínimos para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, sintéticamente expuestos, partiendo del principio de la responsabilidad objetiva y directa, son:

a) El daño producido en el patrimonio de los particulares tiene que ser efectivo e individualizado en una persona o en un grupo de personas.

b) El precitado daño o lesión debe producir en el patrimonio del particular lesionado un perjuicio antijurídico que este no tenga el deber de soportar.

c) El daño o lesión patrimonial tiene que guardar un nexo causal con el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

d) El daño no debe ser producto de una situación de fuerza mayor.

e) La reclamación tiene que ser presentada por la persona interesada dentro del plazo legalmente establecido.

Junto con lo anterior cabe indicar que la configuración de la responsabilidad patrimonial de la Administración como una responsabilidad objetiva no supone, no obstante, la inexistencia de límites frente a una eventual aplicación automática del principio resarcitorio sobre la base de una vinculación más o menos amplia entre el funcionamiento del servicio y el daño padecido. Así, como más significados lindes de aquel principio general pueden destacarse cuatro acotaciones de formulación legal:

a) La fuerza mayor (artículo 32.1 LRJSP).

b) La obligación jurídica de soportar el daño (artículos 32.1 y 34.1 LRJSP).

c) La no indemnización de los daños derivados de hechos y circunstancias que no se pudieran evitar o prevenir según el estado de la ciencia y la técnica existentes en la producción de aquellos (artículo 34.1 LRJSP).

d) Aquellos otros de creación jurisprudencial, tales como la culpa de la víctima o el hecho de tercero (recogidas en incontables pronunciamientos del Tribunal Supremo, entre otros, el contenido en su sentencia de 27.7.2002).

Es decir, la teoría de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, como sujetos pasivos de las indemnizaciones de daños y perjuicios, viene construyéndose, en cuanto a la responsabilidad objetiva de estas por el funcionamiento que se les pueda imputar, de los servicios públicos, sobre la existencia o no, de una relación de causalidad directa e inmediata entre el funcionamiento del servicio público y la lesión antijurídica producida.

Por otro lado, para que la lesión sea resarcible, tiene que demostrarse la efectiva realización de un daño, que habrá de ser evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. En definitiva, para que la responsabilidad se haga efectiva, se exige la prueba de una causa concreta que determine el daño y la conexión entre la actuación administrativa y el daño real ocasionado.

No cabe duda de que la tarea más compleja que se presenta en el tema del acoso laboral o *mobbing* es la concreta cuantificación del daño en todas sus manifestaciones.

Finalmente, es importante recordar, tal como advierte la sentencia del Tribunal Constitucional número 15/2016, de 1 de febrero que:

«*lo que se depura en un proceso de responsabilidad patrimonial, entablado por el perjudicado contra la Administración, no es la eventual responsabilidad del empleado público que haya participado o contribuido a la producción del daño (latu sensu), sino la responsabilidad objetiva de la Administración por cualquier funcionamiento normal o anormal del servicio público, según viene caracterizada en el art. 32.1 de la reciente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de regulación del régimen jurídico del sector público*».

VI. CARGA DE LA PRUEBA.

Uno de los presupuestos necesarios de la reclamación de responsabilidad patrimonial es cuándo y cómo debe probarse la existencia del acoso laboral o *mobbing*.

El problema de la carga de la prueba es examinada por este Consejo Consultivo en varios dictámenes.

En principio, la carga de la prueba compete, según la regla general en la materia, a quien alega sufrir o haber sufrido la situación de acoso.

Así, la sentencia de 15.10.2008 de la Audiencia Nacional recuerda que constituye carga que incumbe al recurrente la acreditación de un hecho tan importante y constitutivo de su pretensión, conforme al artículo 217.2 de la LEC 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC) como es el relativo a la existencia de actos reveladores de una actuación de *mobbing*.

De ahí que el **Dictamen 538/2008** concluya con la desestimación de la reclamación patrimonial que se haya carente del más mínimo apoyo que la sustente.

En este dictamen se analiza una reclamación por los daños derivados del fallecimiento del hijo del reclamante alegando que existió por parte del ayuntamiento una conducta absolutamente negligente que desembocó en la muerte de su hijo, al no concedérsele el cambio de puesto de trabajo que su hijo había solicitado en numerosas ocasiones, como le fue recomendado por varios facultativos que lo atendieron de sus dolores, induciéndole una fuerte depresión, período en el cual fue además sometido a diversas vejaciones, siendo objeto de acoso laboral.

Señala este Consejo en el dictamen de referencia que efectivamente se constata un daño, que es el fallecimiento del hijo del reclamante.

Pero además de dicho daño, es necesaria la presencia de un vínculo causal que enlace el daño padecido con el funcionamiento de un servicio público.

En el caso analizado por este Consejo y a la vista de los diferentes informes que obran en el expediente firmados por diverso personal municipal,

resulta constatado que en los registros de la entidad local no obra ninguna solicitud presentado por el hijo del reclamante, siendo así que las solicitudes dirigidas a la Administración deben realizarse por escrito, tal y como se desprende de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, normativa aplicable en aquel momento. Además, como se resalta en el dictamen, la parte reclamante no presentó copia alguna de las referidas solicitudes y los propios informantes manifiestan desconocer la existencia de tales peticiones por parte del empleado.

Es decir, no puede apreciarse en el expediente que el fallecido tuviera trasladado a los responsables municipales una situación acuciante de urgencia vital que implicase la necesidad de cambiar de puesto de trabajo para analizar, así, a partir de ese dato, si sería apreciable la existencia de responsabilidad patrimonial.

Por todo lo anterior, este Consejo Consultivo informa favorablemente la propuesta desestimatoria del ayuntamiento.

En idéntico sentido se manifiesta el **Dictamen 249/2009,** al apreciar también una carencia de elementos probatorios.

En este dictamen se analiza la reclamación de responsabilidad patrimonial de una docente de la Universidad por los problemas generados en el desarrollo de su actividad docente desde hace 7 años y que motivaron varias bajas médicas por síndrome ansioso depresivo.

La reclamación vino precedida de un recurso contencioso administrativo interpuesto en el año 2004 contra la Universidad seguido por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona y en el que recayó sentencia del Juzgado desestimatoria de las pretensiones de la recurrente, posteriormente confirmada, excepto en lo relativo a la condena en costas, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

El dictamen de referencia señala que el daño que invoca la reclamante se concreta en el padecimiento de un trastorno depresivo de tipo ansioso, de varios años de evolución, por el que deberá ser la invocada patología a la que se refiere el análisis de causalidad.

La reclamante, en su escrito, atribuye el origen de ese padecimiento a distintos problemas vividos en su trabajo, que se remontan ya al año 2002, y que consistirían en la comisión de presuntas irregularidades administrativas.

Pero como resalta el Dictamen 249/2009, los hechos en los que se sustenta la reclamación, a los que pretende vincularse el resultado lesivo son, substancialmente, los mismos sobre los que ya se siguió, ante el Juzgado; que concluyó por sentencia íntegramente desestimatoria de las pretensiones de la recurrente y que fue confirmada posteriormente.

De la contundencia argumentativa de esa resolución judicial son buena muestra los razonamientos que se contienen en el fundamento de derecho octavo, en el que a forma de conclusión, y desde la perspectiva de los criterios jurisprudenciales que caracterizan el acoso laboral o *mobbing* se afirma, entre otras cosas, que:

> *«...lo que ha quedado claro en este procedimiento especial es que la Sra. N. tiene, cuando menos, una percepción personal de lo que acontece en el departamento al que está adscrita entendiendo –desde la óptica subjetiva que ha sido definida psiquiátricamente como de persona minuciosa y desconfiada o psicastenia en la terminología sicológica– que cualquier acto, tanto de sus compañeros, de la dirección del centro, o del propio consejo de departamento, contrario o discrepante con su criterio se interprete como acto de hostigamiento incardinable en la figura del moobing.*
>
> *Del mismo modo valorando la prueba, desde las reglas de la sana crítica no podemos olvidar que, atendiendo a lo que las normas de la experiencia proporcionan, no es normal que en un colectivo formado por 22 personas los conflictos se produzcan única y exclusivamente con una de ellas y con varios profesores y que de ello se desprenda que se está a esta única persona desde diversos frentes sin que existan razones espurias para tal comportamiento*».

Se comprende, por tanto, en el caso analizado en el dictamen 249/2009, la insalvable dificultad que representa para la reclamante acreditar en la reclamación de responsabilidad patrimonial, ya no sólo la realidad de los padecimientos que invoca, extremo también cuestionado en el informe del psiquiatra judicial obrante en el proceso (como hace constar la sentencia de apelación en su fundamento jurídico segundo, *in fine*), sino además que aquellos deriven causalmente de la actuación de la Administración y tengan carácter antijurídico.

Finalmente, el problema de la carga de la prueba también es analizado en el **Dictamen 8/2012**.

El punto de partida del dictamen es la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la trabajadora contra la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia por los daños que entiende derivados de una situación de acoso laboral y trato vejatorio que afirma tener padecido desde que, en el año 2004, se incorporó al puesto de cocinera en un centro educativo.

La reclamación analizada en el Dictamen 8/2012 trae causa de un eventual funcionamiento anormal de la Administración educativa, que tendría propiciado la situación de acoso moral a que alude la reclamante como fundamento de su pretensión indemnizatoria. Esta situación, según el relato de los hechos contenidos en el escrito de reclamación, se habría iniciado desde el comienzo de su actividad laboral en el centro educativo, lo que tuvo lugar en el año 2004, y sus hechos más

destacados, de acuerdo a lo referido en su relato, tuvieron lugar a partir del mes de agosto de 2008, en que el médico de cabecera de la reclamante le diagnosticó un trastorno depresivo.

Pero, tal y como se señala en el dictamen de referencia, la interesada no aportó prueba alguna de sus afirmaciones. Ciertamente, la tórpida evolución de su salud psíquica queda acreditada con diferentes informes médicos aportados con el escrito de interposición de la reclamación, pero la relación causal de esta con una presunta situación de acoso moral por parte del profesorado carece del menor soporte probatorio. Antes bien, en la prolija documentación incorporada al expediente en el curso de su instrucción constan diversos escritos en los que queda constancia del temor expresado por el personal docente, así como la inquietud de los padres y madres de los alumnos, ante el problemático comportamiento de la reclamante con los usuarios del comedor.

Tampoco el hecho de que la reclamante fuese objeto de una actuación disciplinaria (por otra banda, la única de la que existe constancia) en el año 2008, autoriza a deducir de tal antecedente la existencia de una situación de acoso laboral; esto por más que la resolución sancionadora recaída en aquel expediente fuese dejada sin efecto mediante posterior sentencia, que en ningún momento alude a la posible existencia de *mobbing*.

A la vista de todo lo anterior, y ante la ausencia de toda declaración formal que establezca la realidad de los ilícitos denunciados por la reclamante, también conduciría a la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada.

VII. OTROS TIPOS DE CONDUCTAS EN EL ENTORNO LABORAL DIFERENTES AL ACOSO LABORAL O *MOBBING*.

Tal como se indicó anteriormente, el concepto de acoso laboral o *mobbing* debe ser interpretado de forma restrictiva, debiendo distinguirse esta figura de otras a las que nos referiremos a continuación.

Así, este Consejo Consultivo de Galicia ha analizado en varios dictámenes figuras diferentes del acoso laboral o *mobbing*, siendo riguroso al examinar la concurrencia en cada caso de los presupuestos de la figura, y discerniendo las situaciones de acoso laboral de las meras desavenencias y conflictos producidos en el entorno laboral.

a) Ilícito penal (Dictamen 397/2010).

En el Dictamen 394/2010 este Consejo Consultivo de Galicia diferencia el acoso laboral o *mobbing* del ilícito penal.

Analiza el dictamen una reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por el padecimiento de una serie de daños que el reclamante entiende

derivados de una «*prolongada situación adversa*» que según el interesado tuvo que «*soportar entre los años 2002 y 2010 por parte de un numeroso colectivo ilegalmente constituido en esta universidad*».

En este sentido, en las alegaciones del interesado, se puede leer:

«*En cuanto al siguiente razonamiento contrario de la universidad, donde pretende reducir los problemas iniciales a una insustancial e inexacta desavenencia por la revisión de un examen, se detalla el auténtico contexto en el dossier 'M', pág. 16. El director del centro pretendía desviar la atención y ocultar la trama de acoso*».

Aprecia este Consejo Consultivo en su dictamen que los reproches que el reclamante dirige contra el funcionamiento del servicio público se configuran como presuntos ilícitos penales, como el propio interesado considera al aludir a los delitos y faltas que según alega, tuvo que soportar durante muchos años.

Así las cosas, este Consejo Consultivo señala en el dictamen de referencia que no puede realizar un pronunciamiento sobre la existencia de la responsabilidad demandada, como consecuencia impuesta por lo dispuesto en el artículo 146, párrafo 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (normativa aplicable en aquel momento), por tratarse de un supuesto en el que la determinación de hechos en el orden jurisdiccional penal es necesario para la determinación de la responsabilidad subsiguiente.

A este respecto se indica que la causa penal a la que alude el reclamante fue dirigida por la representación de la Universidad contra el propio interesado, y terminó por auto del Juzgado que confirmó otro anterior, dictado por el propio órgano jurisdiccional, en que se acordaba el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones penales. De esta forma, esta sentencia tiene efectos en la esfera de la responsabilidad del reclamante, pero no en la de los profesores de la Universidad, como aquel pretende, sujetos ajenos a todo examen de responsabilidad penal en las actuaciones referidas.

Este Consejo Consultivo concluye que, ante la ausencia de toda declaración formal que establezca la realidad de los ilícitos denunciados por el reclamante, conduciría igualmente a la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada.

b) Conflicto laboral (Dictamen 27/2010).

El Dictamen 27/2018 entra a analizar una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que la interesada entiende que constituyen lesiones a su integridad moral sufridas en su puesto de trabajo.

Particularmente, se dilucida en el caso un expediente por un supuesto de *mobbing* o acoso laboral, que se imputa a la Administración, en la que la interesada presta sus servicios.

Tal como se recoge en el cuerpo del dictamen, la Administración abrió en su momento un período de información reservada, en el que recabó al respecto todas las informaciones que consideró necesarias para el esclarecimiento de los hechos, concluyendo, a través de la resolución, que no se apreciaba que existiera en el entorno laboral de esta ningún tipo de acoso, por lo que entendía que los hechos no precisaban la realización de ninguna otra actuación además de las llevadas a cabo.

Recuerda el dictamen que en estos supuestos la reclamante tiene la carga de probar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial. Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo modera la exigencia de prueba cuando se trata de daños morales, pero eso no implica la excusa de la prueba misma, no bastando por tanto la invocación genérica de su existencia.

En el supuesto examinado, resulta acreditado que la interesada padece ciertos trastornos de ansiedad, pues así lo ponen de manifiesto los distintos partes de alta y baja que obran en el expediente. Pero de la información reservada tramitada por la Administración no queda acreditado que dichos trastornos tengan relación causa efecto con el servicio.

Es decir, las acusaciones, que afectan a casi todos sus compañeros y superiores, en ningún caso aparecen suficientemente probadas.

Señala este Consejo Consultivo que está claro que existe una situación de conflicto permanente entre la interesada y sus compañeros, pero se aprecia también que conflicto y *mobbing* no son realidades correlativas, aún cuando la reclamante pueda subjetivamente vivirlo de forma tan intensa que llegue a afectar a su salud.

De lo examinado, este Consejo Consultivo concluye que el denunciado acoso laboral es una apreciación de la interesada, que no encuentra reflejo en hecho o documento alguno, siendo de relevancia los informes psicológicos y médicos de antecedentes clínicos obrantes en el expediente. Y a este respecto, hace referencia el dictamen, a que de ninguno de ellos se deriva dato que permita afirmar que el origen de la enfermedad de la interesada resida en una situación de acoso en el trabajo.

En definitiva, los padecimientos que la reclamante parece tener sufrido –trastorno ansiolítico– no se encuentra en relación directa de causalidad con la actividad administrativa, que así, por tanto, dista de revestir los caracteres de atentado sistemática a la dignidad de la persona que caracterizan al *mobbing*. Por todo se desestima la reclamación presentada.

En este mismo sentido, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid señala en los dictámenes 327/2011 y 377/2012 que el acoso laboral para poder ser

reconocido como tal debe ser sistemático y prolongado en el tiempo, de ahí que no quepa asimilar con dicha figura «*los conflictos puntuales que pueden surgir, bien con el superior jerárquico, bien con otros compañeros*». Y dicho Consejo indica también que los contornos del *mobbing* van mucho más allá de las discrepancias de pareceres en el desarrollo de las funciones profesionales o la tensión que pueda existir en el ámbito laboral (dictámenes 327/2011 y 583/2012).

c) Capacidad de autoorganización (Dictamen 247/2016).

En el Dictamen 247/2016 este Consejo Consultivo distingue la figura del acoso laboral o *mobbing* de la capacidad de autoorganización de la Administración.

El escrito de interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial de una trabajadora del Ayuntamiento señala que:

> «*Por todo lo expuesto, más allá de la desviación de poder reconocida en la sentencia 0553/2015, de 14 de octubre de 2015, los hechos son suficientemente reveladores de que la afectada ha sufrido en los últimos cuatro años de gobierno, una situación continuada de aislamiento, descalificaciones y actos de sabotaje laboral que suponen la imposición de obstáculos al desenvolvimiento profesional, orientados a socavar la formación profesional y a poner trabas al desarrollo de los cometidos propios de un funcionario público, singularmente dañino por cuanto se dirigieron contra una persona con un nivel 30 consolidado, una dilatada experiencia profesional en puestos de responsabilidad en la Administración pública y una actividad formativa constante en el tiempo, como tiene acreditado en su currículum que consta en el Concello. Y este modo de actuar no es sino un supuesto de acoso laboral o "mobbing" al concurrir los elementos configuradores del mismo, de conformidad con la definición que esta situación formula la jurisprudencia (...)*».

La reclamación presentada trae causa de un eventual funcionamiento anormal del Ayuntamiento que tendría propiciado la situación de acoso laboral a que alude como fundamento de su pretensión indemnizatoria.

Al respecto, este Consejo Consultivo, en el citado Dictamen 247/2016 refiere los requisitos que jurisprudencialmente se vienen exigiendo para poder cualificar el comportamiento de los empleadores como constitutiva de acoso laboral, a los que ya se ha hecho referencia con anterioridad en este artículo doctrinal.

Del estudio del expediente y de las actuaciones seguidas este Consejo Consultivo pone de manifiesto en el Dictamen 247/2016 que la situación descrita por la reclamante no es encuadrable en la situación de acoso laboral que ella pretende.

Aclara este Consejo Consultivo en su dictamen que la conducta del ayuntamiento demandado no se puede considerar constitutiva de acoso psicológico

en cuanto se trata de actuaciones que forman parte de la capacidad de organización y dirección que tiene la Administración, sin que se observe que fuesen abusivas o tuviese como única finalidad lesionar la dignidad de la demandante, con independencia del resultado obtenido sobre la legalidad en el ámbito judicial en el caso del procedimiento de provisión de la plaza de jefatura de servicio de licencias y disciplina urbanística.

Enfatiza el dictamen que los decretos de cese de la interesada en el puesto de Dirección del Área de Urbanismo y su puesta a disposición de la concejala fueron declarados ajustados a derecho por sentencia judicial.

El dictamen de referencia destaca en este punto que en el ámbito de las relaciones laborales no es anormal que existan discrepancias entre el trabajador y el empleador dado que los intereses de cada uno son diferentes y no necesariamente coincidentes. Así, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 4.11.2015:

> «*(...) Esas discrepancias y la forma en que son resueltas por el empleador no constituyen una conducta de acoso psicológico dado que para que eso sea así es necesario que las mismas vayan acompañadas de un plus de intencionalidade carente de justificación y, además, que sean ajenas a la consecución de un fin razonable atendido a la posición que cada uno ocupa en esa relación (...).*»

El Dictamen 247/2016 resalta además que la interesada no formuló ninguna actuación sobre la situación de acoso laboral que ahora denuncia ante los órganos municipales correspondientes. Así, en el informe del Servicio de Gestión de Personal, que obra en el expediente, se señala que:

> «*El Protocolo Municipal de Prevención y Actuación en materia de Acoso Psicológico en el Trabajo aprobado por la Junta de Gobierno Local de 31 de marzo de 2009 determina que el procedimiento de actuación sobre denuncias de acoso psicológico en el trabajo comienza por causa de interposición de una denuncia por escrito, dirigida al servicio de prevención de riesgos laborales, de parte de la víctima afectada por el acoso laboral o por la persona que tenga conocimiento fundado de una situación que, a su juicio, puede constituir acoso psicológico.*
>
> *Que no hay ninguna actuación ni informe de la Comisión Municipal de Investigación y Resolución de casos de acoso psicológico en el trabajo, realizado en base al citado procedimiento municipal sobre acoso laboral al no tenerse recibida la denuncia correspondiente de acoso de parte de M.*».

En el caso analizado, al no apreciarse incorrecciones en la actividad desplegada por la Administración, de las que pudiera desprenderse su incursión en un supuesto de responsabilidad patrimonial, ni tener acudido la reclamante a

ninguna de las vías específicas para combatir la presunta situación de acoso, concluye este Consejo Consultivo que procede desestimar la reclamación, coincidiendo con el criterio expuesto en la propuesta de resolución remitida.

d) Hostilidad en el puesto de trabajo (Dictámenes 287/2016 y 281/2016).

En el Dictamen 287/2016, haciendo referencia al Dictamen 281/2016 también, este Consejo Consultivo distingue la figura del acoso laboral o *mobbing* de la hostilidad en el puesto de trabajo.

Así, señala este Consejo Consultivo que en relación a la situación de hostilidad denunciada en el escrito inicial, se considera que se trata de hechos que demuestran tensión y divergencia en el ámbito laboral no incardinables dentro del instituto de la responsabilidad patrimonial.

Analizado el expediente, concluye este Consejo que se considera que la Administración actuó dentro de los márgenes razonados y razonables y con absoluto respeto a los derechos de los interesados en el procedimiento disciplinario; lo que hace desaparecer el carácter antijurídico de la lesión, faltando así uno de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial conforme a la normativa de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

e) La diferencia entre el acoso laboral o mobbing y el abuso de funciones (Dictamen 331/2017).

Finalmente, con motivo de un expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial tramitado por el Ayuntamiento de Vigo, este Consejo Consultivo tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el acoso laboral o *mobbing* y la diferencia de esa figura con el abuso de funciones.

Atendiendo al contenido de la reclamación, en la que por un empleado público se reclama un resarcimiento por los daños que vincula al padecimiento de acoso laboral por parte de otro empleado público, el Dictamen 331/2017 parte de la premisa de que, en el ámbito del empleo público, el acoso laboral constituye un ilícito cometido por un empleado público que transciende jurídicamente a la esfera de las normas de régimen disciplinario, constituyendo una infracción administrativa o bien al propio Código Penal, apareciendo la figura del delito de acoso laboral.

Desde la primera de las perspectivas, el artículo 95.1, letra o) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, tipifica como falta disciplinaria muy grave el acoso laboral.

Por su parte, desde la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el Código Penal tipifica en el artículo 173.1 la conducta de los que en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial, y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro, de forma reiterada, actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Atendidas las fechas en las que el reclamante centra en especial la existencia de acoso (entre los años 2008 y 2010), el dictamen de referencia precisa que con anterioridad a la antedicha reforma del Código Penal de 2010, las conductas de acoso en el entorno laboral eran castigadas igualmente en una interpretación combinada de los artículos 173 (trato degradante) y 177 (con daño para la víctima) del propio Código Penal.

Consecuentemente, el alto Órgano Consultivo señala que tampoco puede reconocerse una indemnización por el supuesto perjuicio causado por tal conducta ilícita, cuando la existencia de esta no ha sido formalmente declarada.

Así, se aprecia en lo actuado la efectiva existencia de una resolución de sanción disciplinaria recaída en fecha 8.7.2011 sobre el empleado público al que el reclamante imputa la conducta determinante de acoso laboral.

Pero, como señala el dictamen de referencia, tal resolución no puede aprovechar a lo pretendido en el expediente por dos razones.

En primer lugar, porque atendida la fecha de la resolución, la acción para reclamar estaría evidentemente prescrita por ser presentada la reclamación más allá de la fecha de un año de prescripción prevista por la ley, sin que exista ninguna resolución administrativa o judicial posterior en la que se declare la existencia de acoso laboral y con la que la analizada en el dictamen pudiera presentar una relación causal.

Y, en segundo lugar, resulta que en dicha resolución no se declaró la existencia de acoso laboral, sino de abuso de funciones por parte del referido empleado, en una actuación que no afectó en exclusiva al reclamante (también a otro compañero) y sin que se aprecie la concurrencia de un presupuesto esencial de acoso laboral cual es la actuación sistemática manifestada a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes exigido reiteradamente por la jurisprudencia (se cita por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 16.2.2011) que no consta identificada y sancionada en la resolución disciplinaria de referencia.

Así pues, concluye el Dictamen 331/2017 señalando que en las actuaciones que figuran en el expediente no está declarada jurídicamente la situación de acoso laboral, circunstancia que conduce a la desestimación de la reclamación presentada por parte de este Consejo Consultivo.

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

La responsabilidad Patrimonial como consecuencia de situaciones de acoso en el ámbito de la Asministración Pública

Deiane Agirrebaltzategi Sánchez
Letrada de la Comisión
Jurídica Asesora de Euskadi

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN
II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES DE ACOSO LABORAL.
a) Aproximación al concepto de acoso y su protección en tanto que vulneración del derecho a la integridad de la persona.
b) El procedimiento de la responsabilidad patrimonial no es cauce adecuado para imputar una conducta de acoso a otro funcionario.
c) El procedimiento de la responsabilidad patrimonial no resulta cauce adecuado para declarar la ilegalidad de una actuación pública.
d) En sede de responsabilidad sólo se genera la obligación de reparar el daño si existe un «funcionamiento anormal» del servicio público.
III. LOS SUPUESTOS DICTAMINADOS POR LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI EN RELACIÓN CON EL ACOSO LABORAL.
a) Acoso laboral de la Administración por la presión de una Corporación Local hacia un empleado público con motivo de su actividad sindical.
b) Incumplimiento de la Administración de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales ante una situación de acoso laboral.
c) Acoso laboral de la Administración educativa hacia un docente en el ejercicio de sus funciones de dirección.
d)Acoso laboral del Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales como consecuencia de la imposición de una sanción disciplinaria posteriormente anulada.
e)Acoso laboral por parte de la Administración universitaria por la privación de acceso a una plaza de catedrático.
f) Acoso laboral de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud por conducta arbitraria en la exigencia de devolución de emolumentos.

IV. El SUPUESTO DICTAMINADO POR LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI EN RELACIÓN CON SITUACIONES DE ACOSO EN EL ÁMBITO ESCOLAR.
V. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha tenido ocasión hasta el día de hoy de pronunciarse en diversos dictámenes sobre una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración por daños originados como consecuencia de situaciones de acoso en la Administración Pública: en la mayoría de los supuestos se ha tratado de situaciones planteadas en el ámbito laboral, salvo una en la que el acoso tuvo lugar en el ámbito escolar.

Por lo que a las reclamaciones derivadas de daños relacionados con el acoso laboral se refiere, la mayoría han sido planteadas por los reclamantes como actuaciones abusivas de un superior jerárquico, ante las que la Administración no ha amparado debidamente al acosado, incumpliendo su obligación de adopción de las medidas preventivas adecuadas, siendo, por tanto, el enclave de la imputación la *culpa in vigilando*.

En el resto de reclamaciones las personas que reclamaban entendían que era la Administración como empleadora la que directamente había ocasionado la conducta "acosadora", a través de las decisiones adoptadas en su función de dirección de la organización administrativa.

A continuación expondremos los hitos más importantes de la doctrina de la Comisión en este ámbito de responsabilidad patrimonial por acoso laboral, mediante la exposición sintética del contenido de los dictámenes que han abordado tales reclamaciones con especial atención al único dictamen que ha analizado el acoso en el mundo escolar.

II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL COMO CONSECUENCIA DE SITUACIONES DE ACOSO LABORAL.

Si bien la Comisión tuvo ocasión de analizar en un dictamen anterior (Dictamen 57/2005) una reclamación de responsabilidad patrimonial motivada por "la presión laboral" ejercida por la Administración hacia un empleado público, es el Dictamen 78/2005 –en relación con reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos por un ertzaina como consecuencia del trato recibido por sus superiores jerárquicos de la Comisaría– el que inicia la doctrina de la Comisión en este ámbito, por lo es adecuado sintetizar las ideas principales allí apuntadas, que posteriormente han sido desarrolladas o matizadas en posteriores dictámenes de la Comisión sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de daños con motivo de acoso laboral.

a) Aproximación al concepto de acoso y su protección en tanto que vulneración del derecho a la integridad de la persona.

Ante las distintas perspectivas que admite la noción del acoso en el trabajo o *mobbing*, la Comisión vio la necesidad de delimitar jurídicamente ese concepto como premisa para abordar el supuesto suscitado. A tal fin consideró que el acoso moral en el trabajo o mobbing supone una conducta vulneradora del derecho fundamental de quien lo padece a la integridad física y moral, recogido en el artículo 15 de la Constitución Española (en adelante CE); precepto que, interpretado bajo el auspicio del artículo 10 CE, permite advertir que la Constitución (artículo 53.2), otorga la máxima protección frente a aquellas prácticas que, por atentar contra la integridad psíquica de la persona sometida a un trato degradante, contrario al exigido por su dignidad, constituyen una vulneración de un derecho fundamental.

La Comisión destacó los elementos básicos del acoso que la doctrina y la jurisprudencia venían determinando: «*(I) la "habitualidad" o sistematicidad, que remite a un proceso y no a un acto, por intenso o degradante que pueda ser; (II) la finalidad de la persona agresora en dos sentidos: positivo (busca la autoexclusión o la autoeliminación de la "víctima") y negativo (debe ser ajeno a cualquier propósito de racionalidad económica o empresarial, aunque éste sea arbitrario jurídicamente o abusivo); y (III) el daño a la salud*».

En todo caso, la Comisión matiza que, en cuanto al elemento finalidad, su delimitación resulta especialmente compleja, porque existen otros riesgos psicosociales (por ej.: síndrome del quemado o *burn-out,* el *estrés* laboral) que no son subsumibles en el concepto jurídico de acoso moral en el trabajo, sin perjuicio de poder constituir también conductas antijurídicas.

Así mismo, en cuanto al elemento subjetivo observó que la conducta hostil típica del acoso puede ser desplegada por un individuo o por varios, que pueden ser tanto el empleador, sus representantes o mandos intermedios, como los compañeros de trabajo de la víctima, requiriéndose lo que se ha denominado relación asimétrica o desigual entre acosador y víctima.

Debe, asimismo, señalarse que la existencia del daño a la salud no es considerada, por parte de la doctrina, como elemento necesario del tipo, sino que, al igual que sucede con cualquier otro riesgo, se trata de examinar la capacidad potencial de la conducta agresora para producir objetivamente un daño a la salud, al margen de que este se realice o no.

En esta aproximación a la noción jurídica del acoso moral en el trabajo, la Comisión añade dos consideraciones: a) en primer lugar, siempre debe prestarse atención a las características de cada ámbito empresarial o productivo, porque es en el seno de este donde debe ser analizada la conducta, teniendo en cuenta que no toda manifestación del poder empresarial o de dirección es contraria al

ordenamiento jurídico; y b) en segundo lugar, el acoso moral en el trabajo se sitúa más allá del ejercicio lícito o ilícito del poder de dirección empresarial, suponiendo siempre ejercicio arbitrario del poder, fuera de toda lógica, control y justificación.

Resta señalar que en la actualidad se ha trasladado al derecho positivo expresamente, como una proyección del derecho a la dignidad en el trabajo, el derecho del empleado público a no padecer acoso moral y laboral en el desempeño de sus funciones. En efecto, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido del estatuto básico del empleado público (artículo 14.h) reconoce a los empleados públicos, entre otros derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio, el derecho al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral. Y en consecuencia, sanciona en el artículo 95.2. o) como falta disciplinaria muy grave el acoso laboral.

b) El procedimiento de la responsabilidad patrimonial no es cauce adecuado para imputar una conducta de acoso a otro funcionario.

Cuando la conducta abusiva parte del empresario (en nuestro ámbito, la organización administrativa) ejercida dentro de sus facultades de dirección, son dos las actuaciones fundamentales a las que se califica de abusivas o arbitrarias y, por tanto, supuestamente conexas a un acoso laboral: por un lado, el empresario que incumple su deber de vigilancia *in situ* en sus obligaciones en materia de prevención de la salud laboral; y, por otro lado, el empresario que en el ejercicio de sus facultades de dirección despliega una conducta acosadora.

En relación con ambas conductas la Comisión considera que la vía de la responsabilidad patrimonial puede resultar el cauce adecuado para ejercitar la reclamación.

Sin embargo, sobre el acoso moral desarrollado por otros empleados, el órgano consultivo considera que difícilmente puede realizar, al hilo de una reclamación de responsabilidad patrimonial, la declaración de que ha existido acoso moral, pues ello, conlleva inescindiblemente una imputación personal de autoría de una conducta que puede ser constitutiva bien de un ilícito penal, bien de un ilícito administrativo, y que, por tanto, requiere previamente tal declaración.

Y sin poder afirmar taxativamente que ese impedimento concurra en todos los casos, sí puede afirmarse, en línea de principio, que el procedimiento de responsabilidad patrimonial no parece, en abstracto, el cauce más idóneo para, de forma autónoma, dar por acreditada la autoría culpable de alguien por la comisión de acoso moral en el trabajo.

Esto es así porque dicha imputación debe venir precedida de un previo procedimiento con una serie de garantías (de distinta intensidad en el ámbito penal y

en el administrativo) para preservar los dos principios-derechos claves del *ius puniendi*: la presunción de inocencia y la interdicción de la indefensión que, común a todo proceso y/o procedimiento, es consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva (también con distinta proyección en el procedimiento administrativo, pero con plena efectividad en el mismo).

A juicio de la Comisión, por tanto, para realizar una valoración de una conducta de acoso entre funcionarios en el seno de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, han de respetarse otros principios del ordenamiento jurídico que puedan resultar afectados (especialmente, los contenidos en los artículos 24 y 25 CE).

c) El procedimiento de la responsabilidad patrimonial no resulta cauce adecuado para declarar la ilegalidad de una actuación pública.

Si bien cabe acumular la pretensión indemnizatoria a la declaración de nulidad o anulabilidad de un acto (o a la declaración de una vía de hecho), lo inverso no procede: no cabe instar el resarcimiento de los daños producidos por la ilegalidad de un acto o actuación administrativa, sin que dicha declaración haya sido realizada en el procedimiento (administrativo o judicial) correspondiente.

Este límite supone que podrán acumularse ambas acciones (declarativa e indemnizatoria), pero no cabrá instar autónomamente el resarcimiento de daños por acoso moral sin tener previamente acreditada la existencia de este (acreditación que, en razón a la tipificación del acoso, debe realizarse en el seno de un procedimiento *ad hoc*).

Tal criterio es recta aplicación de la doctrina según la cual, si bien de la mera declaración (administrativa o judicial) de anulación de un acto administrativo, por no ser conforme a derecho, no cabe derivar automáticamente la existencia de responsabilidad de la Administración, dicha declaración sí es necesaria cuando el daño se conecta y vincula precisamente a la ilegalidad de la actividad que se erige en título de imputación, pues este elemento es el que permite sustentar la antijuridicidad del perjuicio padecido.

En efecto, el requisito de la antijuridicidad pasa por acreditar la lesión al derecho fundamental del reclamante (art. 15 CE) que, en función de su intensidad (la dimensión objetiva de la conducta agresora, su trascendencia o gravedad) puede ser incluso constitutiva de ilícito penal. Si aquella no se ha producido, el daño no es lesión en el sentido técnico-jurídico (daño antijurídico) que exige la responsabilidad patrimonial.

d) En sede de responsabilidad sólo se genera la obligación de reparar el daño si existe un «funcionamiento anormal» del servicio público.

Sabido es que dentro de la amplia fórmula de funcionamiento de los servicios públicos conviven la imputación por el funcionamiento anormal y la imputación por funcionamiento normal.

En el caso del funcionamiento normal, se produce la denominada imputación por riesgo: al margen de toda actuación culpable (dolo o negligencia del funcionario) u objetiva (ilegalidad o ilicitud del servicio) la Administración responde en cuanto organización que desarrolla una actividad.

Mientras que en el caso del funcionamiento anormal, se integran tanto la imputación por las actuaciones personales de los agentes de la Administración que con su conducta ilegal o culpable hayan causado materialmente el perjuicio, como la imputación por actuaciones impersonales o anónimas de carácter ilegal que se atribuyen a la organización genéricamente considerada.

Una cosa es, por tanto, que el instituto de la responsabilidad patrimonial admita todas las imputaciones descritas y otra bien distinta que los requisitos de cada una sean idénticos o intercambiables.

El daño que se dice causado por la existencia de acoso moral en el trabajo producido por determinadas personas es una variante del funcionamiento anormal y, dentro de este, es el que concurre por la actuación ilegal –cuando menos culpable– de personas físicas integradas en la organización administrativa. De tal suerte que, sólo acreditada aquella, podrá adquirir el daño la cualidad de lesión.

En efecto, el tipo de daño que se suele alegar (incapacidad temporal) debe ser producido en unos términos muy precisos para poder erigirse en presupuesto de análisis de la negligencia del empresario. Lo contrario, permitiría que la mera acreditación de la baja deviniera en una imputación automática al círculo de responsabilidad del empresario lo que es improcedente.

III. LOS SUPUESTOS DICTAMINADOS POR LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI EN RELACIÓN CON EL ACOSO LABORAL.

a) Acoso laboral de la Administración por la presión de una Corporación Local hacia un empleado público con motivo de su actividad sindical.

En el Dictamen 57/2005 la reclamación se fundamentaba en la presión laboral tendenciosa ejercida por parte de los miembros de la Corporación Local ante un empleado municipal como consecuencia del ejercicio de sus funciones sindicales.

El reclamante interpuso demanda en defensa del derecho de libertad sindical, que dio lugar a una sentencia del juzgado de lo social que condenó al ayuntamiento por una actuación contraria al libre ejercicio de la actividad sindical y reconoció que el daño sufrido traía su causa en la incorrecta actuación municipal.

La sentencia recaída declaraba: (a) que el Ayuntamiento no había puesto a disposición del sindicato al que el demandante pertenece un local de reunión y los medios adecuados para el desarrollo de su actividad, lo cual es contrario al libre

ejercicio de la actividad sindical; (b) que esta falta había impedido al actor desplegar con normalidad su actividad sindical; y (c) que, a consecuencia de los problemas creados por esta actuación municipal, aquél había sufrido un trastorno adaptativo ansioso-depresivo que precisó tratamiento médico.

Ahora bien, la reclamación se concretaba en que, tras el dictado de dicha sentencia, el ayuntamiento se resistió a su ejecución y le cesó en «el puesto de trabajo» que venía desempeñando, en lo que calificó como «una conducta arbitraria de la Administración y dirigida a acosar y denigrar laboralmente al interesado, en represalia por su actividad sindical» y una desviación de poder.

Sin embargo, en este caso, la Comisión entendió que, del examen de los documentos contenidos en el expediente y de los pronunciamientos judiciales, solamente podía inferirse que el recurrente había ejercido su derecho a defender ante los tribunales sus pretensiones.

Lo que la Comisión no constató, sin embargo, fue la existencia de una actuación de la Administración, dirigida al acoso y denigración laboral del interesado, como este argumentaba. En tal sentido, tanto la denuncia de conductas delictivas, como la alegación de desviación de poder formuladas por aquél en el ámbito contencioso-administrativo, habían sido rechazadas por el juzgador, que no había encontrado indicio alguno de actividades de tal naturaleza.

Tampoco condujo a una conclusión distinta el contenido del informe pericial que el reclamante acompañaba a su reclamación. Efectivamente, tal informe señaló que el interesado presentaba un problema de tipo psíquico que tenía su origen en el ámbito laboral; pero no acreditaba que el trastorno sufrido por aquel hubiese sido causado por la actuación administrativa.

b) Incumplimiento de la Administración de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales ante una situación de acoso laboral.

Han sido varios los dictámenes en que la Comisión se ha pronunciado en relación con un supuesto incumplimiento del deber de la Administración de prevención de los riesgos laborales en el ámbito de su organización.

En los dictámenes 78/2005, 100/2015, 101/2015, 122/2007, 76/2008, 134/2009 y 135/2009 los reclamantes, ertzainas, consideraban la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración General por los daños sufridos como consecuencia del trato recibido por sus superiores jerárquicos.

En el Dictamen 78/2005 –que, como hemos visto, inicia la doctrina de la Comisión en relación con la responsabilidad patrimonial en relación con el acoso laboral– el reclamante alegó que en la Comisaría a partir de un determinado momento, los mandos ejercieron un abuso de autoridad que generaba un claro malestar psicológico y laboral en los ertzainas bajo su mando y, en concreto, en el reclamante.

Asimismo, el reclamante solicitó, junto a la reclamación monetaria, la adopción de medidas de cara a resolver la responsabilidad disciplinaria de sus superiores jerárquicos.

El dictamen de la Comisión distinguió en su análisis los diferentes elementos de la reclamación: por un lado, la reclamación por las lesiones psicológicas, reconducible al denominado acoso moral en el trabajo o *mobbing*; y por otro lado, la solicitud de adopción de medidas para resolver la responsabilidad disciplinaria de los jefes de la Comisaría.

Y ya dentro de la pretensión resarcitoria diferenció dos causas de pedir: la primera se articulaba directamente sobre la conducta imputada a los funcionarios policiales, mientras que la segunda se refería a la supuesta actuación negligente de la Administración que, en la tesis de la reclamación, no hizo lo debido para prevenir y evitar la citada conducta y, por ende, para evitar la causación del daño por el que se reclamaba.

Lo primero que señaló el dictamen es que la actuación acosadora alegada, sin prejuzgar su existencia, solo podía ser examinada por la Comisión en cuanto a los daños sufridos por el reclamante –no así cualquier otro daño padecido por sus compañeros–, toda vez que el reclamante no estaba legitimado para activar el derecho de otros. Si bien el acoso moral puede ejercerse contra un colectivo, la naturaleza del derecho lesionado impide que la pretensión se active por quien no es su titular.

En segundo lugar y atendidos los términos en los que se formuló la reclamación, el reconocimiento de la pretensión indemnizatoria llevaría aparejada, de forma inescindible, la imputación a determinadas personas de una conducta, no ya irregular, sino que, en función de su intensidad, trascendencia o gravedad, podría integrar conductas tipificadas en el Código Penal o en las normas administrativas que rigen la prestación del servicio policial.

Constaba en el expediente el informe de Inspección, que señalaba que: «*Tras realizar las oportunas diligencias de investigación y tras analizar la información disponible, no observó conducta alguna que pudiera derivar en reproche disciplinario, por lo que no se instó la apertura de ningún procedimiento disciplinario*».

La Comisión, atendido el ámbito de su función, consideró que no estaba facultada para enjuiciar dicha decisión y, de acuerdo con lo razonado, no podía apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial en orden a la primera razón de pedir (acoso moral producido por personas concretas).

En orden a la pretensión de fundar la reclamación, al margen de la existencia o no del acoso moral denunciado, tomando como base el «funcionamiento anormal de la Administración», el nexo causal debía descansar exclusivamente en la conducta omisiva de la Administración «empresario» por

no haber prevenido la producción del daño y, por tanto, la imputación al «empresario» debía proyectarse sobre el contenido de las obligaciones que le eran exigibles.

La Comisión entendió que no cabía estimar un incumplimiento de los deberes que derivaban del marco normativo al que cabía anudar el daño cuya reparación se solicitaba (la Ley 13/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales y el Acuerdo Regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Policía Autónoma del País Vasco).

Resultaba obligado declarar primero que el reclamante sufrió acoso moral y para ello no había en el expediente otro dato que su propia versión, pero faltaba el examen sumario, detallado y con contradicción que permitiese fijar el relato de hechos probados, a fin de analizar luego si concurrían o no los requisitos para aplicar el instituto de la responsabilidad patrimonial.

A juicio de la Comisión, el título de imputación no era el funcionamiento anormal del servicio, sino el incumplimiento por la Administración/empresario de sus deberes respecto de sus servidores en el seno de la relación que les unía (funcionarial y/o laboral), incumplimiento para cuya apreciación era asimismo obligado acreditar una circunstancia cual es la conducta personal indebida de otros funcionarios.

Por último, la Comisión recordaba que el pedimento relativo a la adopción de medidas en relación con las responsabilidades disciplinarias no correspondía a su ámbito de análisis.

En los dictámenes 100/2005 y 101/2005 los reclamantes expusieron la, a su juicio, conducta indebida de sus jefes, refiriendo constantes presiones, humillaciones, amenazas de apertura de expedientes disciplinarios, desmesurado control sobre determinados agentes y, en concreto sobre ellos, que hubieron de soportar continuos enfrentamientos, asumir funciones y tomar decisiones que no les correspondían, además de una fiscalización milimétrica, a lo que se añadían comentarios e intentos de desprestigio a través de notas públicas o de forma verbal.

La Comisión consideró que la narración que realizaban los reclamantes contenían datos que se formulaban huérfanos de acreditación y que, además, el examen sobre su conformidad o no a derecho –premisa previa para el examen de la supuesta responsabilidad patrimonial– no le correspondía.

En cuanto a los daños psicológicos o morales, carecían de soporte probatorio suficiente, puesto que sólo permitían dar por acreditada la baja por causas psicológicas conectadas con la actividad laboral de aquella, pero no que el origen de este fuera la conducta de otros funcionarios.

Por tanto, no había prueba suficiente del nexo causal entre el funcionamiento del servicio (esto es, la conducta indebida imputada) y el daño,

porque la acreditación de diversos trastornos en el desempeño del trabajo o de la función atribuida no basta para que nazca la obligación indemnizatoria por sufrir acoso moral.

Por otro lado, en el Dictamen 101/2005 se hacía referencia a una actuación disciplinaria impuesta al reclamante que derivó en una sanción. Dicha sanción fue posteriormente minorada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la Comisión concluyó que dicho resultado no suponía apreciar que el ejercicio de la potestad disciplinaria fuera carente de razón ni tampoco entender que ello supusiese una conducta vinculada con un supuesto acoso laboral.

En los Dictámenes 122/2007 y 76/2008 las reclamaciones eran similares a las anteriores, pero, en este caso, la incapacidad laboral temporal padecida por los reclamantes había sido previamente reconocida como accidente de trabajo.

Además, en esta ocasión, la Administración sí había tenido conocimiento, de algún modo, de las irregularidades que tenían lugar en la Comisaría y, por tanto, en la reclamación se apuntaba la responsabilidad de la Administración empleadora por no haber adoptado las debidas medidas preventivas.

Ahora bien, todas las actuaciones imputables, en principio, a la organización administrativa (una revocación de una comisión de servicios, la no adecuada respuesta a las quejas sobre la reorganización o la incoación de un expediente de informaciones previas) conllevaban el examen sobre su conformidad o no a derecho, por lo que tampoco podían ser abordadas en el marco del procedimiento de la responsabilidad patrimonial.

A este respecto, añadía la Comisión que: a) la revocación de la comisión de servicios se encontraba *sub iudice*, por lo que la solicitud planteada en ese punto podría recibir oportuna y preferente respuesta en dicho ámbito judicial; y b) las quejas por la reorganización de las unidades constituían cuestiones afectas a las potestades organizatorias de que disponen las administraciones públicas en general, y también las administraciones policiales, derivándose de su ejercicio actos que gozan de la presunción *iuris tantum* de validez. Y no acreditándose del ejercicio concreto de dichas facultades ninguna práctica contraria a derecho, no cabía inferir un daño antijurídico que no tuviese el deber de soportar la interesada.

Por lo que se refería a la incoación del expediente de informaciones previas que se le había abierto a la reclamante, la interesada tenía oportunidad de recurrir en su caso los actos o trámites que se pudieran derivar del desarrollo del procedimiento, así como, por supuesto, el resultado final que le deparase el mismo, pero lo que no podía es dejar de someterse al ejercicio disciplinario, constituyendo dicho sometimiento una carga que tiene el deber de soportar.

La reclamante alegaba, también, funcionamiento anómalo de la Administración como empleadora en cuanto al desenvolvimiento de sus servicios para evitar el deterioro de las relaciones interpersonales en el lugar de trabajo, donde, según los informes aportados, sufrieron efectivamente una situación de conflicto.

Ahora bien, constató la Comisión que, una vez puesta formalmente en conocimiento del empresario la denuncia de supuestos episodios de acoso moral y la existencia del padecimiento de un daño a la salud, se adoptaron las medidas adecuadas, por lo que no cabía considerar que se hubiera producido un déficit en el estándar de rendimiento esperado de los servicios de prevención de la administración policial.

Por otra parte, en el Dictamen 45/2013 un empleado municipal imputaba al ayuntamiento el incumplimiento de sus obligaciones en materia de riesgos laborales por no haber sido separado completamente de su lugar de trabajo, tras una denuncia de acoso laboral.

Recordó la Comisión que la evaluación de riesgos es la base sobre la que el empresario ha de asentar la planificación de su política de seguridad laboral y que supone, en términos simples, la emisión de un diagnóstico sobre los peligros de daños para la salud que trae consigo su actividad empresarial.

Analizó, por tanto, la Comisión cada una de las que, a juicio del reclamante, constituían un incumplimiento por parte de la Administración.

Por una parte y en relación a la falta de evaluación del riesgo psicosocial, antes de que se produjese el primer supuesto de incapacidad laboral transitoria con un diagnóstico de "estados de ansiedad", no había indicio alguno que permitiera pensar que estuviera en riego su salud por la existencia de un conflicto laboral.

Sólo después, cuando ya se encontraba en dicha situación, el ayuntamiento tuvo constancia, a través de la denuncia que formuló el Comité de empresa ante la Inspección de Trabajo, de que el reclamante se sentía víctima de un acoso laboral y a partir de ese momento sí se activó la obligación de adoptar las medidas adecuadas, pues se alertó sobre la posible violación de un derecho fundamental en el seno de la organización administrativa.

Por otra parte, era preciso dilucidar si los incumplimientos del ayuntamiento (por no atender al informe médico encargado por dicho ayuntamiento que aconsejaba el alejamiento completo del empleado de toda relación laboral) habían tenido una incidencia sobre el estado de salud del reclamante y, *a fortiori*, en su incapacitación.

Consideró la Comisión que la referida recomendación médica difícilmente entraba dentro de las opciones que hubiera podido implementar el ayuntamiento, pues estas podían consistir solamente en un posible traslado a otro puesto de

trabajo, cambios en las funciones del puesto de trabajo, en las condiciones laborales, en la organización, etc... En tanto que el reclamante no estaba en condiciones de realizar el trabajo de su puesto de trabajo, ni el de ningún otro de su categoría, era el Instituto Nacional de la Seguridad Social el competente para reconocerle la incapacidad laboral temporal o instar su incapacitación permanente.

c) Acoso laboral de la Administración educativa hacia un docente, en el ejercicio de sus funciones de dirección.

En este supuesto (Dictamen 26/2008) el reclamante presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial por el padecimiento de unas lesiones de índole moral que manifestó le fueron originadas por un supuesto acoso laboral.

En concreto consideraba que había sido objeto de una actuación contra su persona por parte de la Delegación Territorial de Educación, la Asociación de Padres de Alumnos de un centro escolar y la Dirección de dicho centro, de la Inspección Educativa y del hospital que le realizó unas exploraciones médico-psiquiátricas.

La Comisión entendió que el reclamante imputaba a la Administración una conducta de acoso como empleadora, en el ejercicio de sus funciones de dirección y que, en principio, el daño ocasionado no tenía cauce en los sistemas objetivados de resarcimiento.

Efectivamente existió una situación de conflicto entre el profesor, de un lado, y la Asociación de Padres y la dirección del centro, de otro, pero el mismo fue canalizado conforme a los instrumentos previstos en el ordenamiento, sin que en ningún momento se apreciase de lo instruido y documentado que el caso reuniese ni los perfiles objetivos (sistematicidad, reiteración y frecuencia) ni los subjetivos (la intencionalidad de un comportamiento encaminado a dañar la integridad moral del reclamante) que requiere el acoso moral conforme a la doctrina jurisprudencial.

En primer lugar, la Administración educativa se limitó a analizar los problemas que se habían originado en el centro con motivo de la impartición de la enseñanza por el reclamante, y el primer punto de conflicto se resolvió satisfactoriamente, pues fue relevado de la impartición de la asignatura.

En segundo lugar, a la vista de la continuidad de los desacuerdos y confrontaciones en el seno del centro, la Administración perseveró de una forma razonable, como era su obligación, en la búsqueda de una solución adecuada.

Posteriormente, en ese contexto, en el que existían reticencias sobre la forma en la que ejecutaba sus funciones docentes, la implicación de la Inspección Educativa fue totalmente procedente para examinar si el reclamante ostentaba la capacidad necesaria para el trabajo que ejercía.

Por ello, intervino la Inspección, en cuyo informe se cuestiona la buena praxis profesional del reclamante, manifestando que debería valorarse su estado de salud por "los servicios médicos correspondientes" y proponiendo como única vía de solución la sustitución del profesor en su actividad docente desde esa fecha hasta el final de curso.

En lo que a los exámenes y exploraciones médicas a los que el reclamante se sometió, entendió la Comisión que se desarrollaron conforme a pautas ordinarias, sin que apreciase la existencia de ninguna irregularidad, ni menos aún que persiguieran finalidades torcidas con el objetivo de dañar al reclamante.

Por último, recordaba la Comisión que, si el reclamante consideraba que las actuaciones de la Administración eran ilegales, debía haberlas recurrido en tiempo y forma.

d) Acoso laboral del Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales como consecuencia de la imposición de una sanción disciplinaria posteriormente anulada.

En este supuesto (Dictamen 163/2008) el reclamante entendía que debía ser resarcido por las lesiones de índole moral originadas por la instrucción de un procedimiento disciplinario y por haber sido sancionado como autor responsable de una falta muy grave en materia de incompatibilidad, sanción que fue posteriormente anulada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

Además, consideraba el reclamante que existía una relación entre la incoación del expediente disciplinario y lo que calificó como «presunto acoso laboral extensivo y continuado» al que fue sometido en su lugar de trabajo.

Antes que nada se hace preciso descartar que lo que el reclamante suscitaba fuese un supuesto de acoso moral en el trabajo como presupuesto de responsabilidad patrimonial, sino que más bien establecía una conexión entre el expediente disciplinario y la situación que presuntamente padeció. Pero es frente al Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laboral ante el que interpuso la reclamación por hechos que consideraba imputables al citado instituto.

En este caso, la Comisión consideró que no cabía extraer ninguna conclusión fiable con respecto a un acoso laboral, limitándose a recordar que la Orden de 4 de octubre de 2006, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, regula las medidas de prevención y el procedimiento de actuación en casos de acoso moral y sexual en el trabajo, en el ámbito de la Administración General y sus Organismos Autónomos, siendo ese el cauce para resolver los problemas que suscitan los conflictos interpersonales y organizacionales y, en su caso, tras una fase de investigación exhaustiva, determinar si ha existido acoso o no.

Y en ese sentido, lo único que había acreditado el reclamante había sido la apertura de un expediente de información previa con motivo de la denuncia cursada

por su superior jerárquico, según lo previsto en el Reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado.

Recuerda la Comisión que, a juicio del Tribunal Supremo, las actuaciones previas no forman parte del expediente sancionador, no son propiamente expediente administrativo, sino un antecedente del mismo, una facultad que la ley otorga a la Administración para llevar a cabo diligencias de investigación y, a la vista de su resultado, acordar lo procedente; esto es, el archivo de las actuaciones o el acuerdo de incoación del expediente.

Consideró la Comisión que la Administración tenía la obligación de actuar como lo hizo, ya que objetivamente existió una infracción de las normas en materia de incompatibilidad por parte del reclamante. En esos supuestos de incoación legítima de procedimientos disciplinarios, el expedientado tiene la obligación jurídica de soportar la carga de dicho expediente.

Planteada así la cuestión, tanto la incoación del expediente disciplinario como la sanción impuesta tenían su fundamento en el estatuto jurídico legal al que se encontraba sometido el reclamante como funcionario, teniendo el mismo el deber de soportar las consecuencias inherentes a una situación cuyos derechos y deberes se encuentran delimitados legalmente.

En resumen, no había ningún dato que pudiera llevar a considerar que la actuación administrativa fuera anormal; esto es, que el daño se originase por una contravención de la Administración de los derechos del reclamante o de sus deberes en relación con él, ni, por tanto, cabía concluir que el daño de carácter psíquico padecido por el reclamante derivase de la misma.

e) Acoso laboral por parte de la Administración universitaria por la privación de acceso a la plaza de catedrático.

En el Dictamen 94/2010 la reclamante, una funcionaria, profesora titular de Universidad, presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial que fundamentaba en un doble motivo: de un lado, por habérsele privado del acceso a la plaza de catedrático de universidad y, de otro lado, por el daño moral sufrido con ocasión del acoso laboral padecido.

La reclamante consideraba que la ilegítima actuación de la Comisión evaluadora del concurso le había privado del acceso a la plaza de Catedrático, alegando que la situación de acoso a la que fue sometida obraba en los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia, con ocasión de una denuncia formulada.

La reclamación realizada encontraba su apoyo en circunstancias que, en rigor, no tenían que ver con daños o perjuicios sufridos u ocasionados por razón del servicio público que prestaba, sino que se produjeron en el acceso a otra categoría

funcionarial y no existe en la legislación aplicable una regulación que permita dar cauce a la pretensión. Por ello, en este caso, la Comisión entendió que ningún problema suscitaba su enjuiciamiento en sede de responsabilidad patrimonial, al tratarse de daños que no se encontraban cubiertos por el régimen estatutario, sin que puedan repararse en el ámbito de la relación jurídica que le une con la Administración.

Dicho esto, la Comisión no apreció ninguna actuación de la Administración que pudiera ser determinante de la apreciación de responsabilidad patrimonial.

Por un lado y en relación con la provisión de la plaza, tras un largo proceso de litigios judiciales, esta cuestión fue resuelta en sentencia firme que manifestó la legalidad de la Resolución de la Universidad que declaraba desierta la provisión de la plaza.

Por otro lado y en cuanto a la información aportada por los informes de inspección, se reflejó que los hechos no tenían que ver con la provisión de la plaza. En ese escenario, sólo se imputaba una conducta indebida a uno de los miembros de la Comisión de Evaluación y la conclusión del inspector al respecto fue que no resultaba posible apreciar una conducta de acoso.

Así mismo, la Universidad, cuando resolvió el proceso selectivo en el que participó la reclamante, declarando finalmente vacante la plaza, obró con arreglo a las bases de la convocatoria y a las normas por las que se regía.

Reiteraba la Comisión que no existe daño real y efectivo cuando se perjudican unas meras expectativas y, en todo caso, faltaría el requisito de la antijuridicidad, habiendo confirmado los tribunales la legalidad de la actuación administrativa, que ha estado subordinada y dirigida a preservar los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen la selección de los empleados públicos.

En suma, no podía constituir lesión, en el sentido de daño antijurídico que no tiene el deber de soportar, el que no hubiese sido seleccionada, cuando ese es un resultado que conforme a derecho puede producirse a la vista de las características del procedimiento de concurrencia competitiva en el que participó.

f) Acoso laboral de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud por conducta arbitraria en la exigencia de devolución de emolumentos.

En el Dictamen 69/2011 el interesado fundamentó su reclamación en los daños y perjuicios padecidos por un presunto mobbing, que traía causa de la resolución por la que la Administración requería al reclamante la devolución de unas cantidades indebidamente percibidas en concepto de complemento específico. Dicha resolución fue declarada ajustada a derecho por sentencia –que adquirió firmeza posteriormente–, la cual obligaba al reclamante al pago de dichas cantidades.

Sin embargo, el reclamante no cuestionaba dicha resolución judicial ni solicitaba la devolución de las cantidades reintegradas sino la reparación del daño económico, moral y desprestigio personal y profesional que había conllevado esa situación, ya que, a su entender, las cantidades reintegradas habían sido injusta y arbitrariamente reclamadas, porque a otros médicos no les habían sido exigidas, pese a encontrarse en la misma situación que el reclamante. En ese sentido, el reclamante calificaba dicha actuación como acoso laboral.

Planteada en esos términos la reclamación, dos son las cuestiones que debían ser examinadas: la relativa a la antijuridicidad (si el reclamante tenía o no el deber jurídico de soportar el daño) y la conexión causal del daño con la actuación administrativa.

El examen del requisito de la antijuridicidad se dirigió a determinar si la persona tenía o no la obligación de soportar el daño y, este caso, no cabía duda de que no existía antijuridicidad alguna por el hecho de que la Administración le hubiera reclamado la devolución de las cantidades indebidamente percibidas.

Y una vez constatada la ausencia de antijuridicidad, restaba determinar si quien sufre un daño como consecuencia del cumplimiento de una resolución judicial firme ha de ser indemnizado por la Administración pública como consecuencia del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. La respuesta, parece obvio, ha de ser negativa, pues resultaría que, no sólo el interesado se había beneficiado de una ilegalidad –al percibir un complemento al que no tenía derecho–, sino que, además, ahora tendría que ser indemnizado por dejar de disfrutar de una situación ilegal.

De lo instruido y documentado solo cabía extraer que la Administración había cumplido con su obligación y, no teniendo, además, el reclamante derecho a percibir el complemento específico por exclusividad, su abono supuso un gasto público injustificado, cuyo mantenimiento hubiera resultado contrario a las reglas por las que se rige la actividad de la Administración pública, que ha de actuar al servicio de los intereses generales.

IV. El SUPUESTO DICTAMINADO POR LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI EN RELACIÓN CON SITUACIONES DE ACOSO EN EL ÁMBITO ESCOLAR.

En el Dictamen 10/2007 los padres y un hermano de un menor interpusieron una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos tras el fallecimiento de su familiar que, ante la conducta de acoso desplegada por una serie de menores, alumnos de un Instituto de Educación Secundaria, había sufrido un trastorno depresivo agudo de tal intensidad que le llevó al suicidio.

En este supuesto la Comisión se remitió en cuanto al análisis jurídico del concepto de acoso escolar a la sentencia penal que le precedía, considerando que los hechos declarados probados en el proceso penal constituían base fáctica inexcusable

para la resolución del expediente, en reconocimiento de la primacía de ese orden jurisdiccional.

En general, es preciso distinguir cuándo se trata de una sentencia condenatoria o absolutoria, porque el sustrato ineludible vendrá determinado, en el primer caso, positivamente, por los presupuestos fácticos del tipo o tipos penales afectados, mientras que en el segundo, negativamente, por su inexistencia fáctica, siempre y cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiera podido nacer o se declare probado que una persona no fue autor del hecho.

En particular era obligado partir de los hechos probados en la Sentencia del Juez de Menores, confirmados posteriormente por la Audiencia Provincial. La valoración jurídica efectuada, una vez concluida la instrucción, para decretar el sobreseimiento provisional de la causa, se tuvo en consideración pero no excluía la que debía hacerse en el procedimiento der responsabilidad patrimonial, ni prejuzgó a la solución del caso, puesto que el hecho de que la conducta de los encausados no fuera perseguible de acuerdo con la ley penal no significaba que la misma pudiera ser estimada como fuente de responsabilidad administrativa.

En tanto que convenía fijar los términos concretos de la reclamación efectuada, en su escrito los reclamantes expresaban con claridad que lo que ejercían era una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal del servicio.

En modo alguno podía considerarse que estaban ejercitando una responsabilidad patrimonial *ex delicto*, a fin de que la Administración les indemnizase por los daños y perjuicios causados por una serie de menores con ocasión de la comisión de un delito del que eran responsables.

Así, tras la lectura de la secuencia de acontecimientos que padeció el menor, la Comisión pudo concluir que, si bien la muerte del menor devino de unos hechos cuya responsabilidad, por los autores y el lugar donde se produjeron, no podían ser atribuibles a la Administración educativa, existieron otros actos, dotados sin duda de poder causal para producir el resultado final, y por tanto, junto a los primeros, igualmente relevantes en el acaecimiento lesivo, ya que todos ellos conformaron el proceso de acoso del menor.

Por ello, se hacía preciso dilucidar si tales actos se produjeron "con ocasión" del servicio educativo, en los que este era un mero escenario, y eran, por tanto, ajenos al mismo, o si se produjeron «como consecuencia» del servicio educativo, en cuyo caso serían imputables a la Administración educativa, debiendo determinarse en tal supuesto si su responsabilidad debe o no ser moderada y en qué medida.

Pues bien, valorando los hechos que se describían en la Sentencia penal condenatoria, se concluyó que no podía atribuirse la responsabilidad de lo sucedido al funcionamiento del servicio público de la enseñanza, porque el

personal docente no descuidó su deber de vigilancia y, una vez tuvo conocimiento de los abusos, fatídicamente no de forma inmediata por el silencio del propio alumno y sus compañeros o por las medidas que tomaron los agresores para ocultarlos, actúo con rapidez.

Tal manera de razonar es acorde con la doctrina sentada por esta Comisión en este ámbito, considerando que, a partir de una concepción estrictamente jurídica de la causalidad, no puede recaer sobre la Administración pública la obligación de reparar cualquier daño que acontezca en las dependencias del centro docente o se produzca en el ámbito de una actividad educativa. Quiere ello decir, en definitiva, que no todo evento lesivo ocurrido durante la prestación del servicio público educativo resulta automáticamente atribuible a su funcionamiento en términos de responsabilidad.

En estos casos el presupuesto necesario es que el funcionamiento del servicio público opere, de forma mediata, como un nexo causal eficiente (por todas SSTS de 8 de octubre de 1986-arz. 5663 y 11 de febrero de 1987-arz. 535).

En materia educativa, la imputación de responsabilidad por los daños ocasionados, ya sea dentro del recinto escolar y con motivo de actividades escolares, ya sea fuera del recinto escolar, con motivo de actividades extraescolares organizadas por el centro y llevadas a cabo por personal del mismo, se deriva de la falta de diligencia en el cuidado de los menores por parte del personal docente encargado de su custodia, pues como precisa la STS de 26 de febrero de 1998 (Arz. 1795), citada por los propios reclamantes, se trata de un período «*durante el cual el profesorado tiene, respecto de los alumnos, el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia a tenor de lo establecido en el artículo 1903 del Código Civil en el cuidado y vigilancia de los menores que están bajo su custodia*».

La Comisión procedió, pues, a analizar, por emplear los atinados términos de la STS de 16 de febrero de 1999 (Arz. 1622), si se habían cumplido «*los estándares de rendimiento medio exigibles según el grado de sensibilidad social y desarrollo efectivo del servicio, que en la época actual impone en la enseñanza*».

Y esta Comisión no encontró motivos para apreciar que el servicio educativo hubiera incumplido con su deber de perseguir y corregir cualquier atisbo de acoso escolar; al contrario, ejerció una supervisión adecuada y adoptó las medidas apropiadas para poner fin al abuso y proteger al menor teniendo en cuenta las circunstancias del caso, aunque las mismas, trágicamente, no sirvieron de mucho.

La Inspección educativa constató que se habían cumplido las medidas generales que rigen la actividad de estos centros (en materia de guardias, controles de asistencia, etc..), cuya adecuación, para la satisfacción del cumplimiento del estándar exigible a la actuación administrativa, era acorde con lo que cabía esperarse de su normal funcionamiento, teniendo presentes las pautas orientativas que esta Comisión ha establecido para determinarlo (no puede establecerse a partir del daño sufrido, ni puede construirse sobre lo óptimo sino sobre lo razonable,

aplicado en consideración a la naturaleza del servicio y las circunstancias que presente el caso).

Por tanto, no pudiéndose observar en la actuación prestada por los servicios del ente recurrido ninguna actuación que cupiese calificar como deficitaria o anormal en su funcionamiento, premisa que hemos establecido previamente como necesaria para reconocer la responsabilidad patrimonial, no procedió estimarse la reclamación.

V. RECAPITULACIÓN.

Como hemos visto, no son numerosas las veces que la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi haya tenido ocasión de pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en relación con situaciones de acoso.

En el ámbito laboral, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial se han fundamentado en daños por las actuaciones de superiores jerárquicos de las personas reclamantes, actuaciones que, a su vez, se han relacionado con el propio actuar de la Administración por la toma de decisiones inadecuadas para evitar el daño o por su omisión en materia de prevención de riesgos laborales (gran parte de las reclamaciones han tenido lugar en el entorno laboral policial).

En la única reclamación de responsabilidad patrimonial por acoso en el ámbito escolar se pretendía imputar los daños al personal docente por el incumplimiento de su deber de vigilancia y de adopción de medidas una vez conocidos los abusos.

Según lo expuesto, en la mayoría de los casos, junto a la reclamación indemnizatoria, se han planteado pretensiones que no correspondían ser dictaminadas por la Comisión al no estar comprendidas en el ámbito de la responsabilidad patrimonial.

En esencia, la tesis de las personas reclamantes se ha sustentado normalmente sobre un automatismo contrario al instituto de la responsabilidad patrimonial que, de aceptarse, permitiría responsabilizar a las administraciones públicas de los padecimientos psicológicos de sus empleados en el ejercicio de su función, sin haber acreditado antes que el funcionamiento del servicio ha sido anormal (o, si se prefiere, antijurídico o carente de justificación en la organización y prestación de aquel).

El daño que se dice causado por acoso moral en el trabajo debe suponer siempre una modalidad del funcionamiento anormal, que integrará bien la imputación por el acoso moral llevado a cabo por la propia organización, bien por el daño producido por la conducta desplegada por otros empleados.

También se ha destacado que la responsabilidad patrimonial no es vía adecuada para enjuiciar de forma autónoma y, en su caso, para declarar la ilegalidad

de una actuación pública (acto o vía de hecho), porque tal declaración reclama que previamente se haya acometido el examen de si tales actuaciones son o no conformes a derecho.

En este sentido, ha reiterado también la Comisión el engarce de esta argumentación con la doctrina consolidada, según la cual «*la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede utilizarse para evitar la aplicación de resoluciones consentidas por los interesados como una vía alternativa a la interposición de los recursos correspondientes para someter a examen la legalidad de dichas resoluciones*».

Así mismo, la Comisión, en la perspectiva de la antijuridicidad como impedimento para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por acoso moral, ha concluido que es necesario analizar si las presiones o comportamientos aducidos constituyen un deber jurídico que deba soportar quien presta la función pública, por ser inherente a esta o por ser consustancial al entorno en que aquella se desarrolla.

Para finalizar, a la vista de los dictámenes expuestos anteriormente, cabe reseñar que todas las reclamaciones planteadas en el ámbito examinado han sido desestimadas por la Comisión, siendo las causas de denegación de la responsabilidad patrimonial de la Administración las siguientes:

No se ha constatado la existencia de una actuación que pudiese calificarse de funcionamiento anormal por parte de la Administración dirigida al acoso o a la denigración laboral de la personal reclamante.

No se ha apreciado un incumplimiento de los deberes de la Administración derivados del marco normativo en materia de prevención de riesgos laborales en relación con una situación de acoso laboral.

Los hechos alegados carecían de acreditación alguna o han sido calificados, bien de meras discrepancias o desavenencias entre empleados públicos, bien de meras expectativas incumplidas de mejora de condiciones laborales.

Las medidas adoptadas por la Administración han sido las adecuadas una vez conocidos los hechos relacionados con el acoso.

La persona reclamante, en base a su estatuto jurídico legal de funcionario, tenía el deber se soportar las decisiones adoptadas por la Administración.

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN

La responsabilidad patrimonial como consecuencia de situaciones de acoso en el ámbito de la Asministración Pública

Beatriz Martín Lorenzo
Letrada del Consejo
Consultivo de Castilla y León

Sumario:

I. ACOSO MORAL EN EL TRABAJO: CONCEPTO, TIPOLOGÍA Y DIFERENCIACIÓN DE OTRAS SITUACIONES.
II. ¿ES ADECUADA LA UTILIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LOS CASOS DE ACOSO LABORAL?
III. PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN.
IV. PRUEBA DE LA SITUACIÓN DE ACOSO LABORAL.
V. INDEMNIZACIÓN POR ACOSO LABORAL.
VI. SUPUESTOS DICTAMINADOS.

I. ACOSO MORAL EN EL TRABAJO: CONCEPTO, TIPOLOGÍA Y DIFERENCIACIÓN DE OTRAS SITUACIONES.

El resarcimiento de los daños derivados del acoso moral en el trabajo, acoso laboral o *mobbing,* se ha encontrado tradicionalmente con el inicial y esencial obstáculo de la inexistencia de un concepto legal de acoso laboral. De este modo, desde la definición que ofreciera el psicólogo alemán Heinz Leymann como la «*Situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo*», tanto la doctrina como la jurisprudencia han dirigido sus esfuerzos a clarificar qué actuaciones pueden catalogarse como acoso laboral.

En el caso de los órganos jurisdiccionales, dicha tarea ha recaído principalmente en la jurisdicción social a fin de solventar las situaciones de este tipo surgidas en el ámbito de la empresa, pero también ha entrado en juego la jurisdicción contencioso-administrativa en los casos en que el *mobbing* se presenta en la función pública. A este respecto, la STSJ de Madrid, Sala Social, de 10 de diciembre de 2007, destaca que «*En la Administración pública, el carácter más intensamente reglamentado de la organización del trabajo, junto a su mayor grado de homogeneidad, la prevalencia del principio de jerarquía y el mayor conservadurismo reinante, facilitan, sin duda alguna, la aparición del acoso moral como forma de sutil coacción psicológica*».

También se han destacado doctrinalmente algunos factores que favorecen la aparición de las situaciones de *mobbing* en el ámbito de la Administración Pública, que casi dobla (6 %) al de la industria (3,5 %), entre otros, la ambigüedad de las relaciones de puestos de trabajo, el predominio de las potestades de auto-organización, la generalización de ineficaces mecanismos de promoción, la continuidad de estructuras organizativas marcadamente rígidas y burocratizadas, la ausencia de mecanismos eficaces de resolución de conflictos interpersonales, la falta de reglas claras sobre asignación de tareas, la carencia de formación en técnicas de liderazgo, el deficiente reconocimiento de la labor bien hecha, etc. Como factor adicional, el acosador, sea compañero o superior, no es en sentido estricto empresario, por lo que no arriesga nada económicamente (por absentismo, por ejemplo), trasladándose el perjuicio, desde este punto de vista, a la propia Administración[1].

El texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no ofrece un concepto de acoso laboral ni describe sus elementos caracterizadores, aunque el artículo 14.h) recoge como derecho individual de los empleados públicos el de «*respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral*». Además, entre los "Principios éticos" de los empleados públicos que relaciona el artículo 53, el apartado 4 indica que «*Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*», y conforme a los "Principios de conducta" del artículo 54, apartado primero, «*Tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos*». Por último, el artículo 95.2.o) tipifica como falta disciplinaria muy grave «*El acoso laboral*».

---

1 Un tratamiento más amplio de la cuestión se efectúa por Rodríguez Escanciano, S., "Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia laboral. En especial, las lesiones por mobbing" en Casares Marcos, A.B. (coord.), y Quintana López, T. (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales,* Tiranch lo Blanch, 2013.

El Consejo Consultivo de Castilla y León ha puesto de manifiesto en numerosos dictámenes la existencia de la referida laguna legal, y ha subrayado los medios que proporciona el Derecho para su integración: «*En primer término es preciso especificar qué consideran los tribunales acoso moral en el trabajo. Al no disponer de una definición legal, ha de acudirse a la historia etimológica del neologismo anglosajón mobbing, que primero se acuñó en la biología y luego pasó a la psicología laboral, como creación científica. La traducción castellana del barbarismo es acoso moral, que en el Diccionario panhispánico de dudas se define como "voz inglesa con que se designa el hostigamiento al que, de forma sistemática, se ve sometida una persona en el ámbito laboral y que suele provocarle serios trastornos psicológicos". Los trabajos complementarios de la vigésima tercera edición del Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, definen el acoso moral o psicológico como "práctica ejercida en las relaciones personales, especialmente en el ámbito laboral, consistente en un trato vejatorio y descalificador hacia una persona, con el fin de desestabilizarla psicológicamente*·.

En opinión de la doctrina, la ausencia de regulación específica y de definición legal del acoso moral no ha supuesto la existencia de un vacío de regulación y ha puesto de relieve que, en todo caso, las lagunas legislativas pueden y deben corregirse e integrarse por los instrumentos usuales de interpretación, ora extensiva, ora analógica, ora evolutiva y teleológica, que exige una interpretación de todas las normas y de todos los comportamientos públicos y privados conforme a los principios jurídicos generales y, sobre todo, conforme al principio de efectividad máxima de los derechos fundamentales y libertades públicas (Sentencias del Tribunal Constitucional 98/2000 y 204/2000). Ante esta laguna de regulación legal (...), los Tribunales de Justicia han ido precisando el concepto y delimitando su contorno jurídico. (...)».

Así se han pronunciado, entre otros, los dictámenes núms. 922/2005, de 12 de enero de 2016, 1219/2006, de 25 de enero de 2007, 1074/2008, de 15 de enero de 2009, 516/2014, de 12 de noviembre o 143/2015, de 29 de abril, que efectúan un intento de delimitación del concepto de acoso laboral partiendo del que ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de febrero de 2005, según la cual «*supone la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de ella provocando su autoexclusión*». Junto a ello, se traen a colación las sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia que aportan criterios para la delimitación positiva o negativa del *mobbing*, en particular, se refieren a las siguientes: STSJ de Extremadura 124/2005, de 20 de octubre; STSJ de Navarra, de 18 de mayo de 2001, STSJ de Galicia de 12 de septiembre de 2002; STSJ de Andalucía de 19 de diciembre de 2002; STSJ de Navarra de 23 de diciembre de 2002; STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de enero de 2003; y del Juzgado de lo Social número 2 de Albacete, de 7 de febrero de 2003.

El Dictamen nº 135/2017, de 7 de abril, hace referencia a la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), que define el acoso laboral y su engarce con la protección de derechos fundamentales, describe su tipología y detalla las condiciones necesarias para apreciar su concurrencia, lo que permite diferenciar el acoso laboral de figuras como el "síndrome del quemado", el "*mobbing* subjetivo o falso", o del resultado de un ejercicio inadecuado de las facultades empresariales.

- De este modo, para la **conceptuación del acoso moral en el trabajo**, siguiendo la referida Sentencia, se indica que «*Desde esos dos puntos de vista (médico y jurídico) se define el acoso laboral –mobbing– como aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Según el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo se trata de "quella situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (al menos, una vez por semana) durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo"*».

- Sobre los **derechos cuya protección justifica la reacción frente al *mobbing***, se afirma que «*Se trata de un fenómeno laboral, muy antiguo aunque de reciente actualidad, que es contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/2007 de 9 febrero, que vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el artículo 15 de la Constitución española, y que en el ámbito normativo laboral desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad. Derechos básicos cuya infracción por parte empresarial es calificado como un grave incumplimiento de las obligaciones contractuales*».

- Acerca de sus **modalidades**, y sin perjuicio de otras clasificaciones doctrinales, la Sentencia se refiere principalmente a las que atienden a la intensidad del acoso y a la posición que en la organización ocupan el acosador y acosado, a cuyo efecto refiere que «*Los mecanismos del mobbing admiten pluralidad de formas que van desde –las actitudes más groseras y violentas (bullying) a las técnicas de mayor sutileza (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, críticas, rumores o subestimaciones– y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (mobbing horizontal) como al personal directivo (bossing), el que incluso puede ser sujeto pasivo (mobbing vertical ascendente); aunque sin*

duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder (mobbing vertical descendente)».

- Sobre los **elementos esenciales o necesarios que individualizan el acoso laboral y lo diferencian de otras situaciones**, se indica finalmente que, en todas las variedades de acoso señaladas anteriormente, «*la situación de acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (presión continuada, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y gravedad en la conducta empleada) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado –que no colectivo– del destinatario). Requisitos que han de servir para diferenciar esta figura de otras afines, cual es el "síndrome del quemado" (burn-out, o estrés laboral avanzado que se caracteriza por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional); o el mobbing subjetivo o falso, en los que las percepciones personales del trabajador no se corresponden con los datos –objetivos y subjetivos– que están presentes en el desarrollo de su actividad laboral, en la que faltan los referidos elementos que caracterizan el acoso moral*».

- Además, los citados elementos permiten también establecer la **distinción entre lo que propiamente es acoso u hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio –abusivo o arbitrario– de las facultades empresariales**, «*pues en el primero se lesionan derechos fundamentales de la persona –básicamente su dignidad e integridad moral–, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés –mal entendido– empresarial*».

Esta última distinción entre el *mobbing* y el ejercicio inadecuado del poder de dirección, permite diferenciar a su vez los medios de protección que el Derecho brinda ante una y otra situación, sobre la base del perjuicio causado en uno u otro caso. En este sentido, los dictámenes de este Consejo sobre la cuestión, ya mencionados anteriormente, con cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26 de febrero de 2002, indican que «*(...) los motivos que inducen al empresario a emplear arbitrariamente sus potestades directivas son distintos de los que mueven al sujeto activo del acoso moral a hostigar a la víctima. Y esta diferencia será la que permita distinguir los dos planos diferenciados de protección legal frente a estas conductas. Así, frente al ejercicio arbitrario del poder empresarial, no estando comprometidos otros posibles y distintos derechos fundamentales, cabrán las respuestas que proporciona la legalidad ordinaria, mientras que frente al acoso la respuesta la obtendremos del artículo 15 de la Constitución Española, por constituir, como antes se indicó, un atentado al derecho a la integridad moral.*

Pero también ejercicio arbitrario del poder empresarial y acoso moral se diferencian por el perjuicio causado. En el primer caso pueden verse afectados los

derechos laborales sobre lugar, tiempo, modo y contraprestación por el trabajo; en el segundo su integridad psíquica, su salud mental. Esta diferencia exige por tanto la práctica de medios de prueba distintos y así, quien invoque padecer acoso moral, no basta con que acredite posibles arbitrariedades empresariales ejerciendo su poder directivo, sino que es preciso que demuestre: Que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso o en su caso como sujeto tolerante del mismo era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido. (...)».

Por lo demás, en la tarea de conceptuar el *mobbing* los dictámenes de este Consejo se han ocupado también de destacar las ventajas o beneficios extrajurídicos de la protección frente al acoso laboral, que aparecen vinculados a una gestión más eficiente de los recursos y a la seguridad y salud laboral y que relativizan la diferencia mencionada, por cuanto el *mobbing* determina siempre, en definitiva, un inadecuado ejercicio del poder de dirección, lo que, según se ha expuesto, no ocurre a la inversa. Por todos, el Dictamen nº 51/2008, de 28 de febrero, señala que «*además de unas razones morales o jurídicas, hay unas razones prácticas que justifican la tutela eficaz frente al conflicto laboral que se produce con un mobbing, para dar soluciones a:*

1º.- Un problema de despersonalización en la organización del trabajo. El acoso laboral revela un conflicto socio-laboral consistente en un defectuoso ejercicio del poder. La gestión diaria en busca de complejos objetivos hace que las instituciones aparten de su camino los problemas individuales, tal vez por considerarlos menores, y los abandonen para dirigirse únicamente a la dirección para la que fueron creados, el que no colabora directamente en esa idea tiene el riesgo de ser postergado.

2º.- Unido indisolublemente al anterior, un problema de racionalidad económica en la gestión de los recursos. El acoso moral representa al mismo tiempo una gestión ineficiente de los recursos humanos del servicio.

3º.- Por último, un problema de salud laboral en el ambiente de trabajo, dado que el hostigamiento psicológico se cataloga como un riesgo profesional emergente en las organizaciones de trabajo, calificable como accidente de trabajo. No hay que olvidar que el ordenamiento jurídico tutela un ambiente laboral seguro y, sobre todo, saludable».

II. ¿ES ADECUADA LA UTILIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LOS CASOS DE ACOSO LABORAL?

La acción de responsabilidad patrimonial por *mobbing*, al igual que otras que tienen por objeto el resarcimiento de daños derivados de la actividad profesional, plantea como cuestiones previas generales, las relativas a la legitimación de su ejercicio por parte de los empleados públicos y la del carácter de

su articulación (principal, subsidiario o complementario) con otras acciones de reparación específicas. Junto a ello, cabe preguntarse también, si en el procedimiento de responsabilidad patrimonial puede declararse autónomamente la existencia del acoso.

Sobre las cuestiones generales apuntadas, desde sus primeros dictámenes, el Consejo Consultivo de Castilla y León, siguiendo al Consejo de Estado, ha admitido sin vacilación la condición de «particular» del empleado público y ha sostenido que, como regla general, resulta de aplicación el régimen específico de reparación, sin perjuicio de que en determinadas circunstancias, o de no existir este, haya que recurrir al sistema general de responsabilidad engarzado con el artículo 106 de la Constitución. En tales casos, ha de analizarse la concurrencia de los presupuestos generales de la responsabilidad patrimonial: la producción de una lesión en sentido técnico jurídico, que sea consecuencia de una acción u omisión administrativa, y que esta acción u omisión sea imputable a la Administración.

A las dos cuestiones generales apuntadas se refirió el Dictamen de este Consejo nº 988/2006, de 2 de agosto de 2007. Así, sobre la legitimación activa de los funcionarios indica que «*El artículo 106.2 de la Constitución, anteriormente citado, establece que "los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".*

En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de junio de 1997, ha señalado que "cuando el legislador incorpora el término «particulares», lo está haciendo en el sentido de reputar legitimados, en primer lugar y por lo que respecta al supuesto que enjuiciamos a todos los ciudadanos, contraponiéndolos al Estado como responsable de los daños y perjuicios causados por la actividad administrativa de los distintos órganos de la misma naturaleza incardinados en aquél, sin que en modo alguno quepa excluir de la responsabilidad proclamada, pese a cuanto ha sido afirmado en estos autos, los daños que sufran los funcionarios «en cuanto insertos en la relación funcionarial», o «en el marco de una relación jurídico estatutaria especial», pues, sobre no poderse basar, según decíamos, una tal interpretación ni en el artículo 106 de la Constitución ni en el precitado artículo 40, es de observar además que los que ejercen funciones públicas ciertamente pueden resultar lesionados por el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos, no existiendo razón alguna que autorice su discriminación, lo cual supondría la infracción del principio constitucional de la igualdad, para negarle derechos reconocidos a todos los administrados"».

Sin perjuicio de ello, sobre la articulación de la vía de la responsabilidad patrimonial con otras específicas de reparación, el mismo Dictamen señala que «*En el caso de los funcionarios, éstos se encuentran ligados a la Administración por una relación de servicios calificada de estatutaria, esto es, definida legal y reglamentariamente, y la reparación de los daños y perjuicios que surjan en el*

marco de esa relación de servicios debe producirse primariamente por aplicación del ordenamiento que regula o disciplina esa relación. Sólo podrán ser reparados los daños sufridos por los funcionarios públicos con fundamento en el instituto de la responsabilidad patrimonial, regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando no exista una regulación específica o cuando, existiendo ésta, su aplicación no repare íntegramente los daños causados. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en el Dictamen 3832/2000, de 1 de diciembre de 2001, afirmando que "las indemnizaciones en el seno de las relaciones específicas –como es la funcionarial– se definen y sustancian dentro de esta relación, y con el régimen propio del contenido de ésta"».

El Consejo Consultivo también ha apelado al principio de indemnidad como fundamento del resarcimiento de los daños derivados de la actividad profesional, cuando se carece de una vía específica para obtenerlo. Así, el Dictamen del Consejo Consultivo nº 906/2009, de 1 de octubre, refiere que «*(...) es un principio de la legislación de funcionarios que los servidores públicos deben quedar indemnes en el ejercicio de sus funciones, tal y como ya señalaba el artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, de carácter básico. (...).*

El artículo 28 de la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público dispone que "Los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio", y consagra un principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar en su propio patrimonio un daño generado en el seno de la relación específica funcionarial, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte.

El artículo 2 del Decreto 252/1993, de 21 de octubre, prevé los supuestos tasados en los que se indemniza al personal al servicio de la Administración por razón del servicio, entre los que no incluye ningún supuesto siquiera análogo al que ahora se analiza, por lo que habrá que acudir al instituto de la responsabilidad patrimonial cuando, fuera de dichos supuestos, se pretenda satisfacer una pretensión de indemnización de algún perjuicio. (...)».

Finalmente y en lo que específicamente se refiere a la acción de responsabilidad por *mobbing*, se plantea además el problema del alcance de la acción. En este sentido, cabe traer a colación la doctrina del Consejo de Estado según la cual el procedimiento de responsabilidad patrimonial no es instrumento adecuado para constatar y declarar, de forma autónoma, la existencia de un ilícito administrativo constitutivo del acoso. A tal efecto, ha entendido que todas las cuestiones relativas a la prueba fáctica del acoso y a su calificación jurídica encuentran su vía adecuada a través de procedimientos disciplinarios en los que se analice la eventual actuación acosadora de cargos o funcionarios públicos, o bien de procedimientos de impugnación de actos o decisiones que se entiendan

acreditadores y reveladores de una situación de acoso (Dictamen del Consejo de Estado nº 746/2011, de 7 de julio).

Según su Dictamen nº 924/2013, de 18 de diciembre «*El Consejo de Estado ha señalado que existen distintos cauces específicos para prevenir, comprobar y reprender el acoso laboral en el seno de la Administración (p. ej., dictamen 1.342/2012). El acoso laboral, en cuanto conducta ilícita de los empleados y servidores públicos, está contemplado en el régimen disciplinario regulado en el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (que tipifica en su artículo 95.2 el acoso laboral como falta disciplinaria muy grave), y desarrollado en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero. Asimismo cabe mencionar la resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado.*

Por otra parte, el artículo 173 del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, prevé una pena de seis meses a dos años de prisión para el delito de acoso laboral en el seno de una relación laboral o funcionarial.

Por tanto, (...) no es procedente que a través de un expediente de responsabilidad patrimonial se declare la existencia de una supuesta conducta de acoso laboral, pues ello supondría afirmar la existencia de una conducta infractora por parte del autor, sin observar los derechos y garantías que el procedimiento disciplinario articula. En consecuencia, tampoco puede reconocerse una indemnización por el supuesto perjuicio causado por tal conducta ilícita cuando su existencia no ha sido formalmente declarada».

Como se apreciará posteriormente a la vista los asuntos dictaminados por el Consejo Consultivo de Castilla y León, aún sin efectuarse en ellos una declaración expresa al respecto, se atisba un acercamiento a esta posición, puesto que, para tener por acreditado el *mobbing* se atiende principalmente el eventual resultado de los procedimientos o acciones emprendidas por el interesado para poner fin a la situación de acoso denunciada. En la referencia más explícita, el Dictamen nº 811/2013, de 4 de diciembre, señala que «*no resulta suficientemente acreditada en este proceso la existencia de hostigamiento o acoso, más propio de dirimirse en un procedimiento distinto al presente de la responsabilidad patrimonial, y una vez obtenida tal declaración, o bien simultáneamente, reclamar la indemnización pertinente*».

III. PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN.

Uno de los elementos característicos del acoso laboral es el temporal o de habitualidad, de modo que la conducta hostil debe ser sistemática y reiterada en el

tiempo; «*dicho de otro modo, aunque los hechos sean leves aisladamente considerados, adquieren gravedad precisamente con la reiteración, excluyéndose por ello los hechos esporádicos. De ahí que (...) adquiera singular relevancia la teoría de la actio nata ya que la ilegitimidad del daño –y de los hechos que lo originan– sólo puede comprobarse tras dicha reiteración en el tiempo*» (STSJCL 14 de noviembre de 2014). De acuerdo con la STS de 12 de noviembre de 2007 «*es de aplicación el principio general de la «actio nata», que significa que el cómputo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad*».

Los dictámenes emitidos por este Consejo en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por *mobbing* así lo han entendido, calificando el daño de continuado. Como refiere, por todos, el Dictamen nº 356/2008, de 20 de mayo, «*El artículo 142.5 de la referida ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que "En todo caso el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas" (...). En el presente caso, la reclamación se presenta el día 13 de septiembre de 2006, teniendo por objeto una situación de acoso y hostigamiento al que la reclamante considera que ha estado sometida en su prestación de servicios como interina en la Administración Sanitaria de Castilla y León, desde que ingresó en agosto de 1994 hasta el cese de funciones de 2006. Se trata de un supuesto de daños continuados, que son aquellos que, partiendo de la unidad del acto, se producen día a día de manera prolongada y sin solución de continuidad. En estos casos, el plazo para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial empieza a computarse cuando cesan los efectos lesivos o dañosos, por lo que se debe considerar la acción de la reclamante no ha prescrito*».

En el mismo sentido, el Dictamen nº 143/2015, de 29 de abril, se refiere expresamente como *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción, a la fecha de reincorporación al trabajo. Señala al respecto que «*La interesada ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues interpone la reclamación el 22 de septiembre de 2014 y la fecha de reincorporación al trabajo después de la baja laboral es el 14 de agosto de 2014. Se toma dicha fecha a efectos del cómputo del plazo pues el daño sufrido, que considera acoso laboral, tuvo lugar mientras la reclamante desempeñaba su puesto de trabajo como auxiliar administrativo en la Consejería de Educación, situación que finaliza al tomar posesión en su nuevo puesto de trabajo en la Gerencia de Servicios Sociales el 14 de agosto de 2014*».

Por último, cabe citar el Dictamen nº 438/2014, de 7 de octubre, que no aprecia la prescripción de la acción que invoca la Administración, al considerar que aquella se ha interrumpido por la actuación del interesado. «*Así las cosas, en el supuesto planteado y, frente a lo que mantiene la propuesta de resolución, aunque la situación de acoso laboral finalizó el 30 de septiembre de 2006 con el cese de la*

Directora del Departamento en cuestión, los distintos procedimientos judiciales incoados por la interesada tanto ante la jurisdicción social, en virtud de demanda de 5 de junio de 2006 encaminada a obtener la calificación del período de I.T como accidente de trabajo, en vez de enfermedad común, resuelta por Sentencias de instancia y de apelación de 6 de febrero y 4 de julio de 2007, respectivamente, como ante la jurisdicción contencioso-administrativa con el objeto de que se declarase la existencia de acoso y la responsabilidad por la inactividad administrativa ante él, a través del Procedimiento Ordinario nº 5/2006, incoado el 4 de enero de 2006 y resuelto por Sentencias de 25 de septiembre de 2012, la de instancia, y de 28 de marzo de 2014, la de apelación, impiden apreciar la existencia de prescripción de la acción. A ello se suman los numerosos escritos presentados por la interesada a los efectos de interrumpir la prescripción, detallados en el antecedente segundo del dictamen, que en nada revelan un abandono de la acción.

Conforme a la doctrina anteriormente expuesta, las actuaciones judiciales referidas interrumpen la prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, de tal manera que, una vez concluidas las actuaciones judiciales, comienza a computarse de nuevo entero el plazo de un año previsto al efecto. Por ello, concluidas aquéllas con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de marzo de 2014, la reclamación presentada el 16 de mayo de 2014 debe considerarse presentada en plazo, por lo que no cabe apreciar la excepción de prescripción sino entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada».

IV. PRUEBA DE LA SITUACIÓN DE ACOSO LABORAL.

Los procedimientos de responsabilidad patrimonial por *mobbing* no presentan particularidad en torno a la **carga de la prueba** que, conforme a la regla general en este tipo de procedimientos, pesa sobre la parte reclamante, de acuerdo con los viejos aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit y onus probandi incumbit actori*, y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Administración, por su parte, deberá probar los hechos que, en su caso, desvirtúen los alegados. Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

Los dictámenes emitidos en estos procedimientos de responsabilidad patrimonial se hacen eco de la **dificultad probatoria del acoso moral en el trabajo** ante la cual, señalan, que «*ha de ponerse en relación la facilidad probatoria de las partes con la finalidad de la prueba, que no es obtener un elemento de certeza –lo que casi nunca es posible–, sino de convicción. De ahí la admisibilidad de la prueba indiciaria y la regla general de su libre valoración por el órgano a quien competa decidir*».

La falta de precisión legal de los contornos del concepto del acoso laboral, la posible confusión de este con el inadecuado uso del poder directivo o el margen subjetivo que puede presentarse en su apreciación, son algunas de las circunstancias que dificultan la prueba del acoso laboral. A esta dificultad se refirió, por todos, el Dictamen nº 1.074/2008, de 15 de enero de 2009, en el que se puso de manifiesto la necesidad de objetivar la situación de acoso para su identificación, sin perjuicio de los efectos que eventualmente pueden derivarse de la consideración del plano subjetivo de cara al resarcimiento por la lesión sufrida. Señala en este sentido que «*la acreditación del acoso es muy problemática, no sólo por la mencionada diferenciación con el mero ejercicio abusivo de las potestades directivas, sino fundamentalmente por la dificultad en la práctica de valorar las intenciones de unos (los agresores) y las percepciones reactivas de otros (las víctimas), dado que un cúmulo de equívocos pueden llevar en el complejo entorno laboral a sentirse perseguido o perseguidor sin justificación objetiva. Teniendo en cuenta lo anterior, y más tratándose de una responsabilidad patrimonial de la Administración, hay que tener en cuenta para su diagnóstico y tratamiento los tipos identificados donde estas conductas son relevantes, que deben responder a parámetros objetivables, notorios y reprobables socialmente (el llamado estándar objetivo de acoso moral), aunque no carecerán completamente de relevancia jurídica los aspectos subjetivos (estándar subjetivo de acoso, como la especial sensibilidad personal del empleado con respecto a algún tema). Pero esta relevancia del aspecto subjetivo no debe proyectarse en la concreción del acoso, sino más bien en la fijación de las consecuencias jurídicas (por ejemplo, la determinación de la cuantía indemnizatoria)*».

Esta tarea puede verse facilitada acudiendo a los protocolos de actuación frente al acoso laboral, que se han aprobado en los últimos años por un buen número de entidades u organismos públicos, en los que, en un intento loable de superar la abstracción de las definiciones del acoso, se describen conductas objetivables a los fines de probar el requisito de ataque a la víctima que, junto a los de reiteración en el tiempo y tendenciosidad de la conducta, se han de acreditar para apreciar el acoso laboral.

Entre ellos, cabe destacar el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado publicado por Resolución de la Secretaría de Estado para la Función pública de 5 de mayo de 2011[2], en cuyo Anexo II se efectúa con tal propósito una delimitación positiva y negativa de comportamientos que son o no constitutivos de acoso.

De este modo, como conductas constitutivas de acoso laboral incluye las que siguen:

«*1. Dejar al trabajador de forma continuada sin ocupación efectiva, o incomunicado, sin causa alguna que lo justifique.*

2 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-9529

2. Dictar órdenes de imposible cumplimiento con los medios que al trabajador se le asignan.

3. Ocupación en tareas inútiles o que no tienen valor productivo.

4. Acciones de represalia frente a trabajadores que han planteado quejas, denuncias o demandas frente a la organización, o frente a los que han colaborado con los reclamantes.

5. Insultar o menospreciar repetidamente a un trabajador.

6. Reprenderlo reiteradamente delante de otras personas.

7. Difundir rumores falsos sobre su trabajo o vida privada».

Por el contrario, entre las conductas que no son acoso laboral, sin perjuicio de que puedan ser constitutivas de otras infracciones, relaciona las siguientes:

«*1. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo sin causa y sin seguir el procedimiento legalmente establecido.*

2. Presiones para aumentar la jornada o realizar determinados trabajos.

3. Conductas despóticas dirigidas indiscriminadamente a varios trabajadores.

4. Conflictos durante las huelgas, protestas, etc.

5. Ofensas puntuales y sucesivas dirigidas por varios sujetos sin coordinación entre ellos.

6. Amonestaciones sin descalificar por no realizar bien el trabajo.

7. Conflictos personales y sindicales».

Por otra parte, en lo que se refiere a los **medios de prueba**, en distintas ocasiones se ha planteado la virtualidad probatoria de los informes médicos o de los partes de baja por depresión o ansiedad que, basados generalmente en la manifestación del interesado, pueden ser un instrumento adecuado para acreditar la existencia del daño pero no son suficientes para probar el nexo causal entre este y el funcionamiento del servicio. A ello se refieren los dictámenes 922/2005 o 132/2010, ya citados, al indicar que «*El concepto jurídico del acoso moral es muchísimo más restringido que el concepto médico, psicológico y psiquiátrico. Esta consideración es importante a la hora de apreciar y valorar la secuencia de actos que pudiesen ser constitutivos del acoso moral. Por ello, tampoco se puede llegar a la conclusión de que existe acoso moral en el trabajo teniendo en cuenta únicamente los informes*

médicos y partes de baja obrantes en el expediente, puesto que lo que se manifiesta en los informes médicos aportados y en los demás a los que se remite, no es sino una referencia a lo que expone el propio trabajador de que el trastorno depresivo sufrido se lo ha producido el trabajo o problemas o situaciones ocurridas con ocasión del mismo. De tal modo que siendo ello sin duda posible y, por tanto, habiendo podido obtener esa convicción, sin embargo, como conclusión del total acervo probatorio, solamente de esos medios de prueba no cabe concluir, con la evidencia necesaria, que el estrés laboral sea el origen de su situación de trastorno depresivo-adaptativo, y, mucho menos, que ello sea producto de un hostigamiento en el trabajo. Que, indudablemente, a ese nivel médico pericial, solamente es posible poder concluirlo a instancia de las manifestaciones al respecto que se realicen por el propio afectado, sin posibilidad, por tanto, de una certificación objetiva».

En todo caso, hay que tener en cuenta que no es requisito esencial del *mobbing* que concurran daños concretos en la persona acosada, tales como estrés, depresión, ansiedad, etc., aunque su existencia pudiera agravar la responsabilidad puesto que probablemente aparecen en los casos más avanzados o severos. A ello se refiere la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha nº 848/2012 de 16 julio, que se cita en el Dictamen nº 843/2012, de 27 de diciembre, según la cual «*Este acoso, cuando existe, puede ser causa de ansiedad, estrés, depresión y otras alteraciones en el trabajador, pero ni toda ansiedad, estrés, depresión o cualquier otra alteración sicológica o siquiátrica del trabajador deriva del mobbing, ni todo mobbing causa estos efectos morbosos en el trabajador. De lo que se deduce que probado un trastorno de ansiedad o la existencia de una depresión en el trabajador mediante una prueba adecuada como es un informe médico no por ello queda acreditada la existencia de mobbing*».

Esta Sentencia también se refiere a determinados medios de prueba que considera adecuados para acreditar las conductas constitutivas de acoso laboral «*En definitiva lo que venimos en llamar mobbing es un conjunto de conductas, de hechos. La existencia de estos hechos o conductas, su concreto contenido, sus circunstancias y su autor ha de ser acreditada mediante prueba adecuada capaz de dar razón de la existencia, bien de cada uno de los hechos concretos que por su naturaleza, finalidad podemos incluir en el concepto de mobbing o bien en términos generales de una serie de conductas o comportamientos que sufre el trabajador y que por su habitualidad y reiteración puedan ser referidas con carácter general y este conocimiento de los hechos tan solo puede adquirirse de quien los presenció o conoció estos hechos o partiendo de los vestigios materiales que dejan las acciones de los hombres (instrucciones escritas, advertencias, sanciones etc.) y que son manifestación concluyente de su existencia*».

V. INDEMNIZACIÓN POR ACOSO LABORAL.

La indemnización procedente para el resarcimiento de los daños ocasionados por *mobbing* ha de partir de la distinción entre el daño psíquico, como

daño a la salud mental del trabajador, de los daños morales entendidos como sufrimiento emocional, intelectual o espiritual que siempre existirán, en mayor o menor medida, en una situación de acoso laboral con un enfoque centrado en el daño a la dignidad o integridad moral del trabajador. «*Si no fuera así, la punición de este tipo de conductas se convertiría en algo dependiente de la mente y de la subjetividad del trabajador y, en el orden procesal, dependería exclusivamente de la prueba pericial médica; y si se acepta que el daño psíquico es un elemento consustancial al acoso, quedarían impunes conductas gravísimas de hostigamiento moral (todas aquellas que no han logrado doblegar psicológicamente al acosado que ha estado soportando la situación hasta el último momento)*»[3].

De este modo, los eventuales daños a la salud originados por el acoso, bien sean por incapacidad temporal o por secuelas, podrán ser resarcidos conforme al baremo de la normativa de seguros obligatorios, de acuerdo con el reconocimiento legal expreso que, consagrando una práctica extendida, efectúa ahora el artículo 34.2 de la Ley 40/2015, de 30 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)[4], baremo que además ofrece la ventaja práctica de la integración del daño moral y el material. A este respecto, tras la modificación del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, el daño moral se encuadra en el ámbito del perjuicio personal particular y se individualiza en atención a las condiciones de la víctima (artículos 105 y ss.). A su vez, al tratar del principio de indemnidad, el nuevo artículo 33.3 hace referencia al daño moral y ofrece algunas pautas, aunque muy genéricas para su determinación «*El principio de la reparación íntegra rige no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad*».

Ahora bien, aún en el supuesto de no concurrir daños a la salud ello no impediría el resarcimiento del daño moral (*pretium doloris*) producido. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de abril de 2016, señala que «*La utilización de las reglas del Baremo como criterios orientadores, es decir, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circulación (de un vehículo de motor), no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal*».

---

3 En este sentido, Carbonell Vayá, E., Gimeno Navarro, M.A., Mejías García, A., *El acoso laboral antes llamado mobbing. Un enfoque integrador de los aspectos pericial, psicológico, preventivo y jurídico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

4 Según el artículo 34.2 LRJSP «*(...) En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social*».

La indemnización del daño moral se encuentra con la problemática procesal derivada de la acreditación tanto de su existencia como de su valoración. El Consejo Consultivo de Castilla y León ha afirmado reiteradamente que «*En cuanto a los daños morales, la jurisprudencia viene exigiendo que cuando concurran y se soliciten, deben valorarse de forma suficientemente motivada y justificada, sobre la base de las pruebas en las que se funde la existencia misma del daño moral y, aunque la existencia del daño moral pueda no admitir o exigir prueba, sí lo admiten y debe exigirse la prueba de los hechos y circunstancias en que se basa la existencia del daño moral. En este sentido cabe citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002 y de 16 de enero de 2003*» (Entre otros, Dictamen 438/2014).

El Dictamen nº 421/2005, de 19 de mayo, señala al respecto que «*(...) es cierto que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como el Consejo de Estado moderan la exigencia de prueba cuando se trata de daños morales, pero ello no puede traducirse en que la mera afirmación de su existencia por parte de las reclamantes implique su automática aceptación (...) dentro del daño moral será justamente la víctima quien acredite, o por lo menos exponga o exteriorice, la realidad de todos estos conceptos que han integrado el instituto: el sufrimiento, el dolor, la zozobra, la inquietud, la desazón, la ruptura de lazos afectivos, la soledad, la orfandad. Se trataría de ubicar estas sensaciones dotadas de un intimismo indiscutible, de la suficiente cobertura jurídica para, incluso, con apoyo en una especie de estadística sociológica, poder cimentar su integración tangible en la responsabilidad de este vaporoso y discutible daño*».

Los problemas de su cuantificación aparecen ligados a la falta de criterios legales de valoración del perjuicio por daño moral y a su carácter extrapatrimonial, que tampoco propicia la valoración fundada en criterios de cuantificación objetivos. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 «*el daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso*».

Así, para llegar a fijar una compensación por el sufrimiento que el daño por acoso laboral resarce debe valorarse la situación creada, ya que cada caso de daño moral está rodeado de numerosas circunstancias particulares que hacen de tal situación un hecho único e irrepetible. Ello hace ciertamente difícil realizar un análisis comparado entre casos distintos, e incluso por un mismo hecho, pues este puede ocasionar daños morales diversos según la persona a la que afecte.

De este modo, en la ponderación de la realidad fáctica podrán considerarse circunstancias tales como la gravedad y extensión de la lesión, que pueden ser medidas por la intensidad y duración de los padecimientos experimentados, las circunstancias personales, sociales y laborales del perjudicado, u otras que justifiquen el margen de discrecionalidad empleado en el delicado desafío de cuantificar estos daños personales.

VI. SUPUESTOS DICTAMINADOS.

Los supuestos de responsabilidad patrimonial por *mobbing* que ha tenido ocasión de dictaminar el Consejo Consultivo de Castilla y León no han sido numerosos. En todos ellos se pone de manifiesto la dificultad que entraña la apreciación del acoso por los motivos ya expresados: ausencia de definición legal, dificultad de prueba del daño, confusión de posiciones acosador-acosado, etc., de modo que, frente a los datos estadísticos que manifiestan la tendencia al incremento de las conductas constitutivas de acoso laboral, favorecida además por las peculiaridades organizativas que presenta la Administración Pública, ello no parece encontrar reflejo ni en el número de reclamaciones formuladas ni en el porcentaje de su estimación, pues solo una lo fue de las dieciséis dictaminadas. De todas ellas pasa a hacerse una referencia sucinta.

En el asunto analizado en el **Dictamen 228/2004** primero de los emitidos sobre esta cuestión, la reclamante alega que las condiciones interpersonales del entorno laboral en el Área de un Departamento de la Universidad, fueron las desencadenantes de los episodios depresivos que motivaron su jubilación por incapacidad, para cuya acreditación aportaba informe psiquiátrico e informe psicológico pericial que refiere el padecimiento de síndrome de estrés por maltrato sistemático y prolongado en el trabajo durante más de 10 años. Para fundar la desestimación por falta de acreditación de la relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público, el dictamen valora el informe del Equipo de Valoración de Incapacidades adscrito al INSS, que no permite establecer aquella, subrayando la imparcialidad y objetividad de la que goza frente a los informes de parte; la testifical practicada, tanto a propuesta del instructor como a instancia de la reclamante; y las resoluciones de archivo, dictadas en instancia y apelación, de la querella que esta interpuso contra dos compañeros, en las que se hace constar que «*no se atisba ni la relación de causalidad entre los posibles padecimientos psicológicos o psiquiátricos de la querellante y los hechos relatados*» y que «*viene a inferirse en los querellados un actuar y comportamiento opuesto a la animosidad e intencionalidad que alega el querellante*».

El **Dictamen 922/2005** también llega a una solución desestimatoria. El reclamante alega que durante tres cursos escolares se ha enfrentado a una constante conducta intimidatoria, hostil y humillante por parte del director del Centro educativo, con la connivencia de algunos compañeros, lo que le ha ocasionado daño grave a su salud y posterior baja laboral. Además de hechos puntuales, funda la situación de acoso principalmente en la adjudicación de un grupo inferior al que por su categoría funcionarial y experiencia le correspondería; en la exclusión de un Tribunal de Proyectos; y en el intento de no designación como jefe de su Departamento. Las dos primeras se descartan a través del informe de la Inspección de Educación que considera que los módulos que el reclamante impartió eran acordes con su especialidad y categoría funcionarial y que, como Jefe de Departamento, pudo elegir el grupo asignado; además, el que no fuera nombrado vocal del Tribunal de Proyectos lo fue en garantía de la imparcialidad de sus

miembros puesto que, a tenor del informe del Director, se presentaban alumnos tutelados por el reclamante. Por último, se acredita en el expediente que su nombramiento como Jefe de Departamento se efectuó conforme a las instrucciones administrativas y que permaneció en dicho puesto durante todos los cursos escolares a los que se contrae la reclamación.

El **Dictamen 1219/2006** analiza igualmente un supuesto de *mobbing* en el ámbito de un centro educativo. En este caso, el dictamen toma en consideración para desestimar la reclamación el fallo de la sentencia dictada en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, que desestimó la demanda deducida por la reclamante al entender que no se había producido vulneración alguna, por el presunto acoso moral invocado por la reclamante, de los derechos fundamentales a su integridad física y moral y a no ser sometida a tratos degradantes, ni a su derecho al honor y a la propia imagen, ni a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ni a la libertad de cátedra, ni a la obtención de la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, ni a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos. Este dictamen se relaciona, no obstante, con el **Dictamen 385/2013, de 2 de octubre,** en el que se estima parcialmente la reclamación presentada por la misma interesada por daños derivados del ejercicio de su actividad profesional, en el que se le reconoce, entre otros conceptos, una indemnización por el daño moral causado por no haber sido nombrada Jefe de Departamento, a lo que tenía derecho, y por las sucesivas comisiones de servicio que le fueron impuestas irregularmente desde el curso 2006/2007 hasta el curso 2011/2012.

El **Dictamen 51/2008** se pronuncia sobre una reclamación frente a la Administración Autonómica en la que se liga la existencia de *mobbing* a la asignación al interesado de trabajos impropios de su titulación y categoría de arquitecto técnico, como consecuencia de una denuncia que realizó por presuntas irregularidades en la elaboración de un proyecto de obras. En este supuesto, se dictaminó a favor de desestimar la pretensión indemnizatoria por no haber probado el reclamante la premisa en la que basaba su pretensión ni haber demostrado la existencia de las conductas constitutivas de acoso moral en el centro de trabajo imputadas a sus compañeros y superiores jerárquicos.

El **Dictamen 356/2008** se refiere a un expediente en el que la interesada también afirma la existencia de acoso laboral a raíz de las denuncias que efectuó por el deficiente funcionamiento de la unidad sanitaria autonómica en la que desempeñó un puesto interinamente durante doce años. En este caso, además de descartar que las conductas descritas revelen una actitud de acoso, en el dictamen se valora la trascendencia de los informes médicos y de la resolución de reconocimiento de grado de discapacidad, en el porcentaje correspondiente a trastorno de ansiedad, que no se consideran como prueba acreditativa del nexo causal, ya que en ellos se determinan las patologías médicas que puedan afectar a la trabajadora recurrente pero no pueden concluir ni determinar sobre la existencia del *mobbing*, que no es ni enfermedad ni patología física y psíquica.

En el **Dictamen 1074/2008** se analiza una reclamación de acoso laboral que pone de manifiesto la situación de conflicto existente en un servicio periférico de la Administración Autonómica, en la que se producen cruces recíprocos de acusaciones entre el reclamante y el jefe del servicio, que motivaron la intervención previa de otras instancias, la Inspección de Servicios y el Procurador del Común de Castilla y León. Se propuso la desestimación de la reclamación por falta de prueba ante la absoluta contradicción de las versiones de los funcionarios implicados en la controversia, que producían una confusión de las posiciones acosado-acosador, y se valoraron también los antecedentes disciplinarios del reclamante.

El **Dictamen 132/2010** versa sobre expediente que también se refiere a un conjunto de episodios que evidencian la mala relación existente entre el reclamante y la dirección del hospital autonómico en el que prestó servicios como médico interino durante diez años. Según el dictamen, existieron discrepancias que no fueron impugnadas expresamente, como la privación de los complementos de productividad de algunos años (además de que la decisión sobre su distribución no corresponde a la Dirección sino a una Comisión Mixta con participación sindical); y otras, como el conflicto por el disfrute de un día de permiso o una modificación de las vacaciones, que el informe del superior jerárquico justifica en necesidades del servicio. En cuanto al local en el que desempeña su labor en el hospital, que es planta baja y no sótano como se alega, se toma en consideración que el Centro estaba en obras y que su localización era provisional. Por último, el reclamante sitúa en el cese en su puesto la culminación del proceso de acoso moral al que fue sometido, pero las sentencias recaídas en el recurso contencioso-administrativo deducido al efecto no aprecian la infracción de derechos fundamentales que alegó.

En el expediente sobre el que recae el **Dictamen 1108/2011** se alega acoso por haberse incoado procedimiento disciplinario por falta grave y muy grave a la reclamante, cuya resolución se demoró injustificadamente y solo impuso sanción por falta leve; así como por traslado y adscripción provisional a puesto en distinta localidad sin convocatoria de concurso durante más de seis años. En este caso, la reclamante no recurrió la sanción impuesta; el traslado, si bien fue anulado judicialmente, solo lo fue a localidad situada a un kilómetro de su puesto anterior y en distintas resoluciones judiciales sobre recursos contencioso-administrativos promovidos por la reclamante se negó expresamente la existencia del *mobbing*.

El **Dictamen 843/2012** examina la situación de acoso alegada por una funcionaria municipal a raíz de una modificación unilateral de su horario de trabajo, que fue anulada por sentencia declarativa de vía de hecho. Tras justificar que la anulación no generaba por si misma derecho a indemnización conforme al artículo 142.4 de la Ley 30/1992, el dictamen no aprecia que haya existido una situación de hostigamiento o acoso laboral, sino una conflictiva relación profesional y personal, entre la reclamante y el coordinador del Ayuntamiento.

El **Dictamen 291/2013** no considera que exista conducta de hostigamiento o animadversión hacia la reclamante sino situaciones litigiosas en torno a cuestiones

tales como la plaza que se le oferta tras un período de excedencia, el reconocimiento de antigüedad, disfrute de vacaciones, horas extraordinarias, denegación de asistencia judicial y de traslado, las cuales en su mayoría se resolvieron en sede judicial, unas veces a favor de la reclamante y otras de la Administración; algunas no afectaban exclusivamente a la interesada sino a cualquier trabajador del centro de trabajo en su misma situación; y otras decisiones no se adoptaron en su centro de trabajo ni en su entorno laboral sino por los servicios centrales autonómicos.

Los **dictámenes 545/2013 y 811/2013** tampoco aprecian la existencia de acoso laboral por la anulación judicial de sanción impuesta a funcionarios del servicio de incendios municipal y de la policía local, respectivamente, ni se considera probado, en el primer caso, que las secuelas que originaron la incapacidad laboral permanente del empleado se debieran al acoso denunciado por ello.

El **Dictamen 438/2014** es el único que aprecia responsabilidad administrativa por *mobbing.* La existencia de la relación causal entre la actividad administrativa y el resultado dañoso fue declarada en los procesos judiciales incoados por la interesada a tal fin. El fallo de la Sentencia declara que la interesada sufrió acoso moral por parte del director de su Departamento, actitud que fue consentida por parte de la Universidad, con incumplimiento de los deberes laborales de protección de la salud de sus trabajadores, por lo que fue condenada a adoptar las medidas necesarias para el cese de la situación de acoso.

Para la indemnización del daño moral causado por la inactividad administrativa para poner fin al acoso laboral, el Consejo consideró razonable la indemnización de 15.000 euros propuesta por la Administración, que valoraba el daño tomando en consideración el período al que se extendió (los 3 años durante los que la reclamante dependió jerárquicamente del director del Departamento), con análisis de la solución judicial adoptada en casos semejantes, en los que se optaba por cifras similares a la indicada.

En la cuestión objeto del **Dictamen 516/2014** la reclamante describe una serie de actuaciones que considera subsumibles en la figura de acoso moral, tales como el haberle solicitado justificación para “moscosos” y deberes inexcusables de carácter personal; trato discriminatorio en los permisos; hacerle pasar frío mediante la colocación en una situación de paso en la puerta; falta de firma de permisos; difusión entre sus compañeros de su falta de diligencia; poner a todos los compañeros en su contra; no dirigirle la palabra, etc. La Administración Autonómica alega por el contrario que no existió trato vejatorio, que nunca exigió justificación en los referidos permisos; que solo denegó puntualmente un “moscoso” por necesidades del servicio; que el informe del Servicio de Prevención descarta anomalías en la temperatura en el puesto de trabajo; que la condena judicial a la Administración a concretar la Sección a la que correspondía su puesto no presupone indemnización, ya que la decisión administrativa anulada, en la medida en que la RPT identificaba su plaza como “no singularizada” o no adscrita a unidad concreta, fue adoptada por la Administración en una interpretación de las normas

organizativas que no revela un trato ni un ánimo discriminatorio. La valoración de estas circunstancias junto a la de que, en ulterior concurso, la reclamante solicitó y obtuvo de nuevo plaza en el mismo centro de trabajo, en el que continuaba, llevaron al Consejo a considerar que no quedaban acreditados los hechos constitutivos del acoso moral.

En el caso al que se refiere el **Dictamen nº 143/2015** la reclamante alega infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, pues describe una serie de actuaciones que considera subsumibles en la figura de acoso moral y que se encaminan a hacerla abandonar su puesto de trabajo de auxiliar de una Consejería (haberle desprovisto de las funciones que venía realizando con anterioridad a la baja laboral; tener poco trabajo; trato distante de sus antiguos compañeros, etc.). La Administración, por el contrario llega a una solución desestimatoria, apreciada también por el Consejo, al entender que las tareas que realiza la interesada son las propias del Cuerpo al que pertenece y que la distribución del trabajo lo fue en función de la organización de la Sección, sin que de ello procediera deducir animadversión ya que, además, ante las quejas de la reclamante, la Administración trató en múltiples ocasiones de variar las funciones para intentar que mejorara su situación y ofreció varias soluciones a la trabajadora al considerar que el problema no se derivaba de su puesto de trabajo, sino del entorno laboral, que podía haber variado si hubiera desempeñado su puesto en la unidad administrativa a la que realmente pertenecía, opción que no fue aceptada por la interesada.

Por último, el **Dictamen 135/2017** no aprecia la responsabilidad administrativa por el acoso alegado por el reclamante, profesor de un instituto de educación secundaria, porque le fuera asignada la impartición de una materia que, si bien no era su especialidad, era afín a ella, situación que encontraba amparo en la norma aplicable y en el horario firmado por el interesado, que no fue objeto de impugnación, Además, para la constatación de la campaña de descrédito y aislamiento por parte del resto de los docentes y de la Dirección del Centro, de los que el reclamante solicitó, sin obtenerlos, apoyo y soluciones ante el hostigamiento al que le sometían los alumnos, la Inspección Educativa mantuvo entrevistas individuales con miembros del equipo directivo, el coordinador de convivencia, tres jefes de departamento, seis profesores, un conserje y la ayudante técnico educativo del IES, de las que concluyó la inexistencia de indicios de acoso. A su vista, se dictó resolución denegando la activación del Protocolo de Acoso solicitada por el interesado, que tampoco fue objeto de impugnación. A su vez, los informes médicos del expediente revelaban progresión de la enfermedad alegada y la existencia de problemas similares, que originaron situaciones anteriores de incapacidad temporal del interesado, en distintos puestos ocupados por el reclamante en otras provincias.

CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

La responsabilidad patrimonial como consecuencia de situaciones de acoso en la Asministración Pública

Agustín Iriondo Colubi
Letrado del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

Sumario:

I. PLANTEAMIENTO Y CONCEPTO.
II. IDONEIDAD DEL CAUCE: NO LO ES PARA CONSTATAR LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO ADMINISTRATIVO.
III. PLAZO PARA RECLAMAR Y PRINCIPIO *PRO ACTIONE*.
IV. LA PRUEBA DE LA EFECTIVIDAD DEL DAÑO.
V. NEXO CAUSAL: REALIDAD DEL ACOSO Y DE LA PASIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.
VI. REFERENCIA AL ACOSO ESCOLAR.

I. PLANTEAMIENTO Y CONCEPTO.

El Consejo Consultivo del Principado de Asturias mantiene una doctrina uniforme en relación con los procedimientos de responsabilidad patrimonial por daños derivados de situaciones de acoso laboral, planteados por empleados públicos que atribuyen actos constitutivos de mobbing a otros compañeros o autoridades.

Ante todo, en el examen de la responsabilidad por estos daños, resulta obligado acudir –y así se reitera en la doctrina de este Consejo, por todos (Dictamen núm. 158/2016)– al concepto de acoso laboral o mobbing forjado por la jurisprudencia, precisamente a propósito de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, y que se refiere como «*aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo*» (Sentencia de 16 de febrero de

2011 –ECLI:ES:TS:2011:596–, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Reparamos en que, de conformidad con la sentencia citada, esas «*actitudes de hostigamiento (...) conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido*». En nuestra doctrina consultiva, la concurrencia de estos elementos se estima determinante a la hora de corroborar la existencia de mobbing y evitar que este quede desdibujado por fenómenos similares, pero sin consecuencias jurídicas, como el "síndrome del quemado" o el mobbing subjetivo o falso.

Este Consejo ha subrayado que el acoso laboral no es cosa menor, por lo que no puede ser entendido en un sentido amplio (Dictamen núm. 150/2018), debiendo aquí advertirse que, al igual que se deducen pretensiones resarcitorias por acoso, también se han planteado por «daños al honor» o prestigio profesional de los denunciados como «acosadores», en mérito a las dilaciones en su tramitación, la publicidad de las actuaciones o la inactividad de la Administración frente al denunciante (Dictamen núm. 1/2013).

Se incardinan también en el ámbito de la Administración las reclamaciones por acoso escolar, sufridas en centros de enseñanza sostenidos con fondos públicos, que también serán objeto de referencia.

II. LA IDONEIDAD DEL CAUCE: NO LO ES PARA CONSTATAR LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO ADMINISTRATIVO.

Como cuestión previa a la determinación de los elementos que integran una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración, este Consejo se ha pronunciado sobre la especificación y pertinencia del cauce procedimental.

Al respecto, la doctrina consultiva viene reconociendo la posibilidad de que un empleado público acuda al procedimiento de responsabilidad patrimonial para obtener el resarcimiento de daños sufridos con ocasión o como consecuencia del ejercicio de las funciones que presta al servicio de la Administración. Tanto la Constitución, en el artículo 106.2, como la LRJSP, en su artículo 32.1, reconocen el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración de toda lesión que sufran como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Aunque estas normas hacen referencia a "los particulares", la jurisprudencia del Tribunal Supremo no excluye que los empleados públicos reclamen ante la Administración por los perjuicios padecidos con ocasión o como consecuencia del ejercicio de sus funciones, siendo por lo demás obvio que les asiste tal derecho cuando la pretensión de indemnización la postulan como particulares; es decir, por daños sufridos al margen de su condición de funcionarios.

El Consejo Consultivo del Principado de Asturias tiene señalado que, «*con carácter general, el procedimiento de responsabilidad patrimonial es un cauce*

reparador que tiene carácter subsidiario respecto de otras vías específicas de resarcimiento del daño sufrido, a las que habrá de acudirse con carácter preferente para sustanciar en su seno la percepción de las indemnizaciones que procedan» (entre otros, Dictámenes núms. 12/2013 y 14/2013). Ahora bien, esta doctrina, en consonancia en un primer momento con la del Tribunal Supremo, que entendía que nada impide que el funcionario acuda también a la vía de la responsabilidad patrimonial, que tendrá así carácter subsidiario y complementario cuando las vías de resarcimiento específicas sean insuficientes para la entera indemnización del daño, debe ser hoy actualizada a los nuevos pronunciamientos jurisdiccionales, que reconocen a los empleados públicos la posibilidad de acudir a esta vía no con carácter subsidiario, sino como una alternativa de primer grado a otros cauces que permiten satisfacer su pretensión –la vía penal, civil o social– (Dictámenes núms. 158/2016 y 150/2018).

Repara este Consejo en que el Tribunal Supremo, desde su Sentencia de 12 de marzo de 1991 (Sala Especial de Revisión), ha venido manteniendo de forma pacífica y en función de cada caso concreto (Sentencias de 12 de mayo de 1998, 1 de febrero de 2003 y 3 de noviembre de 2008) la posibilidad de que coexistan ambos tipos de compensación del daño con fundamento en el principio de reparación integral anclado en otro principio implícito, el de solidaridad social. Esta compatibilidad se tolera incluso cuando se trata de examinar la concurrencia de la indemnización con prestaciones contributivas, que constituyen la contraprestación por lo cotizado o pagado para asegurar los riesgos.

También se han abordado supuestos (Dictámenes núms. 14/2013 y 158/2016 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias) en los que la pretensión indemnizatoria viene precedida por la solicitud de reconocimiento de la situación jurídica individualizada del presunto acosado, así como por la de adopción de las medidas que permitan el cese del acoso. Se repara, ante estas peticiones acumuladas pero distintas, en que no afectan a la naturaleza de la reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios sufridos, si bien tampoco encuentran en el procedimiento de responsabilidad su cauce adecuado. De ahí que los pronunciamientos del Consejo se hayan contraído a la pretensión resarcitoria, sin descender al análisis de la solicitud de declaración de una situación jurídica individualizada de acoso o de la acción de cesación.

Ahora bien, admitida la idoneidad del cauce de la responsabilidad patrimonial para ventilar la pretensión resarcitoria, se advierte con nitidez que no es el procedimiento adecuado para constatar la comisión de un ilícito penal o administrativo. Recordamos en este punto la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 924/2013) según la cual «*existen distintos cauces específicos para prevenir, comprobar y reprender el acoso laboral en el seno de la Administración (...). El acoso laboral, en cuanto conducta ilícita de los empleados y servidores públicos, está contemplado en el régimen disciplinario regulado en el Estatuto Básico (...) que tipifica (...) el acoso laboral como falta disciplinaria muy grave), y desarrollado en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero*», sin que deba tampoco

soslayarse que el artículo 173 del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, prevé una pena de seis meses a dos años de prisión para el delito de acoso laboral en el seno de una relación laboral o funcionarial.

Este Consejo sigue decididamente la doctrina del Consejo de Estado que advierte la inadecuación del procedimiento de responsabilidad patrimonial para constatar y declarar, de forma autónoma, la existencia de un ilícito administrativo constitutivo del acoso. Todas las cuestiones relativas a la prueba fáctica del acoso y a su calificación jurídica encuentran su vía adecuada a través de procedimientos disciplinarios en los que se analice la eventual actuación acosadora de cargos o funcionarios públicos, o bien de procedimientos de impugnación de actos o decisiones que se entiendan acreditadores y reveladores de una situación de acoso, tal como aprecia el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 746/2011. Como concluye el Alto Cuerpo Consultivo en su Dictamen núm. 924/2013, «*no es procedente que a través de un expediente de responsabilidad patrimonial se declare la existencia de una supuesta conducta de acoso laboral, pues ello supondría afirmar la existencia de una conducta infractora por parte del autor sin observar los derechos y garantías que el procedimiento disciplinario articula*».

En definitiva, una declaración de acoso laboral no puede sustanciarse por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración (por todos, Dictamen núm. 140/2011, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias).

III. PLAZO PARA RECLAMAR Y PRINCIPIO *PRO ACTIONE*.

En cuanto al plazo de prescripción para el ejercicio de acciones, este Consejo tiene observado que la dinámica del acoso se caracteriza por la sucesión de episodios que se perciben como de afrenta o menoscabo, por lo que se reconoce la virtualidad del principio *pro actione*, mediante una interpretación favorable al ejercicio del derecho a la acción, tomando en consideración el último hito en la controversia que el interesado sostiene con la Administración que lo emplea, siempre que se revele objetivamente idóneo para deparar un perjuicio susceptible de ser percibido como tal por el acosado. En su caso, se considera la extensión de los padecimientos psíquicos por los que el afectado permanece en situación de incapacidad temporal o recibe asistencia especializada (Dictamen núm. 14/2013).

No obstante, se han planteado supuestos en los que, al lado de daños manifiestamente prescritos (como una baja laboral de varios años atrás), el actor trata de salvar la prescripción mediante la invocación de un nuevo daño, también de origen mental, consistente en un estrés postraumático, que se justifica con informes que, si bien aparecen librados recientemente, sólo constatan una situación anterior y no una novedosa valoración de las secuelas. Al respecto, este Consejo Consultivo razona que «*los propios informes aportados por la reclamante dan cuenta de su carácter de mera 'revisión documental' de un expediente administrativo, que, como tal, no se corresponde con la valoración y diagnóstico directo de la alegada*

secuela. En consecuencia, (...) no se acreditan daños diferentes de los ya determinados y conocidos desde que (...) la reclamante fue dada de alta en la última situación de incapacidad laboral transitoria» (Dictamen núm. 335/2011).

IV. LA PRUEBA DE LA EFECTIVIDAD DEL DAÑO.

Como es común al fondo de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, este Consejo contrasta, en primer término, la efectividad del daño alegado.

Venimos reiterando que la efectividad del daño se constituye en presupuesto previo ineludible de toda valoración sobre la responsabilidad administrativa, y la prueba del daño, cuya carga corresponde a quien reclama, no se conforma con su mera alegación sino que exige su acreditación en forma tal que permita adquirir certeza racional sobre su existencia, sin apreciaciones subjetivas.

Regularmente, los daños se acreditan mediante la documentación justificativa de baja laboral y asistencia psicológica, informes médicos por atención de padecimientos derivados de ansiedad, o informes psiquiátricos en los que se anudan los padecimientos con el entorno laboral de la persona.

En diversos supuestos sometidos a la consideración de este Consejo, el reclamante no identifica el daño cuyo resarcimiento impetra, no constando con certeza cuáles son los daños que se reclaman, por más que dada la naturaleza de la pretensión ejercitada pudiera presumirse que la indemnización incluye un perjuicio de carácter moral. En tales casos, ante el silencio del interesado, difícilmente puede la Administración encontrar un soporte objetivo que permita tener por acreditados unos daños que no se explicitan (Dictamen núm. 150/2018).

Tampoco puede estimarse probado un daño anudable a una situación de acoso cuando en el expediente solo queda constancia de la situación de baja laboral en la que se encuentra el reclamante, sin que aporte ningún informe de los especialistas a los que manifiesta haber acudido en el que se refieran los daños psicológicos invocados o se justifique su relación con la situación de incapacidad temporal y su origen en el ámbito laboral (Dictamen núm. 335/2011). En suma, el daño casualmente vinculado al acoso no puede ser un perjuicio cualquiera, pues tiene unos contornos definidos. De ahí que se venga estimando que han de aportarse informes médicos que evidencien que la baja laboral trae causa del acoso que afirma padecer el reclamante y no de otro proceso patológico.

V. NEXO CAUSAL: REALIDAD DEL ACOSO Y DE LA PASIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

En la doctrina consultiva se admite pacíficamente que, en los supuestos de acoso laboral, ha de constatarse que el servicio público al que se dirige la reclamación ha funcionado anormalmente.

En efecto, la Administración se erige como ente garante de los derechos laborales –y fundamentales– de los trabajadores que en ella prestan sus servicios como consecuencia de la relación de especial sujeción que une a ambos sujetos. El propio legislador reconoce a los empleados públicos en el artículo 14, letra h), del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TREBEP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, el derecho «*al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral*». Ello supone que cuando nos encontremos con situaciones que encajen en el concepto de acoso anteriormente aludido, del que son directamente responsables sus autores, la Administración solo resultará responsable si no adopta ninguna medida que permita frenar la conducta del hostigador o tolere la misma, sin activar los mecanismos que el ordenamiento jurídico dispensa para paliar este tipo de situaciones. Al respecto, el Consejo Consultivo del Principado acude a lo dispuesto en el artículo 94 del TREBEP, que establece que «*Las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones*». Es, pues, la pasividad de la Administración ante un eventual daño antijurídico lo que sanciona nuestro ordenamiento, permitiendo así que quien lo sufre pueda reclamar directamente a la entidad pública, sin perjuicio de que aquella pueda repetir contra quien provoca con su reprochable comportamiento una situación de acoso laboral a otro trabajador (por todos, Dictamen núm. 150/2018).

Se subraya así, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2003 –ECLI:ES:TS:2003:602–, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, que «*tratándose de daños derivados de una conducta omisiva, el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial se sujeta, en cuanto a sus requisitos y a los presupuestos para valorar su procedencia, a los que la ley enuncia con carácter general, con el matiz de que, a la hora de apreciar el nexo causal y la antijuridicidad del daño, solo cabrá indemnizar la lesión que se produzca por un anormal funcionamiento del servicio público*».

Al respecto, la carga de la prueba de los hechos que sostienen la reclamación pesa sobre la parte perjudicada, y su ausencia impide, por sí sola, apreciar la relación de causalidad cuya existencia es inexcusable para un eventual reconocimiento de responsabilidad de la Administración. De ahí que este Consejo tenga reiterado que ha de resultar acreditada, en suma, tanto esa conducta omisiva como la realidad del acoso laboral, presupuesto de aquel deber de protección.

En torno a constancia del acoso, es claro que no puede reconocerse una indemnización por el supuesto perjuicio causado por tal conducta ilícita cuando su existencia no ha sido formalmente declarada, tal como se concluye en el Dictamen núm. 924/2013 del Consejo de Estado. Esto es, cualquier responsabilidad patrimonial que pretenda derivarse de una situación de acoso laboral requiere, como presupuesto previo, un pronunciamiento, a través del procedimiento que

corresponda, de que tal situación se ha producido (Dictamen núm. 140/2011, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias). De este modo, no solo es que no pueda pedirse que se dirima un supuesto de acoso laboral a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial, sino que, además, la acreditación de tal conducta es un *prius* jurídico necesario para valorar la existencia, en su caso, de una vinculación del daño alegado por la víctima con el funcionamiento de un servicio público. Faltando aquel presupuesto, ninguna relación de causalidad puede establecerse entre el daño y el deber de actuar de la Administración (Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 2010 –ECLI: ES:TS:2010:1579 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª–). Concurriendo aquel presupuesto, la decisión será estimatoria si se acreditan los restantes requisitos que conducen a declarar una responsabilidad patrimonial de la Administración.

Singularmente, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias ha considerado que no queda probada la situación de acoso cuando consta «*el archivo de las diligencias de investigación abiertas, a instancia de la interesada, ante la Fiscalía*» (Dictamen núm. 335/2011), o cuando «*la investigación abierta por la Administración sobre los hechos pone de relieve la existencia de meras situaciones de tensión entre jefa y subordinada, anómalas, pero carentes de la suficiente gravedad como para constituirse en conductas prohibidas*», y teniendo en cuenta que «*resulta sorprendente que ante hechos como los afirmados por la reclamante, y dada la gravedad que les atribuye, no se hayan intentado frente al acoso que dice haber padecido acciones judiciales en la vía correspondiente, lo que sin duda habría permitido en el momento adecuado la existencia y calificación de los mismos*» (Dictamen núm. 13/2013).

Faltando esa previa constatación del sustrato fáctico que el actor promueve, lo único que suele quedar de relieve es la existencia de una serie de actuaciones administrativas percibidas por el interesado como subjetivamente perjudiciales, sin que aparezcan indicios racionales de que la intención de los responsables fuese perjudicar laboral o personalmente a quien reclama. Este escenario lleva a reconducir la situación hacia un conflicto laboral empresario – trabajador en la que las dos partes albergan desencuentros, y que nada tiene que ver con un comportamiento unilateral hacia el empleado en clave acosadora. En tales casos, como se aprecia en el reiterado Dictamen núm. 150/2018, falta uno de los elementos esenciales que nutren la esencia misma del *mobbing* –la intencionalidad–, por lo que sin la convicción de que ha habido acoso no cabe demandar responsabilidad patrimonial a la Administración por no haberlo evitado.

En cuanto a la pasividad de la Administración, nuestra doctrina consultiva viene desechando el funcionamiento anormal cuando consta que, tras la denuncia, los responsables actuaron con celeridad, instando la actuación del servicio de prevención de riesgos, y tomaron medidas al día siguiente de haber recibido el informe de evaluación de riesgos laborales. En suma, no se aprecia inactividad o demora cuando «*la Administración desplegó un conjunto de medidas con la diligencia y eficacia razonables, finalizando incluso con el cese*

de la denunciada Jefa (...), sin que quepa concebir qué medidas adicionales, cuyo contenido la interesada no especifica, resultaban exigibles» (Dictámenes núms. 13/2013 y 14/2013).

Tampoco cabe exigir medidas si «*la denuncia se formula cuando la reclamante ya no presta servicios en el centro ni tiene, por tanto, relación alguna con el denunciado*» (Dictamen núm. 1/2013), ni imputar pasividad cuando «*las sucesivas quejas planteadas por el interesado a lo largo de los años fueron, en su mayoría, analizadas, valoradas y contestadas por los diferentes servicios de la Administración a los que se dirigió (...); cuestión distinta es que el resultado esperado por él al formular tales quejas no fuese el esperado, al decretarse en algunos casos el archivo de las actuaciones*» (Dictamen núm. 158/2016).

VI. REFERENCIA AL ACOSO ESCOLAR.

En el ámbito escolar, se han sometido a la consideración de este Consejo reclamaciones derivadas de situaciones de acoso de los menores.

Se ha estimado que tales daños han de venir avalados por informes médicos u otros elementos que acrediten el padecimiento de trastornos mentales (pánico, ansiedad, estrés postraumático u otros) por el alumno, y que, acreditada la lesión, ha de objetivarse su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

Se impone así que se constate una relación directa entre esa forma de maltrato entre escolares y los padecimientos sufridos por el alumno, y acreditado ese extremo, la responsabilidad patrimonial se anuda a la omisión por la Administración educativa de la diligencia debida para prevenir y corregir la situación de acoso (por todos, Dictamen núm. 13/2018).

Es preciso que la situación de acoso haya tenido lugar en el centro escolar, o que hubiera llegado a conocimiento de la Administración educativa la acaecida fuera de él. No debe confundirse la omisión de medidas con una discrepancia en torno a las medidas adoptadas para abordar la situación, pues aquella discrepancia de los reclamantes con las efectivamente adoptadas «*no permite concluir sin más que constituya una prueba de la existencia de un funcionamiento deficiente del servicio público educativo susceptible de provocar daños al alumno*» (Dictamen núm. 13/2018).

En definitiva, ha de acreditarse la existencia del acoso y evidenciarse un comportamiento u omisión del servicio público educativo o de sus agentes que pueda considerarse reprochable.

Tratándose de la enseñanza concertada, este Consejo Consultivo ha reparado en que tanto el Consejo de Estado (Dictamen núm. 1103/2002) como algún órgano consultivo autonómico (el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

en su Dictamen núm. 114/2004) han rechazado la existencia de legitimación pasiva de la Administración educativa autonómica en supuestos de responsabilidad por daños derivados del funcionamiento de centros concertados. En concreto, el Consejo de Estado afirmó en el citado dictamen que el «*colegio concertado*» es un «*centro de titularidad privada, que no depende orgánicamente de la Administración educativa autonómica, por lo que no puede imputarse a esta responsabilidad alguna por los hechos que han servido de base a la (...) reclamación*». También hemos traído a colación el Dictamen núm. 119/2004 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, que analiza la posible legitimación pasiva de la Administración educativa y llega a la conclusión de que «*cabría plantearse la responsabilidad de la Administración por daños acaecidos en centros educativos concertados cuando la escolarización en ellos se hubiese producido como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración, o el daño fuese consecuencia directa de un mandato o instrucción de la Administración, o, finalmente, la Administración no hubiese cumplido con la obligación que le incumbe de inspección y control de la actividad desplegada por los centros*».

A juicio del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (Dictamen núm 253/2016), la complejidad que reviste la cuestión requiere, a fin de alcanzar una conclusión al respecto, un análisis cuyo necesario punto de partida debe ser el estudio de la configuración jurídica del servicio público afectado.

Este Consejo ha tenido ocasión de abordar supuestos de causación de daños a padres y alumnos de un centro privado concertado por actuaciones directamente imputables a la Administración educativa (entre otros, Dictamen núm. 17/2006, en materia de perjuicios derivados de la anulación judicial de una Resolución de la Consejería de Educación y Cultura que reducía el número de unidades escolares en un colegio concertado), en los que la afirmación de la legitimación pasiva de la Administración autonómica no planteaba ninguna objeción. También ha señalado la existencia de la misma en casos de daños producidos en un centro escolar de titularidad municipal, y no autonómica (entre otros, Dictámenes núm. 99/2012 y 118/2013).

Más allá, se detiene este Consejo en que en los supuestos de responsabilidad patrimonial en los que existe concurrencia de un contratista o gestor interpuesto, con arreglo a nuestra propia doctrina «*el principio de la responsabilidad objetiva de la Administración sentado en el artículo 106.2 de la Constitución (...) permanece inalterable, con independencia de si el servicio público es gestionado o prestado directamente por la Administración, con medios propios o ajenos, o indirectamente por un contratista, y que la interposición de este no puede significar una merma de las garantías del tercero*» (entre otros, Dictámenes núm. 80/2006 y 103/2007). En ellos, se afirma cuando el particular opte por reclamar frente a la Administración responsable del servicio público afectado, «*esta habrá de pronunciarse, con los requisitos y de acuerdo con el procedimiento establecido*» para la responsabilidad patrimonial, y en caso de estimación de la reclamación, «*es la propia Administración la que debe hacer frente a la*

indemnización fijada. Con independencia de la posterior acción de regreso que ejerza el órgano de contratación frente al contratista».

Pese a la evidente singularidad del régimen de conciertos educativos, observamos (Dictamen núm 253/2016) que el concierto es una de las modalidades tradicionales del contrato de gestión de servicios públicos, para el que la legislación contempla que se seguirá el procedimiento de responsabilidad patrimonial en el caso de daños causados a terceros durante la ejecución de contratos en los supuestos que deriven de una orden directa de la Administración o de vicios en el proyecto. De acuerdo con ello, se aprecia que resulta aquí aplicable la doctrina en materia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial dirigidas frente a la Administración por la actuación o la concurrencia de contratista o gestor interpuesto. Puede reclamarse frente al titular del servicio público educativo por la actuación llevada a cabo por un centro privado concertado, sobre la que despliega esa Administración una intervención especialmente intensa, ejerciendo las facultades de supervisión y control legalmente establecidas, y ello aunque concurra la singular circunstancia de que la escolarización en el centro privado responde a la voluntad de los padres y no a una derivación ordenada por la Administración educativa, motivada, por ejemplo, en la insuficiencia de plazas en la red pública. En definitiva, se estima que la Administración educativa está pasivamente legitimada en cuanto titular del servicio público educativo, que ha sido prestado en virtud de concierto por un centro privado, sin perjuicio de la repetición de los costes a que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento legal que corresponda. Bajo estas premisas, no puede obviarse que el centro privado concertado tiene la condición de parte interesada en el procedimiento, debiendo examinarse en su seno la eventual responsabilidad del centro en los daños causados a terceros.

Dictámenes

CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

Dictamen 1/2018

Relativo a la Proposición de ley de modificación de la Ley 13/2018, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno, de 26 de abril.

Consell de Garanties Estatutàries, con la asistencia del presidente Joan Egea Fernàndez, del vicepresidente Pere Jover Presa, de los consejeros Marc Carrillo y Jaume Vernet Llobet, del consejero secretario Àlex Bas Vilafranca, de los consejeros Francesc de Paula Caminal Badia y Carles Jaume Fernández y de la consejera Margarida Gil Domènech, ha acordado emitir el siguiente

DICTAMEN

Solicitado por más de una décima parte de los diputados del Parlament, del Grupo Parlamentario Socialistes i Units per Avançar, y por más de una décima parte de los diputados del Parlament, del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, respecto de la Proposición de ley de modificación de la Ley 13/2008, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno y las enmiendas presentadas al articulado (BOPC núm. 43, de 23 de marzo, y núm. 54, de 10 de abril, de 2018).

ANTECEDENTES

1. El día 17 de abril de 2018 tuvo entrada en el Registro del Consell de Garanties Estatutàries un escrito del presidente del Parlament, de la misma fecha (Reg. núm. 6002), en que se comunicaba al Consell el Acuerdo de la Mesa del Parlament, del mismo 17 de abril, por el que, según lo previsto en los artículos 16.1.*b* y 23.*b* de la Ley 2/2009, de 12 de febrero, del Consell de Garanties Estatutàries (LCGE), se admitieron a trámite dos solicitudes de dictamen presentadas por más de una décima parte de los diputados del Parlament, del Grupo Parlamentario Socialistes i Units per Avançar (Reg. Parlament núm. 2342), y por más de una décima parte de los diputados del Parlament, del Grupo Parlamentario de Ciudadanos (Reg. Parlament núm. 2362), respectivamente, que los mismos diputados ampliaron respecto a las enmiendas formuladas al articulado (Reg. Parlament núm. 2659 y 2719).

2. El Consell de Garanties Estatutàries, en la sesión del día 19 de abril de 2018, tras examinar la legitimación y el contenido de las dos solicitudes, de conformidad con los artículos 23 a 25, apartados 1 a 3, LCGE, acordó su admisión a trámite y se declaró competente para emitir los dictámenes correspondientes.

Dado que dichas solicitudes tienen objetos conexos que justifican la unidad de tramitación y decisión, ya que recaen sobre la misma norma legal, en virtud de los artículos 19.2 LCGE y 31 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consell, se acordó abrir el trámite de audiencia que prevé el mencionado precepto legal para que los solicitantes formularan las observaciones que estimaran oportunas sobre la posible acumulación de los dos procedimientos de dictamen y se designaron coponentes al presidente señor Joan Egea Fernàndez, al vicepresidente señor Pere Jover Presa y al consejero secretario señor Àlex Bas Vilafranca.

3. En la misma sesión, al amparo del artículo 25 LCGE, apartados 4 y 5, y del artículo 35 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consell, acordó dirigirse a los solicitantes y a todos los grupos y subgrupos parlamentarios con el fin de solicitarles la información y la documentación complementarias de que dispusieran sobre la norma sometida a dictamen.

4. En fecha 23 de abril de 2018 se recibió en el Registro del Consell un escrito de información complementaria sobre la Proposición de ley de modificación de la Ley 13/2008, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno, elaborado por el Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya, en fecha 23 de abril de 2018 (Reg. núm. 6004).

5. En fecha 24 de abril de 2018, de conformidad con el trámite de audiencia abierto en virtud del acuerdo adoptado en la sesión de 19 de abril de 2018, en aplicación de los artículos 19 LCGE y 31 del Reglamento del Consell, una vez transcurrido el plazo para la realización de este trámite sin que se hubieran presentado alegaciones, el Consell acordó acumular las solicitudes de dictamen solicitadas por más de una décima parte de los diputados del Parlament, del Grupo Parlamentario Socialistes i Units per Avançar, y por más de una décima parte de los diputados, del Parlament, del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, sobre la Proposición de ley de modificación de la Ley 13/2008, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno.

6. Finalmente, tras las correspondientes sesiones de deliberación del Consell, el día 26 de abril de 2018 ha tenido lugar la votación y aprobación del presente Dictamen, de acuerdo con lo previsto en los artículos 26 bis.4 LCGE y 38 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consell.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. El objeto del Dictamen

Como ha sido expuesto en los antecedentes, más de una décima parte de los diputados del Parlament de los grupos parlamentarios Socialistes i Units per Avançar, por una parte, y de Ciudadanos, por otra, han presentado sendas solicitudes de dictamen sobre la Proposición de ley de modificación de la Ley 13/2008, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno (en lo sucesivo, Proposición de ley o Proposición, indistintamente), así como sobre alguna de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya. Dicha opinión consultiva se emite de conformidad con lo previsto en los artículos 16.1.*b*, 23.*b* y 26 bis de la Ley 2/2009, de 12 de febrero, del Consell de Garanties Estatutàries (LCGE).

En este fundamento jurídico expondremos brevemente el *iter* procedimental

que ha seguido la mencionada iniciativa legislativa y las enmiendas presentadas, esbozando también su contexto normativo. A continuación, haremos mención de su contenido y finalidad, sintetizaremos las dudas de constitucionalidad y estatutariedad que plantean los peticionarios y, finalmente, señalaremos la estructura que adoptará el Dictamen a fin de tratar las cuestiones que se suscitan.

1. En fecha 23 de marzo de 2018 fue publicada la Proposición de ley (BOPC 43, de la misma fecha), la cual, a solicitud del Grupo Parlamentario Junts per Catalunya, la Mesa del Parlament, en fecha 19 de marzo de 2018, y tras desestimar las peticiones de reconsideración presentadas, acordó que se cursara por el procedimiento de urgencia extraordinaria y propuso al Pleno que fuera tramitada por el procedimiento de lectura única. Asimismo, abrió un plazo de 4 días hábiles para la presentación de enmiendas, «*de acuerdo con la interpretación hecha por la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2017, de 29 de noviembre, del apartado 2 del artículo 138 del Reglamento*». Este plazo inicial (con término el 3 de abril) fue objeto de tres prórrogas adicionales y sucesivas, una de 2 días y dos de 1 día, respectivamente, cuyo plazo finalizó el 9 de abril. En fecha 10 de abril las enmiendas presentadas fueron admitidas a trámite y publicadas, junto con el plazo de solicitud de dictamen al Consell, que acabó el 13 de abril de 2018 (BOPC núm. 54, de 10 de abril de 2018).

Al objeto de contextualizar muy brevemente la Proposición de ley, cabe mencionar, en primer lugar, la norma que pretende modificar, es decir, la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno (en lo sucesivo, Ley 13/2008 o LPGG, indistintamente), surgida, como reza su preámbulo, a raíz de los cambios en el marco institucional derivados del título II del Estatuto de 2006, que hicieron necesaria su aprobación y la derogación de la Ley 3/1982, de 23 de marzo, del Parlament, del presidente y del Consejo Ejecutivo de la Generalitat. Además, respecto a la investidura del presidente o presidenta de la Generalitat, no puede obviarse lo dispuesto, sobre su desarrollo –debate y votación–, por los artículos 149 y 150 del texto refundido del Reglamento del Parlament de Cataluña (en lo sucesivo, RPC), aprobado el 20 de febrero de 2018 (BOPC núm. 25, de 27 de febrero de 2018).

2. La Proposición de ley objeto de análisis consta de dos artículos y una disposición final, y, como se ha dicho, modifica la Ley 13/2008 incorporando dos adiciones en su articulado. Así, el artículo primero añade un nuevo párrafo al artículo 4.2, relativo a la elección del presidente o presidenta de la Generalitat, que atribuye al Pleno del Parlament la facultad de autorizar que el debate de investidura se celebre, en caso de ausencia, enfermedad o impedimento del candidato o candidata, sin su presencia o sin su intervención, en el momento de presentar el programa y solicitar la confianza del Pleno del Parlament.

La exposición de motivos de la Proposición fundamenta esta modificación en que aunque la Ley 13/2008 prevé en el artículo 6 las situaciones de ausencia, enfermedad o impedimento del presidente o presidenta de la Generalitat, en las que la sustitución o suplencia opera automáticamente, no las prevé, en cambio, cuando se producen en el momento de su elección, prevista en el artículo 4,

«*motivo por el que se hace necesario introducir una modificación en el procedimiento de elección, en los supuestos que concurran las situaciones ya previstas en el artículo 6 u otras imposibilidades físicas que no permitan al candidato expresarse oralmente*» (párr. quinto).

Por su parte, el artículo segundo incorpora un tercer apartado al artículo 35 de la Ley 13/2008, referente al uso de medios telemáticos, «*con el objetivo de adaptar la ley vigente al funcionamiento de los órganos colegiados previstos, de conformidad con la normativa europea y con la reciente legislación de regulación del sector público estatal*» (párr. sexto de la exposición de motivos), introduciendo la posibilidad de constitución, convocatoria, celebración de sesiones, adopción de acuerdos y remisión de actos de los órganos colegiados previstos en la Ley 13/2008, a distancia, además de la presencial.

Por último, la disposición final fija la entrada en vigor al día siguiente de la publicación de la norma en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*.

Asimismo, se han presentado tres enmiendas al articulado por parte del subgrupo parlamentario del Partido Popular de Cataluña y cuatro por parte del Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya. Nos centraremos solo en el contenido de estas últimas y, de entre ellas, en el de las tres que han sido expreso objeto de petición. La enmienda 1 plantea cambiar la redacción de la exposición de motivos de la Proposición con el fin de justificar adicionalmente la necesidad de la reforma de los artículos 4.2 y 35 LPGG. La enmienda 2 propone un cambio en la estructura del artículo primero de la Proposición, introduciendo en el artículo 4 LPGG un nuevo apartado 3 en lugar de un nuevo párrafo en el apartado 2, y sustituye la referencia temporal que se hace al «*momento de presentar el programa de gobierno y solicitar la confianza del Pleno*» por «*la fecha de la sesión de investidura*». Respecto al resto, se aprecian algunas variaciones de redactado pero que no inciden en el contenido ni en la finalidad del precepto. Finalmente, la enmienda 3, que afecta al artículo segundo de la Proposición, incorpora al Gobierno entre los órganos destinatarios de la regulación del apartado 3 del artículo 35 LPGG, divide el contenido de este apartado relativo a la celebración de las sesiones en un nuevo apartado 4 y adiciona los apartados 5, relativo a la aplicación preferente del apartado 4 sobre el artículo 28.2 LPGG en cuanto a las deliberaciones y decisiones del Gobierno, y 6, que declara que no se da el supuesto de ausencia cuando los miembros del Gobierno despachen los asuntos y funciones que les corresponden por medios telemáticos.

3. Como acabamos de indicar, se han enviado al Consell dos solicitudes de dictamen que cuestionan el contenido de la Proposición de ley que, posteriormente, han sido ampliadas con la inclusión de las dudas sobre alguna de las enmiendas presentadas al articulado. Nos referiremos, a continuación, a las críticas que se plantean y a los preceptos constitucionales y estatutarios que se consideran vulnerados.

A) Respecto a la primera petición, los diputados integrantes del Grupo Parlamentario Socialistes i Units per Avançar remiten, en fecha 26 de marzo, un primer escrito a la Mesa del Parlament con reproches sobre los artículos primero y segundo de la Proposición de ley «*por*

posible infracción de los artículos 1, 2.4, 3, 29.1, 38, 60.3 y 62.2 del Estatuto de autonomía de Cataluña y 1.2, 2, 9.1, 9.3, 14 y 23.2 de la Constitución». Al anterior le añaden un segundo escrito, de fecha 11 de abril de 2018, donde piden la opinión del Consell sobre las enmiendas 1, 2 y 3, presentadas por el Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya, por los mismos motivos y considerando infringidos los mismos preceptos estatutarios y constitucionales previamente alegados, sin una justificación adicional, que resumiremos a continuación.

Los peticionarios entienden, con carácter general, que la Proposición de ley es *ad personam*, para «*permitir [...] la investidura del candidato Carles Puigdemont i Casamajó*», lo que se ve reforzado, a su entender, porque el Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya ha solicitado complementariamente que la iniciativa se tramite por el procedimiento de lectura única y el de urgencia. En su opinión, esta condición conculcaría la exigencia de igualdad ante la ley (art. 14 CE) y los principios de legalidad y seguridad jurídica (art. 9.1 y .3 CE). Seguidamente, sobre el concreto articulado, y en relación con el artículo 4.2 LPGG, que se modifica por el artículo primero de la Proposición, los solicitantes reproducen alguno de los argumentos incluidos en el informe de los servicios jurídicos de la Cámara de 15 de enero de 2018, y concluyen que la aceptación de la modificación implicaría «*distorsionar totalmente el procedimiento de elección previsto para el presidente de la Generalitat*» y colisionaría con el apartado 3 de aquel mismo artículo 4 que «*configura la presencia del presidente de la Generalitat en el debate de investidura como un elemento esencial del procedimiento sin el cual este no podría cumplir su función estatutaria*». Por tanto, «*permitir la investidura no presencial del candidato a la presidencia de la Generalitat sin la posibilidad de llevar a cabo un debate con el resto de grupos parlamentarios sobre su programa, y a los que debe solicitar su confianza, infringiría el* ius in officium *de los diputados y diputadas que conforman la Cámara según lo previsto en el artículo 23.2 CE*».

En términos similares se cuestiona el artículo segundo de la Proposición de ley, en la medida en que los diputados solicitantes consideran que la modificación del artículo 35 LPGG «*en realidad tan solo pretende dar cobertura a la posibilidad de configurar un Consejo Ejecutivo en que el presidente, y quizás algunos de los consejeros, residan en el extranjero*», toda vez que «*[r]esulta imposible imaginar la forma de poder ejercer plenamente la función de control al Gobierno que corresponde al Parlament de Cataluña*», lo que implicaría que faltarían los elementos esenciales del procedimiento «*y se vulneraría el derecho a la participación política de la ciudadanía de Cataluña, en este caso mediante sus representantes*».

B) La otra petición de dictamen, a iniciativa, como hemos indicado, de más de una décima parte de diputados del Parlament, del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, la integran también dos escritos presentados a la Mesa del Parlament, uno en fecha 27 de marzo de 2018, respecto al articulado de la Proposición de ley, y el otro en fecha 12 de abril de 2018, en cuanto a la enmienda 3 presentada por el Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya.

En el primero aducen que se ha producido una vulneración del artículo 23 CE

«*por la utilización del procedimiento de lectura única, la desnaturalización de la función representativa y perseguir la finalidad de eludir a la justicia*». Respecto a la utilización del procedimiento de lectura única, advierten que dicho procedimiento exige unos presupuestos habilitantes muy taxativos por la especial afectación que supone al derecho fundamental de participación política y, haciéndose eco de la doctrina contenida en el DCGE 7/2017, de 6 de julio, sobre la Propuesta de reforma parcial del Reglamento del Parlament destacan, por una parte, la falta de consenso entre las fuerzas parlamentarias tanto en el contenido como en la forma de tramitación pretendida de la Proposición y, por otra, que la materia que se regula debería ser objeto de una ley de desarrollo básico del Estatuto (art. 62), la cual quedaría excluida de la mencionada tramitación simplificada.

En segundo lugar, aunque no lo mencionan expresamente, cuestionan el artículo primero de la Proposición porque entienden que, al regular las condiciones en las que un diputado puede someterse al debate de investidura la iniciativa legislativa «*pretende novar de manera sustancial una materia propiamente del bloque reglamentario*». En concreto, la regulación que se efectúa en el artículo 149 RPC, razón por la que debería seguirse el procedimiento establecido en los artículos 129 y 130 RPC, sin la intervención del Gobierno, tal como prevé la disposición final primera de dicha norma.

Igualmente, insisten en destacar que pretende introducirse una «*modalidad de participación*» (de hecho, ausencia de participación) en el debate de investidura que excluye el rasgo esencial de los procedimientos parlamentarios, que no es otro que la presencia de sus protagonistas en los órganos de la Cámara. Así, se añade que la única excepción prevista es una participación limitada al voto por vía de delegación que parte de unos presupuestos de excepcionalidad, como es el que las causas que lo permiten revisten el carácter de *numerus clausus*, que prevén situaciones inimputables al diputado que pretende la delegación y que tienen como denominador común el impedimento físico involuntario o el cumplimiento de deberes familiares, que se consideran preferentes al deber de asistir a las sesiones de los órganos parlamentarios.

Por último, haciendo una exposición del contexto en el que entienden que se enmarca el ejercicio de la iniciativa, concluyen que se ha llevado a cabo una inadecuada solución *ad casum* y agregan que «*el precepto cuestionado es también inconstitucional en abstracto pues impone a las minorías parlamentarias y, por tanto, a todos los diputados una serie de restricciones a sus facultades y derechos en el marco del procedimiento de investidura que no se sabe a ciencia cierta a qué interés legítimo responden y que no son estrictamente necesarias ni proporcionadas*».

En el segundo escrito presentado, los diputados solicitantes efectúan una crítica inicial a que la Mesa del Parlament haya habilitado *ex novo* un nuevo plazo no previsto para la solicitud de dictamen posterior a la presentación de enmiendas y estiman que lo anterior es «*una muestra más de la inexistencia de los presupuestos habilitantes para la tramitación de la iniciativa en cuestión mediante el procedimiento de lectura única*». Entienden, además que la enmienda 3, presen-

tada por el Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya vulnera el artículo 23 CE «*en su vertiente de función ejecutiva delegada por desnaturalizarla*».

Así, aducen que el objetivo de la enmienda (que se hace especialmente patente en el nuevo apartado 6 que pretende introducirse en el artículo 35 LPGG) es prever una excusa general no causalizada del deber de los miembros del Ejecutivo autonómico de asistencia e implicación personal, directa y presencial en el cumplimiento de las funciones y en el ejercicio de sus competencias, que son características «*inmanentes a la función representativa delegada que [...] están llamados a ejercer*». Consideran, en consecuencia, que esta situación haría muy complicado o casi imposible el correcto y normal funcionamiento de las funciones que el artículo 68 EAC encarga al Ejecutivo autonómico.

Ulteriormente, alegan que «*la normativa proyectada serviría de amparo formal a la fraudulenta intención de seguir eludiendo la acción de la Justicia mientras se ostentan aparentemente legítimas y legales competencias ejecutivas*», lo que «*podría extenderse también a las funciones de control del Parlamento*» porque podría darse el supuesto de actuación de los miembros del Gobierno «*sustrayéndose al control directo parlamentario por vía de las diferentes modalidades de control como las preguntas, interpelaciones, mociones, comparecencias, etc.*».

4. Una vez efectuadas las consideraciones anteriores, y a fin de analizar las cuestiones planteadas y dar respuesta a las solicitudes, el Dictamen adoptará la siguiente estructura: un fundamento jurídico segundo en el que se analizará la virtualidad del procedimiento legislativo de lectura única para la reforma de una ley de desarrollo básico del Estatuto, como es la Ley 13/2008; un fundamento jurídico tercero, donde se examinará la regulación prevista en el artículo primero de la Proposición de ley desde la perspectiva del principio de la autonomía parlamentaria, en su vertiente de la reserva de reglamento parlamentario; un fundamento jurídico cuarto, en el que se estudiará la adecuación al Estatuto y a la Constitución del contenido material de este mismo artículo, relativo a la investidura del presidente o presidenta de la Generalitat, así como de las enmiendas 1 y 2, del Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya, que se refieren a la misma, y finalmente, un fundamento jurídico quinto, donde el mencionado examen se llevará a cabo respecto al artículo segundo de la Proposición de ley y la enmienda 3 del mismo Grupo, relativos al régimen de sesiones y adopción de acuerdos a distancia del Gobierno de la Generalitat.

Todo lo anterior, huelga decirlo, teniendo en cuenta que el mencionado escrutinio, como en todas las ocasiones en las que se ha pronunciado el Consell a través de su opinión consultiva y en el mismo sentido de la doctrina del Tribunal Constitucional, no debe resolver las dudas de carácter preventivo planteadas por los solicitantes, sino que debe centrarse en contrastar los preceptos solicitados y las normas y principios que integran el parámetro de control y, en ningún caso, las intenciones o finalidades del autor de la norma, la estrategia política o su último propósito (STC 139/2017, mencionada, FJ 2.*c*, con cita de la STC 90/2017, de 5 de julio, FJ 2 y otras).

Segundo. El examen de la adecuación al Estatuto y al Reglamento del Parlament de la adopción del procedimiento legislativo de lectura única para la reforma de la Ley 13/2008.

1. A continuación, nos corresponde resolver la cuestión de si resulta conforme al Estatuto y al Reglamento del Parlament, en virtud de su carácter de parámetro en cuanto a los elementos nucleares del derecho parlamentario, la reforma de una ley de desarrollo básico del Estatuto, en concreto la Ley 13/2008, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno, en dos aspectos sustanciales, como son la regulación del procedimiento de elección del presidente de la Generalitat y el régimen jurídico de las reuniones del Gobierno (constitución, celebración de sesiones y participación a distancia o remota), mediante el procedimiento legislativo especial de lectura única.

Como ya expusimos suficientemente en el DCGE 7/2017, el mecanismo de lectura única es un procedimiento para la aprobación de leyes de carácter excepcional, dadas las notas de brevedad y simplicidad que lo definen, que comporta la supresión de fases determinantes del procedimiento legislativo ordinario. Así, esta vía prescinde, en todo caso, del trámite de ponencia y su informe, de las comparecencias previas a la apertura del plazo de enmiendas y generalmente del trabajo de la comisión legislativa con el correspondiente dictamen, a menos que sea sustanciada en comisión, supuesto que comporta la eliminación del debate y votación finales ante el órgano plenario.

La ausencia de los mencionados trámites, como también señalamos en aquel momento, reduce la intensidad tanto cuantitativa como cualitativa del trabajo parlamentario, en detrimento del pleno ejercicio del *ius in officium* del conjunto de los diputados, especialmente el de la minoría, con la consiguiente afectación del proceso de conformación de la voluntad política de la cámara.

Por consiguiente, como hemos reiterado, el uso de este procedimiento debería restringirse a supuestos de amplio consenso entre los grupos parlamentarios o a regulaciones de escasa entidad que deban ser aprobados por razón del interés general o de fomento de algún bien jurídico a través de la acción normativa. Y, adicionalmente, debe tenerse presente que la circunstancia de la urgencia por sí sola no puede convertirse en una justificación para optar por esta vía, en la medida en que los requisitos que amparan la modalidad de la lectura única son únicamente los que recordaremos seguidamente, y que, por el contrario, la motivación de una eventual premura en la aprobación de la ley debe ser vehiculada, especialmente en los sistemas parlamentarios unicamerales, mediante la opción de la reducción de los plazos que permite la normativa parlamentaria (el art. 107 RPC prevé una declaración de urgencia ordinaria y otra extraordinaria).

Una vez señalada su excepcionalidad, conviene recuperar a continuación los dos requisitos que habilitan la activación de la lectura única, la cual se decide en última instancia por el Pleno, según prescribe el artículo 138 RPC y que, como también vimos a título comparativo en el DCGE 7/2017, están previstos de forma generalizada en la práctica totalidad del conjunto de normas de organización de las asambleas legislativas autonómicas y en los reglamentos del Congreso y del Senado: el de la naturaleza y el de sim-

plicidad. Aquí, cabe recordar que las normas de organización parlamentaria, en los aspectos esenciales de la función representativa, actúan como canon de constitucionalidad y de estatutariedad en el examen de las cuestiones relativas a los procedimientos legislativos, en la medida en que son expresión y a la vez condición para la realización del derecho fundamental de participación política *ex* artículo 23 CE, así como de varios preceptos del Estatuto relativos a las instituciones de autogobierno (entre otros, arts. 55, 64, 67, 74 y 75 EAC).

El escrutinio de estas dos condiciones (naturaleza y/o simplicidad) se vuelve particularmente relevante en el caso que nos ocupa, sobre todo si tenemos en cuenta que la precitada última y reciente reforma del Reglamento comportó que la iniciativa o capacidad de solicitar la tramitación por lectura única de una proposición de ley se rebajara de la necesidad de acuerdo por parte del conjunto de los grupos parlamentarios, prevista en el ya derogado artículo 135 RPC, a la voluntad de uno solo, el grupo promotor, según el actual artículo 138.2 RPC, con la subsiguiente eliminación del requerimiento de unanimidad en la iniciativa que se exigía en la norma precedente. Una conveniencia de evaluación, además, que viene reforzada por el hecho de que la Mesa del Parlament ha interpretado que nuestro Dictamen sobre las proposiciones de ley susceptibles de ser tramitadas por lectura única debe ser solicitado y emitido entre el momento en que finaliza el periodo de presentación de enmiendas por parte de los grupos parlamentarios, subsiguiente a la publicación de la iniciativa, y antes de la celebración de la sesión plenaria que debe decidir si se aprueba la adopción de este tipo de procedimiento legislativo excepcional. Sobre esta opción, sin extendernos más aquí, una alternativa también válida habría sido adoptar el modelo que se sigue en otras cámaras y prácticas parlamentarias, que sitúan el trámite de presentación de enmiendas una vez el pleno de la cámara ya ha votado y, por tanto, autorizado la activación de la vía de la lectura única, de forma que la posibilidad de solicitar dictamen se situaría en un momento posterior, de forma más similar al modelo que se sigue en el procedimiento legislativo común.

En todo caso, la decisión adoptada por la Mesa del Parlament, al objeto de incorporar el trámite de enmiendas en la lectura única, aparte de ser el primer y único caso con que se cuenta hasta el momento, es conforme a la propuesta del DCGE 7/2017 y la STC 139/2017, y a la vez refuerza el sentido de nuestra función consultiva en cuanto al examen de estos dos requisitos (naturaleza y/o simplicidad), en la medida en que aporta un criterio fundamentado al Pleno a la hora de decidir si autoriza el uso de esta vía legislativa excepcional.

2. Una vez efectuadas las consideraciones anteriores y volviendo al análisis del texto de la propuesta de reforma de la Ley 13/2008, debemos situarnos en la necesidad de examinar dos cuestiones principales: por un lado, el hecho que los artículos que pretenden introducirse y modificarse a través de esta Proposición de ley se insieren, desde el punto de vista de las fuentes normativas del derecho público catalán, en una concreta tipología legal, específicamente en una ley de desarrollo básico del Estatuto (art. 62.2 EAC), y, por otro, que aluden, desde la vertiente de su contenido, a dos elementos tan sustantivos y relevantes como son el procedimiento parlamentario de inves-

tidura del presidente de la Generalitat y un determinado aspecto del régimen de reuniones del Gobierno (la constitución y la participación remota de sus miembros en las sesiones).

A) Respecto a la primera cuestión, en el mismo sentido en que nos expresamos en el precitado DCGE 7/2017 (FJ 2), debemos decir y reiterar, que, según nuestro criterio, las leyes de desarrollo básico, al menos en sus elementos más sustantivos, no pueden ser aprobadas ni reformadas por el procedimiento legislativo de lectura única.

Y ello es así porque, como hemos visto, el Estatuto optó por la decisión expresa de establecer una serie de materias, entre las cuales las relativas a la regulación nuclear del régimen jurídico de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno (art. 62.2 EAC en relación con los arts. 67.5 y 68.3 EAC) que, dada su importancia institucional, debían ser aprobadas siguiendo unas determinadas especificidades procedimentales, características y exclusivas de la tipología de las denominadas leyes de desarrollo básico del Estatuto. La más significativa, exigida por la norma estatutaria, el requisito de la mayoría absoluta del Pleno sobre el texto final para su aprobación, reforma y derogación, pero también otras, requeridas por el Reglamento del Parlament, como la iniciativa legislativa cualificada para su impulso, la previsión potestativa de la ponencia conjunta para su tramitación o la posibilidad de devolver el texto a comisión en caso de no alcanzar la mencionada mayoría.

Sobre la validación de esta tipología legal y la previsión de un procedimiento parlamentario específico, cabe indicar que la jurisprudencia constitucional consideró recientemente que constituía una opción legítima del legislador estatutario a la hora de calificar, por razón de su relevancia institucional, la aprobación de determinada legislación (STC 71/2017, de 5 de junio, FJ 4; 224 y 225/2016, de 19 de diciembre, FJ 3).

De acuerdo con el razonamiento anterior, entendemos que la mencionada configuración singular de las leyes de desarrollo básico –consistente en fijar unas garantías reforzadas en su tramitación y aprobación, a fin de asegurar la obtención de consensos parlamentarios más amplios incluida la posible designación de una ponencia conjunta– resulta contradictoria con el carácter excepcional, abreviado y simplificado del procedimiento parlamentario de lectura única.

B) Una primera conclusión, esta que acabamos de exponer, en cuanto a la improcedencia de la tramitación parlamentaria elegida, que se transforma en incompatibilidad insalvable respecto a las prescripciones del Estatuto y al propio Reglamento del Parlament cuando se realiza el enjuiciamiento del contenido concreto de la Proposición de ley, según los requisitos de la «*naturaleza del proyecto [o proposición]*» o «*la simplicidad de la formulación*» exigidos por el artículo 138 RPC.

Ciertamente, la regulación del procedimiento parlamentario para la elección del presidente o presidenta de la Generalitat, de entre los miembros de la Asamblea legislativa catalana, no es una cuestión de naturaleza menor, accesoria, excéntrica o periférica, que permita interpretar que puede ser tramitada por el mecanismo de la lectura única, ni tampoco puede ser valorada como un aspecto no nuclear de una ley de desarrollo básí-

co del Estatuto que haga posible eludir las características específicas y los trámites propios de esta tipología de leyes, en los términos y condiciones que prescriben los artículos 129 y 130 RPC, y que apenas acabamos de sintetizar en este apartado.

De hecho, todavía puede decirse más: la regulación contenida en el artículo 4.2 LPGG, según la nueva redacción de la Proposición de ley, además de lo que diremos más adelante sobre su incidencia en el ámbito reservado al Reglamento de la Cámara, constituye uno de los procedimientos más importantes del derecho parlamentario y del derecho público catalán en un sentido más amplio, dado que es precisamente a través suyo que se elige la más alta magistratura del sistema de autogobierno de Cataluña y por el que, al mismo tiempo, se sustancia y se ejerce una de las funciones más emblemáticas y relevantes del Parlament *ex* artículo 67.2 EAC como cámara de representación de la voluntad popular. El mismo argumento y en términos de equivalencia, en cuanto a la naturaleza de la norma, resulta también aplicable al régimen de la constitución y adopción de acuerdos de las sesiones del Gobierno, como veremos con detalle en el fundamento jurídico quinto.

Y a esta consideración principal del razonamiento en curso, además, podríamos añadir como complementaria, en palabras de nuestra propia doctrina, que la lectura única no resulta «*una opción demasiado adecuada en casos de elevada sensibilidad social o política de la materia en los que se da una evidente falta de consenso mínimo entre las fuerzas parlamentarias*» (DCGE 7/2017, FJ 3.2). Sobre lo anterior, debemos recordar que nuestro criterio es más restrictivo que el del Tribunal Constitucional, el cual se ha manifestado más flexible en la aceptación de la tipología de materias susceptibles de ser tramitadas por esta vía excepcional (STC 139/2017, FJ 2.3). Sin embargo, bien entendido que, en el caso del Congreso y del Senado, la propuesta surge de la Mesa y no de un único grupo parlamentario proponente y se interpreta en el marco de un sistema bicameral, como son las Cortes, que facilita un más extenso trabajo parlamentario, al mismo tiempo que evidencia una mayor dificultad en la aceleración por urgencia o consenso del procedimiento legislativo, notas, estas últimas, que son diferentes en el caso de la Asamblea catalana.

En cuanto a la simplicidad de la iniciativa legislativa, como requisito o condición alternativa a la naturaleza, tampoco consideramos que concurra en el caso de la presente Proposición de ley. La brevedad o la formulación sucinta de la literalidad del texto de los preceptos que son objeto de la reforma no permiten traducirla de manera inmediata en una conclusión favorable a dicha exigencia reglamentaria.

Todo lo contrario, en nuestra opinión, la regulación de estos dos temas, el procedimiento de investidura y el régimen de funcionamiento en las sesiones de Gobierno, requiere de una formulación compleja y no esquemática. Así, en el caso de la normativa relativa al procedimiento de elección del presidente de la Generalitat, en el aspecto de la posible ausencia del candidato en el debate de investidura y la opción de presentar el programa de gobierno por escrito o bien por otros medios, y no de modo presencial, es evidente que, como tendremos ocasión de examinar posteriormente,

además de su nuclear importancia en el conjunto del sistema parlamentario, es una materia que comporta la necesidad, al menos, de prever y debatir diversos y complejos aspectos. En especial en el ámbito de las garantías del ejercicio de los derechos de los diputados y diputadas, que topan con el esquematismo procedimental de la lectura única.

Del mismo modo, el régimen de constitución, celebración de sesiones y adopción de los acuerdos del Gobierno a distancia, tomando en consideración que el Gobierno no es un órgano administrativo colegiado más sino que se trata incluso de un órgano político, también requeriría que se abordaran aspectos que consideramos primordiales desde el punto de vista de la naturaleza y complejidad del funcionamiento de esta institución y que, por consiguiente, son inapropiados para ser tramitados en lectura única. Este sería el caso, entre otros, de la regulación del cuórum de asistencia y votación.

En definitiva y ya como conclusión, consideramos que la Proposición de ley, que reforma los artículos 4.2 y 35 de la Ley 13/2008, no cumple los requisitos de naturaleza ni de simplicidad exigibles por el artículo 138 RPC para poder ser tramitada y aprobada por el procedimiento legislativo no común y excepcional de lectura única.

Y, asimismo, la adopción de esta vía de tramitación también vulnera los artículos 129 y 130 RPC porque el procedimiento de lectura única no es apto para modificar aspectos nucleares de las leyes de desarrollo básico del Estatuto. Y, tal como hemos argumentado, el contenido de los dos preceptos de la Ley 13/2008 es de tal relevancia (procedimiento y garantías de la sesión parlamentaria del debate de investidura, y régimen jurídico de las sesiones del Gobierno) que su reforma es incompatible con la vía excepcional de la lectura única.

Por la razón expuesta, la reforma del artículo 35 de la Ley 13/2008, referido al régimen de sesiones y de adopción de acuerdos del Gobierno, debería tramitarse por el procedimiento previsto para los proyectos y proposiciones de ley de desarrollo básico del Estatuto, que es también el procedimiento competente, por mandato de la disposición final primera RPC, para la reforma del Reglamento del Parlament y, por tanto, el que corresponde aplicar para la modificación del artículo 4.2 de la Ley 13/2008, relativo al debate de investidura, teniendo en cuenta la reserva reglamentaria que lo afecta (según se analiza en el fundamento jurídico tercero).

Tercero. El examen de la adecuación del artículo primero de la Proposición de ley al principio constitucional y estatutario de la autonomía parlamentaria.

1. Como hemos indicado en el fundamento jurídico primero, el escrito de solicitud de dictamen enviado por los diputados del Grupo Parlamentario de Ciudadanos alega que «*la iniciativa legislativa aquí cuestionada pretende novar de manera sustancial una materia propiamente del bloque reglamentario*» ya que entienden que la regulación de la investidura que se propone modifica las previsiones del artículo 149 RPC. Por tanto, «*la misma debería seguir lo previsto en la disposición final primera del Reglamento del Parlament de Cataluña a efectos de la preceptiva modificación de dicho texto legal y que preceptúa que las reformas de este reglamento se tra-*

mitan por el procedimiento establecido por los artículos 129 y 130, sin la intervención del Gobierno».

Aunque dichas consideraciones están incluidas en el apartado del escrito de petición que denuncia la vulneración del artículo 23 CE por la utilización del procedimiento de lectura única, debemos destacar que se refieren a un problema muy diferente, que es el de la posible vulneración del principio de reserva de reglamento parlamentario por parte del artículo primero de la Proposición de ley cuestionada.

Examinaremos a continuación las determinaciones que contiene el Estatuto de autonomía sobre la naturaleza y el alcance del Reglamento del Parlament de Cataluña, tal como derivan del principio de autonomía parlamentaria. Posteriormente, y en base a estas consideraciones, resolveremos las dudas planteadas por los diputados solicitantes.

2. La autonomía parlamentaria es un principio basilar en todo estado democrático de derecho, directamente ligada a la separación de poderes, y es consecuencia de la especial posición que el Parlament ocupa como máximo representante del pueblo, elegido por sufragio universal y titular de la potestad legislativa y de la función de control del Gobierno. La mencionada autonomía se expresa mediante diferentes vertientes, entre las cuales es habitual recordar la presupuestaria, la organizativa y la normativa. Esta última, relativa a la elaboración y aprobación del reglamento parlamentario, es la más relevante, ya que es a través de su reglamento que la Asamblea garantiza y regula el ejercicio de las funciones que le corresponden. En suma, lo que se pretende con dichas exigencias es asegurar la capacidad plena de las cámaras para decidir de forma autónoma y sin intervención externa alguna las reglas relativas al ejercicio de sus funciones y a su organización.

El Estatuto de autonomía de Cataluña ha reconocido este principio con claridad y rotundidad. Así, el artículo 55.3 EAC declara el carácter inviolable del Parlament, y el artículo 58 EAC reconoce explícitamente el principio de autonomía parlamentaria en sus vertientes organizativa, financiera, administrativa y disciplinaria, incluyendo una específica referencia a su Reglamento, cuya aprobación y reforma requiere el voto favorable de la mayoría de los diputados en una votación final sobre el conjunto del texto.

La Constitución, en cambio, no contiene ninguna mención explícita a dicho principio, aunque debe entenderse que el artículo 72 CE lo reconoce implícitamente para las Cortes Generales. Así lo manifestó el Tribunal Constitucional en la STC 234/2000, de 3 de octubre (FJ 12), entre otras. También ha recordado en numerosas ocasiones la especial posición que ocupan los reglamentos parlamentarios en nuestro ordenamiento, directamente conectada con su contenido constitucionalmente tasado y con la naturaleza representativa de las asambleas legislativas y el pluralismo político, del cual son expresión y reflejo. Por su claridad, citaremos solo la STC 49/2008, de 9 de abril, que afirmaba:

«*Por lo que respecta a la pretendida vulneración del art. 72.1 CE, lo primero que cabe recordar es que nuestra jurisprudencia siempre ha relacionado la autonomía reglamentaria de las Cámaras con la propia autonomía parlamentaria (por todas, STC 234/2000, de 10 de*

octubre, FJ 12). De ahí que la primera tenga una dimensión interna que hace que los Reglamentos parlamentarios tengan una función ordenadora de la vida interna de las Asambleas Legislativas (STC 227/2004, de 29 de noviembre, FJ 2), así como que sean las Cámaras las que ordenen en exclusiva los derechos y atribuciones de los parlamentarios (STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 5), y las fases o procedimientos que se desarrollan en su seno (STC 234/2000, de 3 de octubre, FJ 12). Recientemente también hemos corroborado esta idea vinculando el Reglamento parlamentario con la esfera de decisión propia o con la capacidad autoorganizativa del Parlamento (STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 7).» (FJ 15)

En consonancia con lo afirmado, los reglamentos parlamentarios contienen auténticas normas jurídicas que se integran en el ordenamiento con unas características específicas, que han sido resaltadas por la doctrina académica y jurisprudencial, y también por nuestra doctrina consultiva:

A) En primer lugar, como decíamos en el DCGE 7/2017, antes citado, «*los reglamentos parlamentarios son normas primarias en el sentido que desarrollan directamente la Constitución y el Estatuto*» (FJ 2.1). Es más, son el resultado de una habilitación constitucional o estatutaria expresa («*directamente incardinados a la Constitución*», leemos en la STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3.*A*) y, por lo tanto, desarrollan los mandatos constitucionales o estatutarios sin normas interpuestas, ya que la materia que se les ha atribuido no puede ser regulada por ningún otro instrumento normativo.

B) En segundo lugar, son normas necesarias, a diferencia de las leyes, razón por la cual su aprobación resulta ineludible para la cámara respectiva, ya que derivan de un mandato imperativo de la Constitución o del Estatuto. Aunque este mandato no está sometido explícitamente a un plazo temporal, lo cierto es que, sin reglamento, la asamblea no podría ejercer sus funciones y facultades ni, por consiguiente, existir como tal.

C) El reglamento parlamentario regula materias específicas, directamente conectadas con su función de garantía de la autonomía parlamentaria. Lo que se pretende con dicha atribución exclusiva es evitar que agentes o instituciones externas, ya sea el Gobierno o cualquier otro que se haya previsto, puedan intervenir en la regulación de cuestiones que afectan directa o indirectamente a la autonomía de la Cámara. Por ello, estas materias están vetadas a la ley, la cual, por su propia naturaleza, comporta una intervención exterior, tanto en la fase de iniciativa como en la tramitación posterior e, incluso, en su etapa final de integración en el ordenamiento y de eficacia. Será suficiente con recordar, por ejemplo, las facultades de que dispone el Gobierno en el procedimiento legislativo para oponerse a la tramitación de determinadas iniciativas o enmiendas, previstas en el caso de Cataluña en los artículos 113 y 119 RPC.

Ahora bien, la mencionada reserva actúa como una limitación a la potestad legislativa, de modo que solo podrá aceptarse en la medida en que sea necesaria para garantizar la autonomía parlamentaria y, por tanto, quede circunscrita a su contenido. Es, pues, una reserva negativa, según la cual el reglamento parlamentario debe limitarse estrictamente a la

materia que tiene atribuida de forma exclusiva y excluyente. Como decíamos antes, dicha materia afecta sustancialmente a la regulación de la vida interna de las cámaras, a los derechos y a las prerrogativas de los diputados y a los procedimientos a través de los que ejercen sus facultades, de acuerdo con la exposición descriptiva contenida en la STC 49/2008 (FJ 15, antes reproducido).

No es necesario en este momento detallar de forma más precisa el alcance de la mencionada reserva, ya que lo único que interesa en el presente Dictamen es determinar cómo le afecta el procedimiento utilizado por el Parlament para investir al presidente o presidenta de la Generalitat. No obstante, ya podemos adelantar que muy frecuentemente se ha hablado de la necesaria colaboración entre el reglamento parlamentario y la ley cuando en el seno de una determinada materia pueden distinguirse submaterias o sectores diferenciados que deben atribuirse, según su naturaleza, a uno o a otra.

La STC 49/2008, citada anteriormente, resolvió un supuesto que podemos considerar incluido en esta problemática, relativo a la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, LOTC). Dicha Ley determinaba la presentación de candidatos por parte de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas para la elección de los magistrados del mencionado Tribunal que constitucionalmente corresponde al Senado, y la Sentencia declaró su constitucionalidad, por dos razones: en primer lugar, porque dicha previsión excedía de la esfera interna del Senado y exigía la intervención de los parlamentos autonómicos de modo que «*no sería posible que el Reglamento del Senado introdujese unilateralmente una participación de este tipo*», y, en segundo lugar, porque en lo que sí que afectaba a la forma en que el Senado ejercía su función de elección de los magistrados, la propia LOTC remitía expresamente al Reglamento de la Cámara, absteniéndose de cualquier otra consideración (FJ 15).

D) De acuerdo con las consideraciones anteriores, podemos concluir que el reglamento parlamentario no es una ley formal, aunque el propio Tribunal Constitucional haya afirmado en alguna ocasión que tiene «*fuerza de ley*» (STC 227/2004, de 29 de noviembre, FJ 2). No lo es porque se aprueba mediante un procedimiento que no es propiamente legislativo, en el que se excluye la intervención de sujetos o entidades externas, como indicábamos anteriormente. Su iniciativa corresponde a la Cámara, la tramitación en ponencia y en comisión es competencia de una comisión específica (la así denominada Comisión del Reglamento) y su aprobación requiere una votación final sobre la totalidad del texto por mayoría absoluta (art. 58.3 EAC y art. 61 y disp. final primera RPC, que remite a los arts. 129 y 130 para la aplicación del procedimiento establecido para las leyes de desarrollo básico del Estatuto). Finalmente, no es objeto de promulgación ni de sanción real o, en el caso de las leyes de Cataluña, de promulgación presidencial en nombre del rey (art. 65 EAC). Además, las normas que contiene se aplican por los órganos de la propia Cámara y, en la medida en que sustancialmente regulan la actividad parlamentaria, pocas veces producen efectos externos.

Sin embargo, cabe decir que, al mismo tiempo, los reglamentos parlamentarios

ya no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como simples reglas de derecho corporativo o estatutario y, en consecuencia, excluidas de cualquier tipo de control o conocimiento jurisdiccional en base a la conocida tesis de los *acta interna corporis*, como defendían determinadas posiciones doctrinales en el pasado. Al contrario, son normas jurídicas que se integran con plena virtualidad en el ordenamiento, las cuales, en algunos supuestos, pueden producir efectos fuera del ámbito interno de la cámara (STC 179/1989, de 2 de noviembre, FJ 5), ocupan una posición específica en el sistema de fuentes y, desde luego, están sujetas a la Constitución y al Estatuto. Es por este motivo que la LOTC previó su control por la vía del recurso de inconstitucionalidad, en condiciones idénticas a las que se aplican a las normas con rango y fuerza de ley (art. 27.2.*d* y *.f*). Y, además, los actos y disposiciones de los órganos parlamentarios están sujetos al control del Tribunal Constitucional, muy especialmente mediante el recurso de amparo (art. 42 LOTC).

Por las razones expuestas, los reglamentos parlamentarios se integran en el sistema de fuentes del derecho de conformidad con sus características específicas de normas primarias. Así, respecto a las leyes, mantienen una relación que no puede determinarse según el clásico principio de jerarquía, ni tampoco por el principio de sucesión de normas en el tiempo (*lex posterior derogat priori*). Consiguientemente, la posible colisión entre normas contenidas en unos y otras habrá de resolverse utilizando otros criterios, en particular el de competencia. Es decir, la ley no puede regular válidamente materias que están protegidas por la reserva de reglamento parlamentario, del mismo modo que este tampoco puede ir más allá del ámbito que tiene estrictamente reservado. Y, si fuera así, sería procedente que el juez o tribunal que tuviera que aplicar la mencionada ley se abstuviese de hacerlo, planteando la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. De hecho, en este ámbito, la norma parlamentaria dispone de fuerza pasiva incluso ante leyes posteriores, y únicamente puede ser modificada mediante el procedimiento de reforma que le corresponda.

A mayor abundamiento, en determinados supuestos y en la medida en que le corresponde la regulación del procedimiento legislativo, es el propio reglamento parlamentario el que se interpone entre la Constitución y la ley (o, en lo que interesa a efectos de nuestro Dictamen, entre el Estatuto y la ley), de forma que puede actuar como parámetro de constitucionalidad de las disposiciones legislativas. Como puede leerse en la STC 227/2004, anteriormente citada, «*[l]os Reglamentos parlamentarios, que tienen fuerza de ley y que en algunos supuestos pueden ser considerados como normas interpuestas entre la Constitución y las leyes y, por ello, en tales casos, son condición de la validez constitucional de estas últimas*» (FJ 2 y, en el mismo sentido, STC 132/2013, de 5 de junio, FJ 3, y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 6).

3. Una vez expuesto el marco constitucional y estatutario relativo al principio de autonomía parlamentaria y a la naturaleza jurídica de los reglamentos parlamentarios, nos hallamos en condiciones de aplicarlo a fin de resolver las dudas planteadas por los solicitantes sobre la validez del artículo primero de la Proposición de ley cuestionada, que introduce

nuevas reglas para la investidura del presidente o presidenta de la Generalitat.

En el Estado, el artículo 99 CE regula, de forma detallada, la investidura del presidente del Gobierno en cinco apartados, incluyendo todas las previsiones que se consideraron necesarias para la definición de un acto que, sin duda, es uno de los más relevantes que puede tener lugar en el funcionamiento ordinario de las instituciones del Estado. Además, dicho precepto constitucional no contiene ninguna remisión a la ley para su desarrollo, y es por ello que el resto de aspectos que no prevé expresamente han sido regulados por el Reglamento del Congreso de los Diputados, entendiéndose que todos ellos corresponden al ámbito propio de la autonomía de la Cámara. Por consiguiente, ni la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno ni ninguna otra ley, orgánica u ordinaria, contienen ninguna referencia a la investidura del presidente del Gobierno, ni tampoco respecto a la moción de censura.

En cambio, el Estatuto de autonomía de Cataluña no regula la investidura del presidente o presidenta de la Generalitat, dado que el artículo 67 EAC se limita a determinar que su elección corresponde al Parlament (apdo. 2) y a establecer un plazo máximo para llevarla a cabo (apdo. 3). Dicho esto, debemos resaltar dos cuestiones: por un lado, que tanto el artículo 58 EAC, anteriormente citado, como el ahora referido artículo 67.2 EAC contienen una remisión implícita al Reglamento del Parlament para la regulación de los aspectos de este procedimiento que tienen naturaleza interna y que, por tanto, están directamente ligados al principio de autonomía parlamentaria, y, por otro, la remisión a la ley que contenía el artículo 36.5 del Estatuto de 1979 («*[u]na ley de Cataluña determinará la forma de elección del presidente, su estatuto personal y sus atribuciones*») ha desaparecido en el actual Estatuto, manteniéndose solo en la parte relativa al estatuto personal del presidente (art. 67.5 EAC). De este modo, la única remisión legal que aquel contiene y que podría tener relación con la investidura es la referida a la posibilidad de regulación de la limitación de mandatos (art. 67.2 EAC).

En cuanto a la remisión a la ley prevista en el artículo 67.5 EAC, parece claro que no afecta en nada al procedimiento de investidura, ya que la regulación del estatuto personal del presidente o presidenta de la Generalitat se refiere a su condición como titular de este órgano, condición que solo adquiere una vez ha sido investido por el Parlament, nombrado por el rey y ha tomado posesión de su cargo. Por consiguiente, creemos que la mencionada remisión no legitima al legislador para trasladar dicha regulación, prevista únicamente para el presidente, al diputado que defiende su candidatura en el procedimiento de debate de investidura, porque incide en una materia que está reservada al Reglamento del Parlament.

Ante la situación descrita, y teniendo en cuenta el silencio del Estatuto, el Parlament de Cataluña optó por una regulación de esta materia que responde a criterios de colaboración entre la ley y el reglamento parlamentario, separando los respectivos ámbitos del siguiente modo:

Por una parte, la ley (en este caso, la Ley 13/2008) estableció una serie de reglas que podríamos considerar necesarias y sustanciales para definir la naturaleza de la investidura, tal como derivan de nues-

tro ordenamiento e incluso del derecho constitucional comparado. Tanto es así, que se limitó a reproducir con pequeñas variaciones las prescripciones que contiene el artículo 99 CE. Entre dichas reglas se incluyen la fijación de un plazo para el inicio del proceso que, al igual que el plazo máximo que impone el artículo 67.3 EAC, pretende limitar la prolongación de la situación extraordinaria de gobierno en funciones, que ya se encontraba en el artículo 50 de la anteriormente citada Ley 3/1982; la propuesta del candidato o candidatos; la necesidad de que el candidato presente un programa de gobierno ante el Pleno del Parlament, ya que se inviste el presidente en base a este programa y se inicia la relación de confianza que liga al uno con el otro, la cual es el elemento basilar en la forma de gobierno parlamentaria; la realización de un debate, imprescindible para garantizar el pluralismo político y el *ius in officium* de los diputados, y, finalmente, la exigencia o no de mayorías cualificadas en la votación y la posible realización de nuevas votaciones y nuevas propuestas de candidatos, en caso de que la propuesta inicial no haya obtenido el voto de la mayoría.

Y, por otra parte, los demás aspectos relativos a la investidura han sido regulados por el Reglamento del Parlament, en dos preceptos (arts. 149 y 150 RPC, ambos en el capítulo III del título IV) que, como indica su intitulación («*Del funcionamiento del Parlamento*»), están dedicados a cuestiones relativas a la forma en la que la Asamblea ejerce su función de elección del presidente y al procedimiento que emplea para hacerlo. En particular, el artículo 149 RPC («*Debate de investidura*») establece un conjunto de previsiones que examinaremos después con más detenimiento, entre las que cabe resaltar la forma y condiciones en que el candidato presenta su programa, el carácter oral y personal de la presentación, la ordenación del debate subsiguiente, con sus réplicas y contrarréplicas y el tiempo del que disponen los intervinientes, y la forma de votación final. Determinaciones todas ellas que, de acuerdo con lo razonado a lo largo de este fundamento jurídico, forman parte, sin duda, de un procedimiento que únicamente corresponde regular al propio Parlament en su Reglamento.

Por consiguiente, dicha separación entre los ámbitos respectivos del reglamento parlamentario y de la ley en la normación de la investidura del presidente o presidenta de la Generalitat es, a nuestro criterio, respetuosa con el principio de autonomía parlamentaria, tal como aparece consagrado en el artículo 58 EAC. En efecto, aunque el Estatuto no contiene ninguna remisión expresa a la ley para su desarrollo, tiene sentido que los aspectos sustanciales antes descritos de la elección del presidente o presidenta de la Generalitat, la cual es un acto que tiene una proyección indudable sobre el conjunto del sistema político, se regulen por una ley «cualificada». Por lo tanto, en sus términos actuales, la Ley 13/2008 se ajusta a los mandatos estatutarios y no invade el área reservada al reglamento parlamentario.

4. En cambio, el artículo primero de la Proposición de ley que estamos examinando contradice la mencionada separación, al atribuir a la ley la regulación de materias que integran el ámbito reservado al reglamento parlamentario. Efectivamente, de conformidad con todos los argumentos expuestos, el procedimiento a través del cual el Parlament debate y vota la investidura del candidato pro-

puesto para la presidencia de la Generalitat solo puede ser regulado por la propia Cámara. Más aún si consideramos que dicha regulación forma parte del núcleo esencial de la función representativa atribuida a los diputados (arts. 29 EAC y 23 CE). Consiguientemente, el nuevo párrafo del artículo 4.2 LPGG que pretende introducir la Proposición de ley analizada entra a normar una cuestión que corresponde al Parlament, al mismo tiempo que modifica de forma sustancial la regulación que contiene su Reglamento, como veremos seguidamente.

A) En primer lugar, el precepto objeto de las solicitudes prevé la presentación del programa de gobierno del candidato y la solicitud de confianza de la Cámara «*por escrito o por cualquier otro medio previsto en el Reglamento*».

Esta fórmula, que evita la obligación de asistencia del candidato al debate de investidura, incide en un aspecto que afecta plenamente y con carácter general a todos los diputados y diputadas en el ejercicio de su cargo, como es el derecho y el deber de asistencia a los debates y votaciones del Pleno y de las comisiones de las que son miembros (art. 4.1 RPC). Además, el Reglamento configura dicho deber como de carácter presencial, rasgo que refuerza en otros preceptos (arts. 73.2 y 85.3 RPC); y, si bien prevé, para determinados supuestos excepcionales, la posibilidad de delegación en caso de ausencia, la mencionada delegación solo afecta a la expresión del voto, y en ningún caso a las intervenciones y actuaciones que tienen lugar durante la celebración de las sesiones del Pleno o de las comisiones (art. 95 RPC).

Por tanto, es competencia del Reglamento del Parlament imponer el deber de asistencia a todos los diputados y, consiguientemente, también al candidato o candidata a la presidencia, que es precisamente el protagonista de la sesión. Asimismo, al contrario de lo que sucede en la investidura del presidente del Gobierno del Estado, el presidente de la Generalitat es elegido por el Parlament de entre sus miembros (art. 67.2 EAC), de manera que él mismo está sometido, como miembro de la Cámara catalana, a las exigencias reglamentarias expuestas de presencia y asistencia, también para la celebración de la investidura.

B) En segundo lugar, la norma dictaminada interfiere claramente en el contenido del artículo 149 RPC, en la medida en que regula aspectos primordiales de la articulación del procedimiento de elección del presidente o presidenta de la Generalitat en sede parlamentaria.

Pero es que, además, lo hace en clara contraposición con la regulación reglamentaria actualmente vigente, que se ocupa de la cuestión. En efecto, respecto a la posibilidad de presentar el programa de gobierno por escrito, a la que alude el artículo 4.2 LPGG propuesto, debemos recordar que el artículo 149 RPC exige una presentación oral del programa, ya que no puede ser otro el sentido de la expresión «*el candidato presenta, sin límite de tiempo, el programa de gobierno*» (art. 149.1, segundo inciso). Lo mismo podemos decir de la frase «*[e]l candidato puede hacer uso de la palabra tantas veces como lo solicite*» (art. 149.2) y de las continuas referencias a las respuestas que puede dar a los intervinientes.

Más importante aún es el hecho de que el Reglamento prescribe la celebración de una sesión específica para la investidura,

en la que hay un «debate». En otras palabras, una sesión en la que el candidato o candidata se enfrenta y responde dialécticamente a las intervenciones de los representantes de los grupos parlamentarios (que también deben ser orales, ya que disponen de un tiempo de treinta minutos para hacerlo). Por tanto, un debate con asistencia presencial en el que la oralidad y la inmediatez son elementos sustanciales, con posibles réplicas y contrarréplicas, y en el que la sesión puede suspenderse durante un tiempo no superior a las veinticuatro horas (art. 149.1 y .2 RPC).

Este debate no podría realizarse con una presentación del programa hecha por escrito en ausencia del candidato. Si bien el texto de la Proposición de ley mantiene silencio sobre esta cuestión, parece claro que el proceso de investidura se limitaría a la remisión del escrito del programa a los diversos grupos parlamentarios por cualquiera de los medios posibles (incluso por correo electrónico). Posteriormente, únicamente sería necesaria la convocatoria del Pleno del Parlament para la votación, también en ausencia del candidato.

En cuanto a la presentación del programa «por cualquier otro medio previsto en el Reglamento», que se incluye como fórmula alternativa a su remisión por escrito, entendemos que es una prescripción que no encuentra anclaje en el vigente Reglamento del Parlament, puesto que no prevé ninguna otra forma de presentación del programa de investidura que la establecida en el artículo 149 RPC, que hemos expuesto. No está claro cuál es el medio al que se refiere el texto de la Proposición de ley, si bien podemos intuir que podría referirse a un trámite en el que el candidato o candidata presenta su programa y participa en el debate de forma remota a través de medios telemáticos.

Si así fuera, solo haremos dos observaciones: la primera, que el Reglamento del Parlament no prevé actualmente la utilización de dichos medios para la investidura ni tampoco para la celebración de otros debates, ya que los preceptos relativos a las tecnologías de la información y comunicaciones regulan otras cuestiones (art. 95.3 RPC, para el voto telemático; art. 109.2 RPC, respecto al acceso de los ciudadanos a las tramitaciones y documentación parlamentarias, y art. 250 RPC, sobre la implementación de estas tecnologías en los servicios del Parlament y con los ciudadanos). En consecuencia, no resultan aplicables, ni siquiera por analogía, al procedimiento de investidura.

Y la segunda, que la aplicación de estos medios al procedimiento de investidura únicamente sería válida si el propio Parlament introdujera la regulación correspondiente en su Reglamento, en los términos que expondremos con más detalle en el fundamento jurídico siguiente.

En conclusión, el artículo primero de la Proposición de ley, que añade un nuevo párrafo al artículo 4.2 LPGG, tiene como objeto una regulación que invade una materia que está reservada al Reglamento del Parlament y que, por consiguiente, vulnera los artículos 58 y 67.2 EAC. Asimismo, habida cuenta de que permite una investidura en la que el candidato o candidata está ausente de la Cámara, no expone oralmente su programa ante el Pleno e, incluso, no se somete a las intervenciones, preguntas, réplicas y contrarréplicas de los diputados intervinientes, constituye una modificación del Reglamento parlamentario al margen del pro-

cedimiento establecido a estos efectos (disp. final primera RPC).

Cuarto. El examen de constitucionalidad y estatutariedad del artículo primero de la Proposición de ley y de las enmiendas 1 y 2, en relación con el procedimiento de elección del presidente o presidenta de la Generalitat.

Dilucidadas las cuestiones procedimentales y formales, nos corresponde ahora examinar el contenido material del artículo primero de la Proposición de ley objeto de dictamen, que incorpora un nuevo párrafo al artículo 4.2 de la Ley 13/2008. Así, en este fundamento jurídico enjuiciaremos el precitado artículo de la Proposición de ley según el parámetro de constitucionalidad y de estatutariedad aplicable al procedimiento de investidura, dando por sentado que nuestro análisis valorará la nueva propuesta (art. 4.2 Ley 13/2008) de conformidad con el margen que otorgan la norma fundamental y el Estatuto al legislador catalán a la hora de modificar la actual regulación del procedimiento de elección del presidente o presidenta de la Generalitat. Y todo ello, haciendo abstracción de la vigente formulación del Reglamento del Parlament, que sí que ha sido tomada en consideración y que se ha aplicado como parámetro de validez para escrutar la adopción de la vía de lectura única para tramitar la Proposición de ley de desarrollo básico del Estatuto objeto de dictamen (fundamento jurídico segundo) y determinar si la regulación de parte de dicha Proposición (art. primero) afecta a la reserva de reglamento parlamentario (fundamento jurídico tercero).

1. Sobre el supuesto de la ausencia del candidato en la Cámara en el debate de investidura, ya se dispone de varios pronunciamientos jurídicos, aunque de distinta naturaleza: el informe de los letrados del Parlament, de 15 de enero de 2018; los informes 84 y 85/2018, de 25 de enero, del Consejo de Estado, y, finalmente, la resolución del Tribunal Constitucional, ATC 5/2018, de 27 de enero, sin embargo, esta última, sin valor de jurisprudencia consolidada.

A) En cuanto al procedimiento de elección del presidente o presidenta de la Generalitat (art. 67.2 y .3 EAC) compartimos la opinión general de que se trata de un mecanismo o acto de naturaleza esencialmente personal y presencial. Es, *a priori*, el debate parlamentario más importante de una legislatura, en el cual el candidato propuesto por el presidente del Parlament debe presentar su programa de gobierno con el objetivo de lograr la confianza de la mayoría requerida de la Cámara a fin de ser investido. Como hemos señalado en el fundamento jurídico anterior relativo a la reserva de reglamento, se trata de un procedimiento *intuitu personae* que se insiere en el núcleo central del derecho parlamentario, dado que se convierte en el vehículo por el que se hace efectiva una de las funciones principales de las cámaras legislativas en un sistema parlamentario de corte no presidencialista, como es el caso del catalán.

Por tanto, el diputado o diputada, cuando acepta la iniciativa del presidente para comparecer ante el Pleno como candidato, debe estar en condiciones de realizar y completar con plenitud el debate de investidura, en el marco de las normas que regulan y ordenan la actividad parlamentaria que, como sabemos, es eminentemente presencial, tal como se desprende de determinados preceptos estatutarios y del propio Reglamento parlamen-

tario (arts. 60.3 y 73 EAC y, entre otros, arts. 3, 4, 43, 73, 85, 98, 152 a 154, 236, 237 o 241 RPC y, específicamente para la investidura, 149 y 150). Además, la propia tradición histórica del parlamentarismo occidental democrático otorga a la solemnidad de la presencia física de la cámara reunida en sesión una función que va más allá del mero aspecto formal, para convertirla en materialización y a la vez garantía de principios tan relevantes y sistémicos como son los de la representación de la soberanía popular, la participación política o la publicidad y transparencia de las instituciones públicas en su constitución y actuación.

Por todo ello, antes que nada y con carácter abstracto, se nos presenta como bastante compleja la opción de configurar una excepción a la regla general que exigen las condiciones de acto personalísimo y presencial del procedimiento de investidura. De entrada, debe descartarse cualquier fórmula que desvirtúe el carácter *intuitu personae* del procedimiento de investidura, como sería la del mecanismo de delegación, la cual, por el contrario, sí que es posible en el ejercicio de otras funciones del *ius in officium* que no exigen ineludiblemente la participación directa del diputado, como es el caso del voto.

B) Si acudimos al redactado que se propone del artículo 4.2 de la Ley 13/2008, puede comprobarse como el texto del nuevo párrafo, que parte de la situación de ausencia del candidato y la equipara analógicamente a los casos de ausencia del presidente de la Generalitat ya en el ejercicio de sus funciones (art. 6.1 Ley 13/2008), establece un supuesto de excepción a la norma actual que consideramos –ya lo podemos avanzar– incompatible con el orden constitucional y estatutario:

«*En caso de ausencia, enfermedad o impedimento del candidato o candidata en el momento de presentar el programa de gobierno y solicitar la confianza del Pleno del Parlamento, este podrá autorizar, por mayoría absoluta, la celebración del debate de investidura sin la presencia o sin la intervención del candidato o candidata. En este caso, la presentación del programa y la solicitud de confianza de la cámara podrán hacerse por escrito o por cualquier otro medio previsto en el Reglamento. La votación que deniegue la autorización prevista en este párrafo equivaldrá a una votación de investidura a los efectos del apartado 6º de este artículo*.»

Y nos pronunciamos en este sentido porque en su formulación incurre en una grave tacha que no es validable. Así, prevé explícitamente la posibilidad de que el Pleno del Parlament, por mayoría absoluta, exima al candidato del cumplimiento íntegro de su participación ante la Cámara en el debate de investidura «*sin la presencia o sin la intervención del candidato o candidata*».

Dicha articulación es manifiestamente inconstitucional y antiestatutaria habida cuenta de que facilita una aplicación de la norma que descabeza el contenido primordial y sustantivo del procedimiento de investidura, en la medida en que permite una ejecución de esta última que no cumpla escrupulosamente con los principios de oralidad, contradicción e inmediatez que deben constituir el núcleo del debate y la interlocución de la Cámara con el presidenciable previos a la votación.

Dicho de otra manera, si el precepto en cuestión faculta al Pleno para aprobar la supresión de la intervención del candida-

to y la sustituye por el consiguiente trámite «por escrito o por cualquier otro medio previsto en el Reglamento», afecta sustancialmente a la caracterización estatutaria y reglamentaria de la institución jurídica, a la vez que perjudica el derecho del resto de los diputados, no únicamente a debatir e interactuar con el candidato con plenas garantías sino también a recibir y percibir directamente su comunicación, verbal y no verbal, del programa de Gobierno y las subsiguientes réplicas que este pueda suscitar.

La mera previsión en el texto de una posible alternativa consistente en la presentación por escrito del programa o por otros medios previstos en el Reglamento, los cuales no son precisados ni regulados ni tienen actualmente reflejo reglamentario en el correspondiente régimen normativo y de garantías, resulta insuficiente para establecer una normativa que asegure la caracterización del núcleo esencial del procedimiento de elección del presidente de la Generalitat en su triple dimensión estatutaria del más alto representante del sistema institucional catalán, de jefe del Gobierno de la Administración de la Generalitat y de máximo representante ordinario del Estado en Cataluña (art. 67.1 EAC) y que, simultáneamente, preserve los derechos que integran el núcleo de la función representativa de los diputados, entre los cuales, las facultades de iniciativa, propuesta, participación en los debates y votación (art. 23 CE).

En los términos en los que se redacta la norma, se altera gravemente la reglamentación del necesario debate parlamentario, hasta el punto de incidir en uno de los elementos nucleares que hacen reconocible a dicha institución procedimental de máxima trascendencia política, dado que permite la omisión y sustitución de los mismos por otros que no garantizan los principios parlamentarios antes indicados. En definitiva, el contenido del precepto desdibuja el procedimiento de investidura a la vez que vulnera las garantías constitucionales de los diputados en el ejercicio de su función de representación política y, de forma especial, la de aquellos que se sitúan fuera de los márgenes de la mayoría que es susceptible de otorgar su confianza al candidato legítimamente propuesto.

En otras palabras, tal como está redactado el precepto, se sustrae de gran parte de la carga institucional que el Estatuto y el Reglamento del Parlament otorgan al debate de investidura como elemento clave del modelo de relaciones entre el poder legislativo y el ejecutivo e, incluso, del conjunto del sistema de autogobierno catalán en cuanto a la elección del presidente o presidenta de la Generalitat. Y, lo que es más relevante, en los términos en los que se encuentra configurada la propuesta del artículo 4.2, que desconoce u omite los principios de inmediatez, contradicción y oralidad y sus garantías, se afecta sustancialmente al proceso de conformación de la voluntad política de la Cámara en el procedimiento de otorgamiento de la confianza de los diputados al candidato sobre la base del programa de gobierno que este debe presentar y confrontar.

Y, llegados a este punto del razonamiento, creemos que no está de más recordar que el sistema parlamentario se rige con carácter general y prevalente por la regla de la mayoría, pero, de manera simultánea, debe dar cuidadoso cumplimiento a las normas sustantivas y de procedimiento que garantizan los derechos de la minoría. Y del mismo modo que la

mayoría parlamentaria tiene reconocida la facultad y la legitimidad para proponer y otorgar la confianza al diputado o diputada que reúna los requisitos para ser elegido presidente de la Generalitat, el resto de miembros de la Cámara situados en la oposición tienen, en virtud del correspondiente *ius in officium*, el derecho a que se lleve a cabo el preceptivo debate de investidura –y a participar en él–, y que el mismo no se sustancie de cualquier manera o en un formato no regulado por el Reglamento sino de forma completa y con todas las garantías. Las dos vertientes del procedimiento de elección del presidente o presidenta el cual, pese a su aparente naturaleza instrumental, está dirigido a constituir un futuro Gobierno no se limitan a ser puros trámites sino que constituyen un auténtico pilar y a la vez pórtico de la forma parlamentaria de gobierno, que se renueva y afianza al inicio de cada nueva legislatura.

Finalmente, y como último aspecto que examinaremos del precepto, debe indicarse que el último inciso de la propuesta del artículo primero de la Proposición, por el que se establece que «[l]a votación que deniegue la autorización prevista en este párrafo equivaldrá a una votación de investidura a los efectos del apartado 6º de este artículo», es también patentemente inconstitucional y antiestatutario. Resulta evidente que una eventual votación sobre la adopción de un mecanismo instrumental o procedimental –en el caso que nos ocupa respecto de medios alternativos a la presencia física del candidato– nunca puede equivaler o sustituir a un acto de contenido parlamentario esencial como es la sustanciación efectiva y completa del debate de investidura y la subsiguiente votación. La celebración efectiva de uno o más debates y su votación o votaciones, como requisito previo a la elección del presidente o presidenta de la Generalitat, está prescrita en el Estatuto (art. 67.2 y .3 EAC) y no es susceptible de ser omitida, sustituida o equiparada a ningún otro procedimiento o trámite en virtud de una ley o norma jerárquicamente inferior.

2. Una cuestión diferente y que no debe confundirse con el razonamiento en curso es la de la utilización de medios telemáticos y la participación remota. No cabe duda de que las actuales tecnologías abren nuevas posibilidades y escenarios inimaginables en el pasado e imprevisibles en clave de futuro y, en este sentido, las normas jurídicas deben estar atentas a incorporar las mejoras que contribuyan a la calidad institucional y democrática y refuercen el ejercicio de los derechos fundamentales, entre los que, sin duda, consta y destaca el de la participación política.

De este modo, una regulación que permitiera la intervención remota o a distancia del candidato, pero que a su vez preservara el carácter personalísimo del acto así como el debate y la discusión con los otros diputados, si obedeciera a unas causas objetivas, tasadas y compatibles con el resto del ordenamiento jurídico aplicable a la materia, podría tener encaje en el ordenamiento constitucional y estatutario. Dicha posibilidad adquiriría sentido como consecuencia de alguna condición limitativa que, de manera transitoria, afectara al candidato en el periodo de tiempo acotado que prevé el Estatuto para la elección de presidente o presidenta.

Pero insistimos en que se trataría de una eventual regulación de un supuesto excepcional, respetuoso con el resto del ordenamiento jurídico y que, asimismo,

fuera también compatible con la ejecución del acto completo de investidura por parte del candidato o candidata (presentación del programa y debate con la cámara); con las garantías para el pleno desarrollo del *ius in officium* de los diputados durante el debate, y con el ejercicio efectivo subsiguiente del cargo de presidente de la Generalitat por parte del aspirante, en el caso de que obtuviera la confianza parlamentaria para ser escogido.

Seguramente, la casuística que cumpliera dichos requisitos sería muy excepcional y estaría limitada a situaciones de enfermedades o de determinadas incapacidades que, de forma provisional, imposibilitaran al candidato o candidata a la presidencia para el acto de acudir físicamente al hemiciclo durante el periodo de tiempo en que debe producirse el debate y la votación de investidura, es decir, aquel acotado entre la constitución de la Cámara al inicio de una nueva legislatura y el plazo máximo que prevé el Estatuto para la elección del presidente de la Generalitat antes de la disolución de la Asamblea y la convocatoria preceptiva y automática de nuevas elecciones (art. 67.3 EAC). Así, a modo de ejercicio especulativo, se nos ocurre imaginar un caso en el que un candidato o candidata que hubiera sido propuesto por el presidente del Parlament, y en el periodo de los dos meses comprendido entre un primer o precedente Pleno de investidura y la disolución automática de la Cámara, se hallara incurso en una situación de inmovilidad transitoria, incluso sobrevenida, por razón de una enfermedad, accidente o circunstancia natural, que impidiera su presencia física en el hemiciclo pero que, por el contrario, sí que estuviera en plenas condiciones de acometer de forma remota o telemática la presentación del programa de gobierno y el subsiguiente debate con el resto de miembros de la Asamblea legislativa.

En todo caso, dicha opción solo debería poder estar prevista para los casos que, como acabamos de indicar, pese a responder a la mencionada limitación transitoria, sean compatibles y no contradictorios, desde el mismo momento de ser aceptados y tramitados por esta vía, con la inmediata y subsiguiente capacidad del candidato, si finalmente es escogido por el Pleno en ejercicio de su legítimo derecho estatutario, para tomar posesión y ejercer con plenitud el relevante cargo para el que ha sido votado mayoritariamente, según los términos que establece el Estatuto y la legislación aplicable.

Se trataría, pues, de un supuesto de regulación susceptible de estar previsto, si procede, por el Reglamento del Parlament que, eventualmente, debería concebirse partiendo del carácter de excepción –y, por lo tanto, únicamente para supuestos acotados por causas objetivas y tasadas– a la regla general del carácter presencial y personalísimo del procedimiento de investidura, y debería estar normado con el debido respeto a los principios y normas del derecho parlamentario que contribuyen a la conformación de la voluntad política de la cámara y los derechos *in officium* de los diputados y diputadas *ex* artículo 23 CE y al resto de normas constitucionales y estatutarias concurrentes en la materia.

En conclusión, retomando el hilo principal de nuestro examen y de acuerdo con la argumentación anteriormente desarrollada, el artículo primero de la Proposición de ley, que añade un nuevo párrafo al artículo 4.2 de la Ley 13/2008, en los términos en que se formula, es contrario al artículo 67.2 EAC y al artículo 23 CE.

3. Finalmente, debemos pronunciarnos sobre las enmiendas 1 y 2 del Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya, relativas, respectivamente, a la exposición de motivos y al propuesto apartado 2 del artículo 4 LPGG (que en la enmienda pasa a ser el núm. 3, con cambios irrelevantes desde el punto de vista de contenido), cuestionadas expresamente por los diputados del Grupo Parlamentario Socialistes i Units per Avançar, aunque no aportan ninguna argumentación específica.

Por su evidente conexión, el parámetro constitucional y estatutario, así como el razonamiento empleado, son exactamente los mismos que acabamos de exponer con motivo del artículo 4.2 de la Ley 13/2008. Además, en el caso de la enmienda 1, a fin de fundamentar la regulación del artículo primero, traslada de forma expresa y al mismo tiempo equivocada el régimen estatutario de suplencia o sustitución en caso de ausencia del presidente o presidenta de la Generalitat (art. 67.8 EAC) al candidato o candidata al mencionado cargo. Y ello es así porque, durante el procedimiento de investidura y antes de obtener la confianza de la Cámara para ser elegido, el candidato no tiene la condición de presidente de la Generalitat, sino únicamente la de diputado del Parlament, puesto que todavía no ha sido votado por la mayoría exigida por la Ley y el Reglamento y, por consiguiente, no ha sido nombrado ni ha tomado posesión del precitado cargo. En consecuencia, las enmiendas 1 y 2 del Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya son contrarias al artículo 67.2 y .8 EAC y al artículo 23 CE.

Quinto. El examen de constitucionalidad y de estatutariedad del artículo segundo de la Proposición de ley y de la enmienda 3, en relación con el régimen de sesiones y de adopción de acuerdos a distancia del Gobierno de la Generalitat

Tal como hemos anunciado en el fundamento jurídico primero, y sin perjuicio de nuestro pronunciamiento de inconstitucionalidad que afecta a toda la Proposición de ley por razón de la inadecuación del procedimiento parlamentario utilizado (FJ 2), nos corresponde ahora examinar el artículo 35 de la Ley 13/2008 (art. segundo Proposición) y, en concreto, el nuevo párrafo tercero. A continuación, analizaremos también la enmienda que afecta a este mismo artículo al que, como veremos, adiciona nuevos apartados. A tales efectos, y con el fin de resolver las dudas planteadas por las solicitudes, expondremos el orden constitucional y estatutario aplicable a las normas cuestionadas, el cual, de acuerdo con el contenido y finalidad de estas, debe referirse, por una parte, a la convocatoria, régimen de constitución y desarrollo de las sesiones y adopción de acuerdos a distancia en el caso del Gobierno y, por otra, al régimen de suplencia del presidente o presidenta de la Generalitat y de los consejeros o consejeras en caso de ausencia.

1. El artículo segundo de la Proposición de ley, como se ha indicado, introduce un tercer apartado al artículo 35 de la Ley 13/2008, del siguiente tenor literal:

«*3. Todos los órganos colegiados previstos en esta ley se pueden constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario. En las sesiones que celebren los órganos cole-*

giados a distancia, sus miembros podrán hallarse en diferentes lugares siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerando también [como tales] los telefónicos, y audiovisuales, la identidad de los miembros o personas que les suplan, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que estas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión. Entre otros, se consideran incluidos entre los medios electrónicos válidos, el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias.»

Los diputados peticionarios del Dictamen, miembros del Grupo Parlamentario Socialistes i Units per Avançar, cuestionan de entrada la norma transcrita alegando que permite «la existencia de un Gobierno cuyos consejeros y consejeras puedan no hallarse físicamente en Cataluña». De esta manera, dicen que no es posible que el Parlament ejerza la función de control del Gobierno si a las sesiones correspondientes no asisten el presidente o el resto de miembros del Gobierno y que esta situación sería contraria al derecho de participación política. Por su parte, la solicitud presentada por los diputados del Grupo Parlamentario de Ciudadanos no hace referencia al artículo segundo de la Proposición de ley que ahora nos ocupa, ni lo critica de forma expresa. Ahora bien, como hemos indicado en el fundamento jurídico primero, con ocasión de la presentación de enmiendas a la norma examinada, los diputados de este Grupo amplían sus críticas a la enmienda 3 y a la regulación que resultaría en caso de ser aprobada. Más adelante nos referiremos a ello.

Antes, sin embargo, de entrar en el análisis concreto del mencionado artículo segundo, debemos efectuar dos precisiones: por una parte, remitiéndonos a lo que hemos apuntado en el primer fundamento jurídico sobre la naturaleza del control de constitucionalidad y de estatutariedad de las leyes y a lo que hemos dicho en ocasiones anteriores (por todos, DCGE 19/2014, de 19 de agosto, FJ 1), debemos tener presente que nuestros dictámenes tienen una naturaleza técnico-jurídica. Esto es, de acuerdo con el marco institucional y jurídico que determina la función de este Consell, las opiniones que podamos emitir constituyen un control jurídico, que no puede ser político ni de oportunidad, conveniencia o de idoneidad técnica. Y no porque ignoremos el contexto fáctico que envuelve actualmente la tramitación de la Proposición de ley o porque pretendamos sortear o eludir una cuestión altamente sensible, sino porque no nos corresponde pronunciarnos sobre cuáles son las intenciones o finalidad del autor de la norma, su estrategia política o su último propósito. Por la misma razón, tampoco nos corresponde enjuiciar el uso o aplicación que se haga de la futura ley, ya que nos situaríamos en un juicio preventivo de esta que excedería nuestra tarea consultiva.

Y, por otra, de acuerdo con los argumentos que recogen las solicitudes, nos centraremos en el estudio del nuevo artículo 35.3 de la Ley 13/2008 en cuanto a su posible aplicación al Gobierno de la Generalitat y no al resto de órganos colegiados previstos en dicha Ley, como su Consejo Técnico.

2. Una vez ha quedado delimitado el objeto de nuestro pronunciamiento, expondremos el marco constitucional y estatutario que deberemos tener en cuenta a la hora de resolver las dudas de los

peticionarios en relación con este concreto precepto de la Proposición de ley.

Lo primero que debe decirse al respecto es que, a diferencia de los órganos colegiados ordinarios de la Administración de la Generalitat, el Gobierno fundamenta su existencia en la propia Constitución y, lógicamente, en el Estatuto, que es la norma que establece los principios básicos de su regulación. Concretamente, el artículo 152.1 CE prevé que, en los estatutos aprobados por el procedimiento al que se refiere el artículo 151 CE –entre los que se encuentra el Estatuto de autonomía de Cataluña–, la organización institucional autonómica se basará, entre otras instituciones, en «un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno».

Por su parte, el Estatuto integra al Gobierno en el sistema institucional de la Generalitat (art. 2.2 EAC) y establece su sede permanente en Barcelona (art. 10 EAC). A partir de aquí, en el capítulo III del título II, bajo la rúbrica «El Gobierno y la Administración de la Generalitat», dedica la sección primera (arts. 68 a 70 EAC) a la regulación del Gobierno como órgano superior colegiado que dirige la acción política y la Administración de la Generalitat y configura lo más esencial o principial de sus funciones, composición, organización (en este caso, con una remisión a una ley específica) y el cese de sus miembros. Además, le atribuye también el ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria (art. 68.1 EAC). Seguidamente, en la sección segunda (arts. 71 y 72 EAC), regula, separadamente del Gobierno, los principios de organización y funcionamiento de la Administración de la Generalitat, concebida como la organización que ejerce las funciones ejecutivas atribuidas por el Estatuto a la Generalitat (art. 71.1 EAC). Y, por último, el capítulo IV se ocupa de las reglas que rigen las relaciones entre el Gobierno y el Parlament, principalmente del derecho de participación del presidente o presidenta y de los consejeros o consejeras a asistir a las reuniones y comisiones del Parlament y a intervenir en ellas, lo que puede convertirse también en un deber en caso de que sean requeridos (art. 73 EAC); de la responsabilidad política del Gobierno y sus miembros ante la Cámara catalana de acuerdo con la función de control que le corresponde a esta (art. 74 EAC), y de la facultad extraordinaria que tiene el presidente o presidenta, con la previa deliberación del Gobierno, de disolver anticipadamente el Parlament (art. 75 EAC).

Vista la posición institucional preeminente que ocupa, podemos definir al Gobierno como el órgano estatutario que se convierte en el centro del sistema político catalán. Es por esta razón, precisamente, que el artículo 68.3 EAC reserva para una ley específica, de desarrollo básico del Estatuto (art. 62.2 EAC), la regulación de «la organización, el funcionamiento y las atribuciones». Esta norma es hoy la tantas veces citada Ley 13/2008, precisamente la que la Proposición de ley objeto del presente Dictamen pretende modificar.

Es conveniente retener también que el Gobierno participa de una naturaleza dual o bifronte, en el sentido de que sus competencias son políticas y administrativas. Por ello, como hemos apuntado, el

artículo 68 EAC distingue la función política, que deriva de que lo califique de «órgano superior colegiado» que «dirige la acción política», de otra misión de orden jurídico, en cuanto que «[e]jerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria».

En este sentido, deberemos tener en cuenta que el funcionamiento del Gobierno está regido por tres principios básicos: el de *dirección presidencial*, que asigna al presidente o presidenta la competencia para impartir instrucciones y determinar las directrices políticas que deberá seguir el Gobierno y cada uno de los departamentos; el de *colegialidad*, en la medida en que está integrado por un conjunto de personas que contribuyen a formar la voluntad del órgano, y, finalmente, el que podemos denominar *principio departamental*, que otorga al titular de cada departamento una amplia autonomía y responsabilidad en el ámbito de su respectiva gestión.

Por lo que ahora interesa, debe ponerse de relieve que la anteriormente mencionada facultad de dirección, junto con otras funciones constitucionales del presidente descritas en el fundamento jurídico anterior, comportan que este último no se integre en el seno de la Administración autonómica (art. 67.1 EAC). Además, las singularidades que derivan del principio de dirección presidencial deben compaginarse con el hecho de que, al ser el Gobierno un órgano de naturaleza colegiada, sus decisiones se deben adoptar por mayoría simple (art. 29 LPGG) y con un cuórum de presencia mínima (el presidente o presidenta o quien lo sustituya y, al menos, la mitad de los consejeros o consejeras) para que tengan validez (art. 28.2 LPGG). En este sentido, queremos remarcar que el papel preeminente del presidente desvirtúa en cierta medida la regla de las mayorías. Y ello es así, no lo olvidemos, porque sobre él recae la votación de la investidura y la facultad de proponer y cesar a los consejeros, aparte de que es el único legitimado para llevar a cabo algunos de los actos políticos más destacados del Gobierno, como son el de someterse a una cuestión de confianza o disolver el Parlament.

Respecto a las reuniones del Gobierno, el artículo 10 EAC, al que nos hemos referido, establece que la sede permanente de este órgano es Barcelona, sin perjuicio de que pueda reunirse en otros lugares de Cataluña, de acuerdo con lo establecido por la ley. De esta regla de territorialidad estricta, que, por otra parte, es de aplicación directa y, consiguientemente, no es necesario que la ley reitere, resulta que, para su válida constitución, a efectos de la celebración de sesiones y deliberaciones así como de la toma de acuerdos, las reuniones deben tener lugar en Barcelona, aunque, ocasionalmente puedan llevarse a cabo en otros lugares, si bien siempre en territorio catalán. Y el anterior criterio rige también, si tenemos en cuenta el régimen de ausencia al que después nos referiremos, para las sesiones que se celebren a distancia, en el caso de que los miembros del Gobierno se hallen en lugares diferentes y participen en las mismas por medios electrónicos. Todo ello sin perjuicio de que para la validez de su constitución y consiguiente adopción de acuerdos se exija, además, un concreto cuórum de asistencia.

El régimen de sesiones del Gobierno que se ha descrito se completa estatutariamente con una previsión específica sobre los mecanismos de suplencia y sustitu-

ción del presidente o presidenta de la Generalitat. El primero operaría en los supuestos de ausencia o enfermedad y el segundo, en el caso de cese por incapacidad o defunción. Así, el artículo 67.8 EAC dispone textualmente que:

«[e]l Consejero Primero o Consejera Primera, si lo hubiere, o el Consejero o Consejera que determine la ley suple y sustituye al Presidente o Presidenta de la Generalitat en los casos de ausencia, enfermedad, cese por causa de incapacidad y defunción. La suplencia y la sustitución no permiten ejercer las atribuciones del Presidente o Presidenta relativas al planteamiento de una cuestión de confianza, la designación y el cese de los Consejeros y la disolución anticipada del Parlamento.»

3. A continuación, y a la vista de las consideraciones efectuadas en el apartado anterior, sobre el canon de constitucionalidad y de estatutariedad aplicable al régimen jurídico de las sesiones del Gobierno, debemos analizar ahora si el precepto cuestionado por los diputados se ajusta a él.

A tal efecto debemos recordar nuevamente, aunque sea de forma muy sintética, el contenido del nuevo apartado 3 del artículo 35 LPGG, que incorpora el artículo segundo de la Proposición de ley y que hemos reproducido al inicio del presente fundamento jurídico. Este precepto establece que, a menos que el reglamento interno del órgano respectivo diga expresa y excepcionalmente otra cosa, todos los órganos colegiados previstos en la Ley 13/2008 –entre los cuales, el Gobierno– se pueden constituir, convocar, celebrar las sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia.

Igualmente, de entrada, debemos remarcar que, salvo el inciso «previstos en esta ley», el nuevo artículo 35.3 es una transcripción literal del apartado 1 del artículo 17 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en lo sucesivo, LRJSP), relativo a las convocatorias y sesiones de los órganos colegiados de las diferentes administraciones públicas. Este precepto legal, siguiendo el camino previamente trazado por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (disp. ad. primera), normaliza el funcionamiento de los órganos colegiados a través de medios electrónicos, en plano de igualdad con el funcionamiento presencial. Y lo efectúa sin establecer ninguna limitación por razón de la materia ni exigir tampoco que se dé ninguna circunstancia específica. También lo hace así la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña (en lo sucesivo, LRJPAPC) en relación con los órganos colegiados de las administraciones públicas catalanas, cuando afirma que su funcionamiento y las comunicaciones y documentación correspondientes pueden tener lugar de forma presencial, a distancia o mixta, y a través de cualquier soporte, de conformidad con lo establecido por la propia ley (art. 13.2).

Ahora bien, el mencionado artículo 17 y también el resto de preceptos que regulan con carácter general los órganos colegiados que integran las administraciones públicas (arts. 15, 16 y 18 LRJSP), pese a gozar de naturaleza básica (disp. final decimocuarta), no son de aplicación, por mandato expreso de la disposición adicional vigesimoprimera LRJSP, «a los órganos colegiados del Gobierno de la Nación, los órganos cole-

giados de Gobierno de las Comunidades Autónomas y los órganos colegiados de gobierno de las Entidades Locales». Y esto es así, fundamentalmente, porque aquella regulación se dirige a órganos puramente administrativos, que no presentan las características especiales del Gobierno en su condición de órgano político, lo que justifica que, *a priori*, se sustraiga este último de las reglas comunes de los órganos colegiados administrativos ordinarios, entre ellas las del funcionamiento electrónico. En efecto, el Gobierno del Estado, los de las comunidades autónomas y también los de los entes locales, aunque se organizan de forma colegiada en cumplimiento de las funciones que, según ya hemos anticipado, les atribuyen la Constitución y los respectivos estatutos de autonomía, se rigen por su propia normativa, la cual permite ajustar mejor su funcionamiento a la naturaleza bifronte a la que antes nos hemos referido. De hecho, también la normativa catalana sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas dispone la misma exclusión a la hora de determinar su ámbito de aplicación (disp. ad. segunda LRJPAPC).

Sin embargo, estas diferencias no implican la prohibición absoluta de incorporar alguna de aquellas reglas (entre otras, el funcionamiento electrónico) a la regulación del Gobierno, siempre y cuando, lógicamente, el legislador competente lo crea conveniente y lo efectúe de modo que no desdibuje la naturaleza gubernamental del órgano.

Entrando ya en el contenido sustantivo del artículo segundo de la Proposición de ley, consideramos que no debe haber duda alguna respecto a la posibilidad de que la convocatoria o la remisión de actas se lleven a cabo por medios electrónicos, de forma que los reproches se proyectarían, específicamente, en relación con la constitución, celebración de las sesiones y adopción de acuerdos, cuando sus miembros participen por vía telemática desde diferentes lugares.

Cabe decir, a título indicativo, que el ordenamiento jurídico catalán, actualmente, ya regula la utilización de medios telemáticos respecto del propio Gobierno y sus órganos de asistencia y apoyo (art. 35.1 y .2 LPGG). En efecto, el texto actualmente vigente del artículo objeto del presente Dictamen dispone que el Gobierno y los órganos que le dan asistencia y apoyo «pueden utilizar, para el cumplimiento de sus funciones, redes de comunicaciones o cualquier otro medio telemático, siempre y cuando se hayan establecido mecanismos que permitan garantizar la identidad de las personas que emiten y reciben las comunicaciones y permitan garantizar la autenticidad de los mensajes, las informaciones y las manifestaciones transmitidos, tanto verbalmente como por escrito». Lo que ahora hace el nuevo apartado 3, que pretende añadirse, es completar esta regulación precisando que, además de la lógica admisión de la convocatoria y la remisión de actas a distancia, la constitución, el desarrollo de las sesiones y la adopción de acuerdos también puedan llevarse a cabo por medios electrónicos.

Igualmente, a modo ilustrativo, resulta oportuno indicar que otras comunidades autónomas se han adaptado a la nueva realidad tecnológica incorporando los medios electrónicos o telemáticos en el funcionamiento de sus gobiernos, posibilitando también la constitución, la celebración de reuniones y la toma de acuerdos a distancia (manteniendo también el cuórum de presencia). Este es el

caso, por ejemplo, del artículo 15 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del presidente y del Gobierno de Aragón, que prevé, que «[e]l Gobierno podrá constituirse y adoptar acuerdos mediante el uso de medios telemáticos». Igualmente lo admite el artículo 33 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el cual, después de establecer que «[e]l Consejo de Gobierno podrá utilizar redes de comunicación a distancia o medios telemáticos para su funcionamiento», añade, en el apartado 2, que «[e]n la celebración de las reuniones en las que no estén presentes en un mismo lugar quienes integran el Consejo de Gobierno, la persona titular de la Secretaría del Consejo de Gobierno hará constar esta circunstancia en el acta de la sesión, y verificará el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley para la válida constitución del órgano y para la adopción de sus acuerdos».

Llegados a este punto, cabe indicar que es innegable que los medios electrónicos constituyen una herramienta muy útil porque, cuando las circunstancias del caso lo justifiquen y siempre, huelga decirlo, en el marco de lo jurídicamente lícito, agilizan la actuación del Gobierno. Es decir, en la medida en que debe ser un órgano de funcionamiento continuo, las tecnologías pueden facilitar la toma de acuerdos y, consiguientemente, que el Gobierno pueda actuar en cualquier momento que sea necesario u oportuno.

Ello no significa, sin embargo, que sea imaginable ni constitucional ni estatutariamente admisible que las sesiones a distancia del Gobierno desplacen el régimen general de las sesiones presenciales en la sede permanente de este, la ciudad de Barcelona (art. 10 EAC). En efecto, por su propia naturaleza, este órgano, que debe desarrollar las funciones estatutariamente atribuidas de manera visible, eficaz y próxima a los ciudadanos que gobierna, se rige por la regla de la vigencia del principio de inmediatez. En este sentido, no olvidemos que la razón de ser de la formación de la voluntad colegial es el intercambio de opiniones y la integración de las voluntades individuales que se produce con la deliberación y la participación directa y presencial en las sesiones. Además, el requisito de territorialidad exigido por el Estatuto, y que entendemos que junto con el cuórum de presencia que determina la ley lo es también de válida constitución del Gobierno, es el que aporta seguridad jurídica y determina el juez competente a efectos de una posible impugnación y control de los acuerdos que se hayan adoptado.

Desde otra perspectiva, una situación como la descrita de funcionamiento del Gobierno fuera de Cataluña, acompañada de la circunstancia de que sus miembros no podrían asistir a las reuniones del Parlament, probablemente también comportaría una dificultad añadida para el ejercicio de un aspecto esencial de la función representativa que corresponde a los diputados en la vertiente de control e impulso de la acción política de gobierno (art. 23 CE), a través de las diversas iniciativas parlamentarias previstas en el Reglamento (arts. 55.2, 71 y 72 EAC y 149 a 157 RPC). No obstante, esta hipótesis constituiría una translación indebida de la norma al ámbito de las relaciones entre el Gobierno y el Parlament que no nos corresponde enjuiciar.

Así pues, efectuadas las anteriores advertencias y sin perjuicio del vicio de

antiestatutariedad formal en el que incurre la Proposición de ley objeto de dictamen, según hemos concluido en el fundamento jurídico segundo, entendemos que, en cuanto al fondo de la regulación, el régimen de sesiones del Gobierno a distancia, tal como queda formulado en la norma dictaminada, es respetuoso con el bloque de la constitucionalidad. En efecto, es estatutariamente legítimo e incluso recomendable desde el punto de vista de la política legislativa admitir que en caso de que algún miembro del Gobierno de la Generalitat no pueda estar presente físicamente en las reuniones de este órgano en su sede pueda intervenir a distancia para manifestar sus opiniones y votos. Sin embargo, queremos volver a recordar que esta participación remota se circunscribe a una asistencia no presencial en el ámbito territorial catalán, de forma que excluye la de los miembros que se hallan en situación de ausencia, es decir, los que están fuera de Cataluña, ya que en este caso se aplica el régimen de suplencia previsto expresamente en el Estatuto para el presidente o presidenta de la Generalitat y en la Ley para los otros miembros del Gobierno, al que posteriormente aludiremos, al examinar la enmienda 3.

Y lo anterior sin perjuicio de que, vista la insuficiencia del redactado, por el carácter genérico de la regulación propuesta, deba aprobarse una normativa específica que discipline la forma en la que deben desarrollarse estas sesiones. Es decir, puede articularse el funcionamiento del Gobierno por medios electrónicos siempre y cuando, reglamentariamente, se fijen los criterios que permitan asegurar el contenido de las manifestaciones, el momento en que estas se producen, la interactividad y la intercomunicación entre sus miembros en tiempo real. Con todo, pese al innegable avance que supone la posibilidad de que los órganos colegiados puedan actuar a distancia, somos conscientes de que el éxito de estas sesiones y de las actuaciones que se deriven estará ligado al hecho de que se puedan llevar a cabo con las garantías mencionadas, lo que dependerá del buen funcionamiento de los medios electrónicos utilizados.

En cuanto al último aspecto mencionado, para finalizar, queremos hacer una consideración respecto a la operatividad y oportunidad de uno de los medios que el precepto que dictaminamos propone como válido para la celebración de las sesiones a distancia: el correo electrónico, que equipara a las audioconferencias y videoconferencias. A nuestro parecer, el correo electrónico no es un medio adecuado para la celebración de las sesiones, ya que no permite mantener la oralidad en el funcionamiento del órgano ni, en su caso, la emisión simultánea de todos los votos, después de la deliberación. Ahora bien, entendemos que, en cambio, sí que puede ser un medio idóneo para preparar y convocar las sesiones y también, lógicamente, para remitir las actas resultantes y otros documentos relacionados.

Las anteriores consideraciones nos llevan a concluir que el artículo segundo de la Proposición de ley, que añade un nuevo apartado 3 al artículo 35 LPGG, no vulnera el Estatuto.

4. A continuación, examinaremos la enmienda 3, que propone modificar el artículo segundo de la Proposición de ley objeto del presente Dictamen.

Para comenzar, hay que aclarar que, aunque literalmente la enmienda indica que

añade cuatro nuevos apartados (el 3, el 4, el 5 y el 6) en el artículo 35 LPGG, la alteración que pretende realizar se concreta, *de facto*, respecto del texto de la propuesta inicial, en los apartados 5 y 6, ya que los otros dos son una mera transcripción del apartado 3 de la Proposición de ley, con dos únicos cambios consistentes en añadir expresamente al Gobierno en el encabezamiento del precepto como destinatario de la norma y en numerar el que inicialmente era el segundo párrafo del apartado 3 como nuevo apartado 4, además de algunas correcciones meramente estilísticas, que en ningún caso afectan a la primera redacción y, por consiguiente, que no hacen variar el contenido del pronunciamiento de estatutariedad que acabamos de efectuar en el apartado anterior de este mismo fundamento jurídico.

Así pues, por los motivos que acabamos de exponer, nos centraremos solo en los mencionados apartados 5 y 6 del artículo 35 LPGG, aunque reproduciremos íntegramente la enmienda 3 para un mejor seguimiento de nuestra argumentación:

«*Artículo 2*

Se añaden cuatro nuevos apartados, el 3, el 4, el 5 y el 6, al artículo 35 de la Ley 13/2008, con el texto siguiente:

3. El Gobierno y el resto de órganos colegiados comprendidos en el ámbito de esta ley se pueden constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de manera presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario.

4. En las sesiones que celebren los órganos colegiados a distancia, sus miembros podrán hallarse en diferentes lugares siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerados también como tales los telefónicos y los audiovisuales, la identidad de los miembros o las personas que les suplan, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que estas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión. Entre otros, se consideran incluidos entre los medios electrónicos válidos el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias.

5. Lo previsto en el apartado 4 será de aplicación en todo caso a las deliberaciones y decisiones del Gobierno con preferencia a lo establecido por el artículo 28.2, de la presente ley.

6. Cuando los miembros del Gobierno despachen los asuntos y funciones que les corresponde por medios telemáticos se entenderá que no concurre el supuesto de ausencia previsto en los artículos 6.1, 12.1.k, 14.5 y 20 de esta ley.»

Los diputados solicitantes del Grupo Parlamentario Socialistes i Units per Avançar consideran, repitiendo literalmente los mismos argumentos que habían manifestado respecto del texto de la Proposición, que la enmienda en cuestión refuerza, más aún, que se trata de una propuesta encaminada a permitir «la existencia de un Gobierno cuyos consejeros y consejeras puedan no hallarse físicamente en Cataluña». Respecto a los preceptos que podrían resultar vulnerados por el texto de la enmienda, citan una retahíla de hasta diez artículos de la Constitución y del Estatuto, que solo remotamente tienen algo que ver con la

materia que incorporan los mencionados apartados 5 y 6.

Por su parte, los diputados del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, aunque avalan que la vigente normativa permita que los miembros del Gobierno utilicen los medios telemáticos en el cumplimiento de sus funciones, sostienen que lo que pretende la enmienda es «la desnaturalización de la esencia de la función ejecutiva de los miembros de un ejecutivo autonómico», a través «de excusar por mor de su mención en la ley la debida y esencial presencia de los miembros del ejecutivo autonómico en el desempeño de sus competencias y funciones». Reproche que, como veremos posteriormente, proyectan de manera más específica sobre el apartado 6.

A) Entrando ya en el análisis de las dudas que suscita esta enmienda, y dando por reproducidos los argumentos que sustentan nuestra opinión sobre la adecuación al Estatuto del contenido de la regulación efectuada por el apartado 3 del texto del artículo 35 inicialmente propuesto (en la enmienda, apdos. 3 y 4), iniciaremos nuestro examen por el apartado 5, que declara que el apartado 4 es de aplicación preferente a lo establecido por el artículo 28.2 LPGG. Cabe recordar que este último precepto dispone que «[p]ara que las deliberaciones y decisiones del Gobierno sean válidas, es preciso que estén presentes el presidente o presidenta de la Generalidad, o quien lo supla, y por lo menos la mitad de los consejeros».

Como ha quedado expuesto, los solicitantes del Grupo Parlamentario Socialistes i Units per Avançar alegan que, en este punto, la enmienda refuerza todavía más el argumento de que pueda constituirse un Gobierno en el que sus miembros no se hallen físicamente en Cataluña. Así parecen deducirlo del hecho de que, como el apartado 5 dice que lo dispuesto en el mismo se aplicará con preferencia a lo prescrito por el artículo 28.2 LPGG, es decir, que para la válida constitución del Gobierno no sería necesaria la presencia del presidente o presidenta ni, al menos, la mitad de los consejeros o consejeras, cabría la posibilidad de que el Gobierno se reuniera por medios electrónicos, hallándose el presidente fuera de Cataluña. En ese sentido, queremos insistir nuevamente en lo que ya hemos descartado al examinar el texto de la Proposición de ley, porque el Estatuto directamente no permite que el Gobierno pueda celebrar válidamente sesiones con la asistencia remota del presidente o presidenta cuando esté fuera de Cataluña, dado que en esta situación debe considerarse ausente y, por consiguiente, sometido al régimen de suplencia previsto en el artículo 67.8 EAC.

Por otro lado, una lectura atenta de ambas normas (arts. 35.5 y 28.2 LPGG) permite concluir que no puede haber una verdadera relación de preferencia de un precepto sobre el otro, habida cuenta de que ni se contraponen ni se excluyen mutuamente, sino que regulan cuestiones diferentes que, ciertamente, más bien se complementan. Así, el artículo 28.2 LPGG fija un cuórum mínimo de presencia para la válida constitución del Gobierno que la enmienda, en principio, parece considerar que no resulta suficientemente adecuado para aplicarlo a las sesiones del Gobierno a distancia, razón por la cual el artículo 35.5 LPGG, que se ocupa precisamente de este tipo de reuniones, lo excluiría, pero sin fijar, por el contrario, un cuórum propio. De este modo, cabe decir que lo que podría

haber regulado la enmienda es la modificación del artículo 28.2 LPGG para adaptarlo mejor a la nueva realidad de las sesiones por medios electrónicos; sin que ello signifique que mantener el sistema de cuórum actualmente vigente no sea también una opción válida. Este último es el criterio que, por ejemplo, han adoptado las dos comunidades autónomas al admitir la modalidad de sesiones a distancia, a las que nos hemos referido anteriormente.

Dicho de otra manera, entendemos que, en buena técnica legislativa y dada la finalidad que persigue, habría sido más apropiado que la enmienda hubiera previsto, simplemente, que para la válida constitución del Gobierno, a efectos de la celebración de reuniones, deliberaciones y adopción de acuerdos, en el cuórum establecido en el tantas veces citado artículo 28.2 LPGG se computa tanto la asistencia presencial como a distancia. Lo anterior, según ya ha quedado expuesto de forma más extensa al examinar el texto inicial del artículo segundo de la Proposición de ley, siempre teniendo en cuenta que en ausencia del presidente, es decir, si se halla fuera de Cataluña, quien deberá presidir el Gobierno será el consejero primero y, si este no ha sido designado, el consejero al que corresponda según el orden de prelación (art. 67.8 EAC).

En consecuencia, por más que esta defectuosa técnica legislativa, que conlleva precisamente la exclusión del único precepto que se refiere al cuórum, podría hacer pensar que no queda legalmente garantizado un mínimo aceptable de representatividad a fin de que los acuerdos o resoluciones adoptados cuenten con legitimidad democrática, el apartado 5 puede interpretarse en el sentido de que, como cualquier otro órgano colegiado, para la válida constitución del Gobierno es necesario que asistan, en presencia o a distancia (pero siempre estando en Cataluña, por imperativo de los arts. 10 y 67.8 EAC), el presidente o presidenta de la Generalitat, o quien ejerza la suplencia, y al menos la mitad de los consejeros o consejeras.

Por las razones que acabamos de exponer, hay que concluir que la enmienda 3 presentada por el Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya, de modificación del artículo segundo de la Proposición de ley objeto del presente Dictamen, en la parte que añade un nuevo apartado 5 al artículo 35 LPGG, no vulnera el Estatuto. No obstante, recomendamos, por hallarse en vías de tramitación parlamentaria, la reformulación del precepto en el sentido de establecer, de forma expresa, el cuórum necesario para la válida constitución del Gobierno en las sesiones que se celebren a distancia.

B) Nos corresponde ahora examinar el nuevo apartado 6 que la misma enmienda 3 pretende incorporar al artículo 35 LPGG. De acuerdo con el texto que se propone adicionar, referido a la actividad ordinaria del Gobierno, cuando sus miembros despachen por medios telemáticos los asuntos y funciones que les corresponden, no resulta aplicable el conjunto del régimen de suplencia y sustitución que prevé la Ley 13/2008 para los supuestos de ausencia, enfermedad o impedimento y, por tanto, en lo que ahora interesa, excluye la suplencia del presidente o presidenta de la Generalitat (art. 6.1), del consejero primero o consejera primera (art. 14.5), del vicepresidente o vicepresidenta (art. 15.4, que, por cierto, el texto de la enmienda no menciona) o el encargo, a otro consejero o

consejera, del despacho ordinario de los asuntos y funciones que corresponden al consejero o consejera, cuando estén ausentes de Cataluña (arts. 12.1.*k* y 20).

Los diputados, del Grupo Parlamentario Socialistes i Units per Avançar, de manera excesivamente imprecisa y con argumentos que, de hecho, se dirigen exclusivamente a cuestionar el procedimiento de investidura no presencial (que hemos examinado en el FJ 4), se dirigen a este Consell cuestionando si las modificaciones introducidas por las enmiendas a la Proposición de ley de modificación de la Ley 13/2008 son compatibles con la Constitución y el Estatuto, o bien, por el contrario, si suponen una posible infracción de los artículos 1, 2.4, 3, 29.1, 38, 60.3 y 62.2 EAC, así como de los artículos 1.2, 2, 9.1, 9.3, 14 y 23.2 CE los cuales, a nuestro parecer, como hemos indicado antes, poco tienen que ver con el contenido de la regulación que propone la enmienda número 3.

Por su parte, los peticionarios del Dictamen, del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, consideran, según ha quedado expuesto, que el apartado 6 busca el efecto de excusar la presencia de los miembros del Gobierno, que entienden como debida y esencial, en el ejercicio de sus funciones. En definitiva, alegan que incorpora una excusa general y no causalizada del deber de asistencia y de implicación personal, directa y presencial en el cumplimiento de las funciones del Gobierno. A ello añaden que la regulación que pretende incorporar la enmienda «habilitaría injustificadamente el "ejercicio" de funciones ejecutivas e institucionales de manera permanente, sin el más mínimo contacto o la más mínima proximidad con los asuntos propios de la Generalitat o incluso al propio territorio de Cataluña, antojándose harto complicado o casi imposible el correcto y normal funcionamiento de las funciones que el artículo 68 EAC encarga al ejecutivo autonómico».

Por último, reprochan que podría darse el caso de que los miembros del Gobierno «"actuasen" permanentemente en el ejercicio de sus funciones ejecutivas empleando la habilitación legal que pretende arbitrar la iniciativa aquí cuestionada, sustrayéndose al control directo parlamentario por vía de las diferentes modalidades de control como las preguntas, interpelaciones, mociones, comparecencias, etc.».

Con el objeto de dar una respuesta adecuada a los reproches planteados sobre este punto de la enmienda, debemos empezar por referirnos nuevamente al artículo 67.8 EAC, que dispone, según hemos reiterado, que en los casos de ausencia del presidente o presidenta de la Generalitat debe sustituirlo el consejero primero o consejera primera, si existe, o el consejero o consejera que determine la ley. Todo ello, teniendo en cuenta que, como el propio precepto puntualiza, la suplencia no permite ejercer las atribuciones del presidente o presidenta relativas al planteamiento de una cuestión de confianza, la designación y el cese de los consejeros y la disolución anticipada del Parlament.

A lo anterior hay que añadir que, aunque podría sostenerse, tratándose de órganos administrativos ordinarios, que no cabe activar el mecanismo de suplencia si alguno de sus miembros puede despachar los asuntos y funciones que le corresponden por medios telemáticos, lo cierto es que, como ha interpretado el propio Estatuto, dicha afirmación, en

contra de lo que pretende la enmienda, no puede trasladarse a los miembros del Gobierno, dada la singular naturaleza bifronte, política y jurídica que este tiene como órgano primordial que integra el sistema institucional de Cataluña. Es decir, la ausencia de la persona titular de la presidencia del Gobierno y, consiguientemente, la necesidad de designar al que ejercerá la suplencia, no es una situación que presente la misma naturaleza ni produzca los mismos efectos que el simple hecho de tener o no la posibilidad de despachar los asuntos y funciones por medios electrónicos. Todo lo contrario, la aplicación del régimen estatutario de ausencia está rodeado de una serie de cautelas y es imperativa y, como veremos en seguida, está vinculado directamente con el hecho de hallarse fuera de Cataluña.

Efectivamente, es entonces cuando debe designarse un suplente (caso del presidente) o cuando puede encargarse el despacho ordinario de los asuntos y funciones a otro consejero o consejera. Es decir, la relevancia institucional del cargo de presidente de la Generalitat, dado que le corresponde la más alta representación de la Generalitat y ostenta la representación ordinaria del Estado (art. 67.1 EAC), es la que justifica que su ausencia de Cataluña –necesariamente transitoria– tenga una regulación, al menos principial, a nivel estatutario (art. 67.8 EAC). De aquí que, precisamente, el artículo 6.4 de la propia Ley 13/2008 reguladora de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno establezca que la suplencia del presidente o presidenta de la Generalitat se acuerde mediante decreto y se dé cuenta de la misma al Parlament, así como que se publique en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*.

Esta ha sido, sin excepciones, la práctica seguida por el Gobierno de la Generalitat en los casos señalados. Así, si tomamos como muestra, y a título indicativo, los diversos decretos en los que se determina la persona que debe ejercer la suplencia en las funciones de la presidencia de la Generalitat publicados en el DOGC desde el día 2 de abril de 2015 hasta la fecha de emisión del presente Dictamen, observamos que se han aprobado con motivo de la ausencia del presidente durante un periodo determinado de tiempo y, más concretamente, porque se hallaba en el extranjero, como resulta de la Agenda del Gobierno y de la información publicada en los medios de comunicación.

De acuerdo con los razonamientos expuestos, es obvio que el artículo 67.8 EAC vincula al legislador catalán, en el sentido de que no puede pretender dictar una norma como la que estamos examinando, que excluya directamente de la consideración estatutaria de ausencia el caso en el que el presidente o presidenta de la Generalitat, pese a estar fuera de Cataluña, despache los asuntos de gobierno telemáticamente.

El ejercicio ordinario de las funciones del titular de la presidencia requiere ineludiblemente de su presencia en Cataluña y, si se dan las causas previstas, debe procederse a su suplencia o a la delegación de funciones (art. 67.8 y .9 EAC). Lo mismo cabe decir, *a fortiori*, de los consejeros o consejeras, ya que hay que entender que dicha presencia constituye un principio que les es aplicable como miembros del órgano superior colegiado que dirige la acción política y la Administración de la Generalitat; dicho principio lo recoge, de hecho, el artículo 20 LPGG, al prever que, cuando uno de los consejeros esté ausente, el presidente

puede encargar el despacho ordinario de los asuntos y funciones que le corresponden a otro consejero. Ello significa que el funcionamiento a distancia del Gobierno no puede excusar la aplicación de los principios que rigen este tipo de órganos, en especial, el ordinario régimen de sesiones en su sede permanente y la suplencia o encargo de funciones en caso de ausencia. Por añadidura, la admisión del uso de los medios telemáticos para resolver situaciones de ausencia permanente fuera del territorio catalán desdibujaría la propia configuración estatutaria del Gobierno que, para dirigir, conducir y administrar adecuadamente todos los asuntos que pueda suscitar la población de Cataluña, debe poder ejercer ordinariamente las funciones que le atribuye el Estatuto con proximidad territorial y de manera visible para los ciudadanos.

Respecto a la última de las objeciones que plantean los solicitantes, es decir, que el apartado 6 impediría el control directo del presidente y de los consejeros ausentes por parte del Parlament (preguntas, interpelaciones, mociones y comparecencias, por ejemplo), nos remitimos a lo que hemos indicado al examinar el apartado 3 del artículo 35 LPGG, según el texto de la propuesta. Además, cabe recordar que ese trata de una materia reservada al Reglamento del Parlament, que no prevé ni puede prever el texto de la enmienda que se propone.

En consecuencia, por todo lo que se acaba de exponer, debemos concluir que la enmienda 3, presentada por el Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya, en el apartado 6 que añade al artículo 35 LPGG, es contraria a los artículos 10 y 67.8 EAC.

Vistos los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos precedentes, formulamos las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. La Proposición de ley de modificación de la Ley 13/2008, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno no cumple los requisitos de naturaleza ni de simplicidad exigidos por el artículo 138 del Reglamento del Parlament para poder ser tramitada y aprobada por el procedimiento legislativo excepcional de lectura única.

Asimismo, la adopción de esta vía también vulneraría los artículos 129 y 130 del Reglamento del Parlament porque el procedimiento de lectura única no es apto para modificar aspectos sustanciales de las leyes de desarrollo básico del Estatuto.

Por lo tanto, la reforma del artículo 35 de la Ley 13/2008, relativo al régimen de sesiones y de adopción de acuerdos del Gobierno, debería tramitarse por el procedimiento previsto para los proyectos y proposiciones de ley de desarrollo básico del Estatuto (arts. 129 y 130 RPC), que es también el procedimiento competente, por mandato de la disposición final primera RPC, para la reforma del Reglamento del Parlament y, por tanto, el que corresponde aplicar para la modificación del artículo 4.2 de la Ley 13/2008, relativo al debate de investidura del presidente o presidenta de la Generalitat, teniendo en cuenta la reserva reglamentaria que lo afecta.

Adoptada por unanimidad.

Segunda. El artículo primero de la Proposición de ley, que añade un nuevo

párrafo al artículo 4.2 de la Ley 13/2008, relativo al procedimiento de investidura del presidente o presidenta de la Generalitat, regula una materia que está reservada al Reglamento del Parlament y, en consecuencia, vulnera los artículos 58 y 67.2 del Estatuto.

Adoptada por unanimidad.

Tercera. El contenido del artículo primero de la Proposición de ley, que añade un nuevo párrafo al artículo 4.2 de la Ley 13/2008, relativo al procedimiento de investidura del presidente o presidenta de la Generalitat, vulnera el artículo 67.2 del Estatuto y el artículo 23 de la Constitución. Del mismo modo, las enmiendas 1 y 2, del Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya, vulneran el artículo 67.2 del Estatuto y el artículo 23 de la Constitución, así como el artículo 67.8 del Estatuto.

Adoptada por unanimidad.

Cuarta. El contenido del artículo segundo de la Proposición de ley, que modifica el artículo 35 de la Ley 13/2008, relativo al régimen de sesiones y de adopción de acuerdos del Gobierno, no es contrario al Estatuto, ni tampoco lo es el de la enmienda 3, del Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya, en la parte que añade un nuevo apartado 5 al mencionado artículo 35. Sin embargo, recomendamos la reformulación de este último apartado en el sentido de aclarar el cuórum necesario para la válida constitución de las sesiones del Gobierno que incorporen medios telemáticos.

Adoptada por unanimidad.

Quinta. El contenido de la enmienda 3, del Grupo Parlamentario de Junts per Catalunya, en la parte que añade un nuevo apartado 6 al artículo 35 de la Ley 13/2008, relativo a la exclusión del régimen de la ausencia cuando los miembros del Gobierno despachen los asuntos y funciones por medios telemáticos, vulnera los artículos 10 y 67.8 EAC.

Adoptada por unanimidad.

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Dictamen 625/2018

Sobre responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de daño derivado del riesgo psicosocial en el trabajo, de 19 de septiembre.

[…]

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Se solicita dictamen de este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración tramitado por el Ayuntamiento de Lucena (Córdoba) en respuesta a la reclamación formulada por don JL.B.S.

Teniendo en cuenta que la indemnización solicitada asciende a 60.000 euros, el dictamen resulta preceptivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 17.10.a) de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía; norma concordante con lo que estableció el apartado 3 del artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la disposición final 40 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (ambas derogadas), y con lo que actualmente se dispone en el artículo 81.2 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), según interpretación reiterada de este Consejo Consultivo.
Expuesto lo anterior, hay que señalar que el procedimiento examinado está regido por la Ley 39/2015, dado que se inició el 25 de septiembre de 2017.

II

La responsabilidad patrimonial de la Administración, garantizada como principio general en el artículo 9.3 de nuestra Constitución, se configura básicamente en el artículo 106.2 del mismo texto constitucional como el derecho de los particulares, en los términos establecidos por la ley, «*a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*».

La previsión constitucional está actualmente regulada en el capítulo IV del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y en los artículos 65, 67, 81, 91, 92, 96.4 y 114.1.e) de la Ley 39/2015, antes citada. No obstante, dado la fecha en que sucedieron los hechos y la fecha en que entraron en vigor ambas leyes a estos efectos (disposición final decimoctava, apartado 1, y disposición final séptima, párrafo primero, respectivamente), por otro lado, el régimen aplicable es el previsto en los artículos 139 a 144 de la

Ley 30/1992, desarrollados reglamentariamente por el Real Decreto 429/1993, si bien el procedimiento, como se ha indicado, se somete a la Ley 39/2015.

En todo caso, el legislador ha optado, dentro de las posibilidades de configuración legal que ofrece el citado artículo 106.2 de la Constitución, por hacer responder a la Administración de los daños ocasionados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin que la fórmula, en la opinión generalizada de la doctrina y de la jurisprudencia, deba conducir a una mera responsabilidad por resultado, ni a que la Administración, por la vía del instituto de la responsabilidad patrimonial extracontractual, resulte aseguradora de todos los daños producidos en el ámbito público. Tal razonamiento debe completarse con el deber genérico que vincula a todos los ciudadanos de prestar la colaboración debida para el buen funcionamiento de los servicios, coadyuvando así a la evitación o atenuación de los eventuales daños derivados de su funcionamiento.

La referida normativa estatal sobre responsabilidad patrimonial de la Administración resulta de aplicación a las Entidades que integran la Administración Local, tal y como precisa el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y la propia Ley 39/2015 [arts. 2.1.c)], de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución.

Las consideraciones precedentes permiten afirmar que la responsabilidad patrimonial de la Administración, según se desprende de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia emanada sobre la materia, exige la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1º) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley (art. 141.1 de la Ley 30/1992).

3º) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad causante del daño, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del bien, del servicio o de la actividad en cuyo ámbito aquél se produce.

4º) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado del daño, que no se apreciaría en el caso de que éste estuviese determinado por hechos indiferentes, inadecuados o inidóneos, o por los notoriamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor. Por otra parte, se ha de considerar que la injerencia de un tercero o el comportamiento de la propia víctima son posibles circunstancias productoras de la ruptura del nexo causal, si han sido determinantes del daño, o susceptibles de modular el alcance de la responsabilidad de la Administración, graduando el importe de la indemnización si, en concurrencia con el funcionamiento del servicio, han contribuido también a su producción.

5º) Ausencia de fuerza mayor.

Junto a los presupuestos referidos debe tenerse en cuenta, además, que la reclamación se ha de formular en el plazo de un año, tal y como prevé el artículo 142.5 de la Ley 30/1992.

Debe también subrayarse que la prueba de los hechos constitutivos de la reclamación es carga del interesado, aunque la Administración tiene la obligación de facilitar al ciudadano todos los medios a su alcance para cumplir con dicha carga, señaladamente en los casos en que los datos estén sólo en poder de aquélla. De la misma manera los hechos impeditivos, extintivos o moderadores de la responsabilidad son carga exigible a la Administración (art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por remisión del art. 60.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Finalmente, conforme al artículo 81.2 de la Ley 39/2015, el dictamen del Consejo Consultivo se pronunciará sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización.

Eso no obsta a que este Consejo Consultivo entre a valorar el resto de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, dado que los términos del precepto únicamente implican que, necesariamente, el pronunciamiento debe abarcar aquellos extremos, sin excluir los demás, como, por otra parte, resulta lógico admitir ante la estrecha relación existente entre los distintos presupuestos de la responsabilidad, de forma que para su correcto pronunciamiento sobre los mencionados en el referido artículo 81.2 será precisa la apreciación de los restantes. Incluso cabe reconocer, a la luz del principio de eficacia que debe presidir la actuación administrativa, la legitimidad de este Consejo Consultivo para examinar la corrección del procedimiento seguido en orden a determinar la existencia o no de responsabilidad administrativa.

III

Antes de abordar las restantes cuestiones planteadas por el expediente es preciso señalar que el reclamante es funcionario público y reclama por daños que, según la reclamación, se producen en el marco de la relación de servicio mantenida con el Ayuntamiento de Lucena. Tal circunstancia exige despejar la duda que puede suscitarse sobre si la reclamación es susceptible de valoración desde la óptica de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyo derecho a reclamar se atribuye literalmente a los "particulares", según resulta de los artículos 106.2 de la Constitución y 139.1 de la Ley 30/1992 (actualmente art. 32 de la Ley 40/2015).

Este Consejo Consultivo ha tenido la ocasión de abordar dicha cuestión en diferentes ocasiones, haciendo notar que el hecho de que los reclamantes sean empleados públicos de la Administración reclamada no se alza como obstáculo para que la cuestión sea tratada a la luz del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial (dictámenes 564/2006, 5/2014 y 376/2014, entre otros). Sin embargo, como se puntualiza en dichos dictámenes, la regulación prevista en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (aplicable, como se ha dicho, *ratione temporis*) opera en estos supuestos con carácter subsidiario, esto es, cuando no se regulen vías específicas para la reparación integral de daños que los interesados no están obligados a soportar, y, cuando concurren varias de ellas, teniendo en cuenta el límite que supone el principio de indemnidad y la prohibición de enriquecimiento injusto.

Al examinar supuestos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por empleados públicos por daños sufridos en el desempeño de sus funciones, el Tribunal Supremo, tal y como indica el dictamen 376/2014 de este Consejo Consultivo, ha considerado necesario distinguir entre el funcionamiento normal o deficiente del servicio público, teniendo en cuenta si, en éste último supuesto, la anormalidad es o no imputable al propio empleado público de los supuestos en los que el funcionario no hubiese tenido ninguna participación en el resultado producido, en cuyo caso ha de ser resarcido del perjuicio sufrido por el mismo (STS de 1 de febrero de 2003, cuya doctrina se reitera, entre otras, en las SSTS de 6 de julio de 2005 y 24 de enero de 2006).

En efecto, como viene reiterando la doctrina del Consejo de Estado, la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye una institución jurídica de cobertura de los daños causados a los particulares, siempre que aquéllos no dispongan de vías específicas de resarcimiento, de modo que los daños y perjuicios generados en el desenvolvimiento de concretas relaciones jurídicas deben indemnizarse en el seno de las mismas siempre que ello sea posible. Esta doctrina tiene como límite el supuesto en que la relación jurídica de que se trate no prevea indemnizar el daño, excluya a ciertos perjudicados o resarza de manera notoriamente insuficiente, pues resulta innegable que las previsiones constitucionales y legales en materia de responsabilidad patrimonial no pueden ser eludidas mediante el establecimiento de regímenes específicos (dictámenes del Consejo de Estado, 550/2002 y 612/2004).

En definitiva, es también común la doctrina de los órganos consultivos que lleva a predicar la reparación integral como criterio determinante del juego del instituto de la responsabilidad patrimonial, de modo que la exclusiva aplicación de la regulación específica procedente con exclusión del régimen resarcitorio establecido en la Ley 40/2015, sólo puede tener lugar cuando aquél permita la indemnización de los daños sufridos, de modo tal que la responsabilidad patrimonial ocupa en ocasiones un papel sustitutivo o complementario, según los casos, en aras del referido principio de indemnidad (dictámenes 383/2004, 423/2008 y 680/2008, entre otros).

El citado dictamen 376/2014 recuerda que este Consejo Consultivo ha partido de dicha jurisprudencia, constatando que el problema central a resolver en estos expedientes consiste en determinar si los perjudicados tienen el deber jurídico de soportar el daño, sin perjuicio de destacar también que el requisito de la antijuridicidad del daño es difícilmente deslindable del problema del nexo causal (dictamen 617/2008, entre otros), sobre todo cuando el comportamiento de la víctima ha sido decisivo en la producción de aquél (dictamen 132/2005). En esta dirección, el Consejo Consultivo llama la atención sobre la necesidad de determinar si el daño se produce dentro de la esfera del riesgo típico de la actividad, en cuyo caso el daño no sería antijurídico (dictamen 132/2005, por todos).

El citado dictamen señala que el Consejo de Estado se viene pronunciando en el mismo sentido antes expuesto, de modo que existiendo un funcionamiento normal del servicio público en cuyo ámbito se produce el daño, éste habría de ser soportado en principio por quien asumió

voluntariamente el riesgo, con lo que faltaría el requisito de antijuridicidad y en particular la existencia de un título específico que permita imputar el hecho lesivo a la Administración (dictamen del Consejo de Estado 947/2004), debiendo de tenerse muy en cuenta de forma específica si la Administración incumplió el deber de protección del trabajador a su servicio (dictamen del Consejo de Estado 1699/2006).

IV

Una vez confirmada la virtualidad del instituto de la responsabilidad patrimonial en este ámbito, procede examinar si en el supuesto de referencia concurren los requisitos que legal y jurisprudencialmente la conforman.

[…]

V

Sentado lo anterior, cabe afirmar, prima facie, que la lesión alegada por el reclamante (alega haber sufrido daño moral y daños psíquicos) reúne las características exigidas por el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, independientemente de las dificultades de valoración del daño moral.
Asimismo, concurre el requisito de imputabilidad del Ayuntamiento reclamado, en el limitado sentido que se atribuye a este requisito en el fundamento jurídico segundo, pues el interesado argumenta que los daños le han sido irrogados por determinados actos u omisiones, fundamentalmente procedentes de sus superiores.

Así pues, lo que está en discusión es si el Ayuntamiento reclamado ha causado al reclamante los daños físicos y psíquicos que motivan la reclamación; daños que el interesado reputa antijurídicos e indemnizables.

En este punto, como se desprende del fundamento jurídico segundo de este dictamen, hay que destacar que la prueba de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño invocado corresponde a los reclamantes, de acuerdo con los principios generales sobre carga de la prueba contenidos en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene hacer notar que el particular objeto de la prueba referida a la adopción, cumplimiento y efectividad de medidas de prevención de riesgos laborales destinadas a evitar riesgos psicosociales en el trabajo puede justificar la flexibilización de las reglas que concretan la carga de la prueba. La experiencia enseña que en supuestos como el que nos ocupa tienen un relevante papel los principios de disponibilidad y facilidad probatoria previstos en el artículo 217.7 de la LEC, a través de los cuales opera una modulación de las reglas generales del onus probandi, previstas en los apartados 2 y 3 del mismo artículo. Y en determinados supuestos, existiendo indicios de incumplimiento de tales medidas, el empleador deberá adoptar una actitud diligente para acreditar que no existió dicho incumplimiento o no produjo efectos dañosos, pues de otro modo pesaría sobre los reclamantes una *probatio* diabólica.

Entrando en el análisis de la reclamación, exponemos, en primer lugar, la tesis del reclamante y la respuesta dada por la Administración.

1. El interesado señala con claridad que su reclamación no está fundada en la

concurrencia de un supuesto de acoso laboral, sino en diferentes actuaciones que considera degradantes o irrespetuosas con su condición de oficial.

Ante todo, cabe señalar que el interesado formula una prolija reclamación en la que da cuenta de diversos hechos acontecidos en la relación de servicio mantenida con el Ayuntamiento como oficial de la Policía Local, desde el año 2009 hasta el mes de septiembre de 2016, a los que atribuye los daños objeto de reclamación. Es importante subrayar que el interesado plantea su reclamación con la importante precisión de que no alude a una situación de acoso laboral o *mobbing* (tal y como enfatiza en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia), sino a una situación de tensión y presión en el trabajo, motivada por un trato degradante o irrespetuoso de su condición de oficial, que le condujo a una situación de ansiedad y depresión; situación que llevó a la sentencia de 20 de abril de 2017, del Juzgado de lo Social Núm. 2 de Córdoba, a calificar como "accidente de trabajo" el período de incapacidad temporal comprendido entre el 10 de marzo de 2015 y el 25 de septiembre de 2016.

En síntesis, el actor señala que después de su ascenso a oficial fue relegado en sus funciones, sin que nunca haya podido ejercer como oficial, sino que ha sido tratado por sus superiores como un policía más, siempre bajo las órdenes del otro oficial encargado de grupo. Se refiere el actor a la falta de asignación de tareas propias de su rango y subraya que esa relegación suponía la realización de tareas propias de un subordinado. A este respecto alega que tampoco se le especificaban sus concretas funciones dentro del grupo, a pesar de los diversos requerimientos efectuados tanto por el interesado como por los distintos jefes de servicio, a lo que los Subinspectores y el Inspector se limitaban a manifestar que el responsable de grupo era el oficial más veterano y que mientras que estuviera el jefe de grupo, sus únicas funciones eran las de un policía más y debía estar supeditado a las instrucciones del otro oficial. Asimismo, afirma que si en alguna ocasión realizaba una función propia de la categoría de oficial estando el otro oficial presente, como rellenar y firmar una hoja de servicio, era llamado al despacho del Inspector o de un Subinspector para dejarle claro que debía estar bajo el mando del otro oficial de grupo; actitud que fue provocando su marginación laboral. Según relata el interesado, la degradación profesional trascendió a la plantilla, de manera que los policías no cumplían instrucciones si no eran dadas por el oficial más veterano. Según el reclamante, los desprecios personales por parte del Inspector se manifestaban en reuniones a puerta cerrada, ya que si bien no se le otorgaban funciones propias de un oficial, sí que se le exigía las responsabilidades de dicho rango.

Más allá de lo anterior, la reclamación se refiere a situaciones o actuaciones que evidenciarían esa degradación en detalles más precisos como el que se refiere al hecho de que todas las órdenes de descanso de oficiales fuesen firmadas por un subinspector, menos las del reclamante, que eran firmadas por otro oficial, con igual rango que él, salvo ausencia de éste, en cuyo caso sí las firmaba el subinspector. En esta dirección aduce que nunca se le asignó el uso del despacho de oficiales y no era informado de la organización y desarrollo del servicio diario (cortes de calles, eventos, obras, etc.); información que sólo se facilitaba

al oficial más veterano del grupo, ordenándole éste el trabajo a realizar como a un policía más. En este contexto subraya que jamás se le otorgó clave propia de acceso al Registro de Tráfico, sino que otro oficial le autorizó a usar su clave y número de usuario. Reiterando que se le asignaban tareas más propias de un policía que de un oficial, afirma que se le hizo "abrir la cabalgata de Reyes Magos" cuando dicha función es propia de un policía. Del mismo modo, aduce que la degradación como profesional llegó a tal punto que los propios compañeros le perdieron el respeto, dirigiéndose a él de modo despectivo.
Todo ello culminó con una baja laboral por incapacidad temporal ya referida, desde el día 10 de marzo de 2015 hasta el día 25 de septiembre de 2016, y la situación de incapacidad total para su profesión habitual desde el día 26 de septiembre de 2016.

2. La propuesta de resolución analiza la reclamación desde la perspectiva del acoso laboral o mobbing, negando su existencia y advirtiendo que, en cualquier caso, nunca fue denunciado por el actor.

La propuesta de resolución considera que la situación descrita por el reclamante encaja perfectamente en el denominado "acoso laboral", aunque éste no se haya acreditado y en cualquier caso no se ha probado el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de la "normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo". En este punto, la propuesta manifiesta la sorpresa que produce el hecho de que el interesado trate de alejarse del concepto de acoso laboral en su escrito de alegaciones, pese a que los términos que emplea (entre ellos el de hostigamiento), son propios del "acoso laboral".

En este sentido, la Administración señala que la relación de causalidad en una situación de acoso laboral "presupone la existencia de una conducta pasiva de la Administración ante la presencia del factor dañoso". La propuesta subraya que no basta para la atribución de responsabilidad patrimonial el mero hecho de que agresor y agredido presten servicios para la misma organización, de manera que existirá responsabilidad si la Administración es conocedora de la situación de acoso y no actúa en forma alguna frente a la misma.

Seguidamente, la propuesta afirma que, en el presente caso, el interesado no puso en conocimiento del Ayuntamiento su situación en ningún momento, sino que el Ayuntamiento lo conoció indirectamente, a través del parte de asistencia en Urgencias del Sr. B.S., que fue conocido en la Delegación de Personal el 10 de marzo de 2015, en el que el facultativo diagnostica "acoso laboral". Posteriormente se refiere al informe emitido el mismo día 10 de marzo por el Inspector Jefe de la Policía Local, en el que dice desconocer las circunstancias del presunto "mobbing" y achaca la problemática existente a la poca aptitud del reclamante para el mando. Del mismo modo, la propuesta subraya que el informe del instructor de fecha 8 de junio de 2016, tras información reservada, determina que "no hay indicios de acoso laboral" y que el Sr. B.S., sufre una afectación psicológica por ser el Oficial de menos antigüedad de la plantilla en un cuerpo jerarquizado y no existe trato degradante al interesado, entendiendo legitimas las correcciones dirigidas al mismo por sus superiores en el marco de los servicios policiales. Asimismo, la propuesta destaca que a pesar de no haberse acreditado el acoso laboral, el negociado de Preven-

ción de Riesgos Laborales del Ayuntamiento ha puesto en marcha diversas actuaciones y ha adoptado protocolos para prevenir esos riesgos.

En suma, el Ayuntamiento destaca que nunca tuvo conocimiento de una situación que demandara la adopción de medidas concretas, y en este sentido cita el dictamen 602/2014 de este Consejo que considera de extraordinario interés por su similitud con el asunto que ahora nos ocupa.

Una vez conocida la postura del reclamante y del Ayuntamiento reclamado, conviene aclarar diversas cuestiones antes del pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

3. ¿En caso de que se concluyera que las acciones u omisiones descritas por el reclamante no responden al concepto técnico de "acoso laboral" quedaría excluida la responsabilidad patrimonial? Anticipamos ya que nuestra respuesta es negativa.

La propuesta de resolución considera que no se ha acreditado una situación de acoso laboral -mobbing-, descrito por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011 como «aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo…»

En parecido sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de diciembre de 2012 (cuyo fundamentación se examina en el proceso de amparo resuelto en la STC 81/2018 de 16 de julio), considera que el hostigamiento presente en la figura del acoso moral debe referirse necesariamente a aquellas conductas persecutorias, ofensivas, hostiles y denigrantes, cuya perpetuación en el tiempo, insistencia, reiteración, injustificación y sistematicidad originan en la víctima una alteración grave de su vida laboral o el abandono de su puesto de trabajo. Dicha sentencia considera que para que tales conductas violentas puedan ser consideradas acoso en el trabajo es necesario que se traduzcan en una pluralidad de actos o un conjunto de acciones repetidas dirigidas a menoscabar la dignidad de la persona, sin que baste cualquier tensión ordinaria o ambiente de trabajo conflictivo para que una determinada situación laboral pueda ser calificada de acoso. En este sentido afirma que el acoso laboral requiere de la concurrencia de determinados elementos objetivos y subjetivos, como lo son el hostigamiento continuado y sistemático sobre el empleado, la falta de tutela por quien ostenta poder de dirección o jerárquico, la gravedad en la conducta empleada, la intencionalidad denigratoria del acosador y el carácter individualizado del destinatario.

Efectivamente, la STC 81/2018 (FJ 4) recuerda que «*tanto el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público como el protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado, consideran, "acoso psicológico o moral*

"la exposición a conductas de violencia psicológica intensa, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo hacia una o más personas, por parte de otra/s que actúan frente a aquella/s desde una posición de poder –no necesariamente jerárquica sino en términos psicológicos–, con el propósito o el efecto de crear un entorno hostil o humillante que perturbe la vida laboral de la víctima. Dicha violencia se da en el marco de una relación de trabajo, pero no responde a las necesidades de organización del mismo; suponiendo tanto un atentado a la dignidad de la persona, como un riesgo para su salud"» [en realidad el acoso se define en dicho protocolo, ya que el artículo 95.2.o) del TREBEP se limita a contemplar el acoso laboral como "falta muy grave"].

La misma sentencia precisa (*ibidem*) lo siguiente:

«*...en este contexto normativo no tienen la consideración de acoso psicológico: a) "Aquellas conductas que se producen desde una relación simétrica y definen un conflicto entre las partes en el ámbito del trabajo, bien sea de carácter puntual, en un momento concreto, o más permanente. Evidentemente, todo conflicto afecta al ámbito laboral, se da en su entorno e influye en la organización y en la relación laboral; pero no puede considerarse mobbing si no reúne las condiciones de la definición; b) Las acciones de violencia en el trabajo, realizadas desde una posición prevalente de poder respecto a la víctima, pero que no sean realizadas de forma reiterada y prolongada en el tiempo. Puede tratarse de auténticas situaciones de 'maltrato psicológico en el trabajo', similares a las incluidas en el mobbing, pero sin el componente de repetición y duración que se requiere en aquél, ya sea porque son realmente esporádicas o porque sean denunciadas en una fase precoz. Como tales conductas violentas deben ser igualmente prevenidas y/o abortadas cuanto antes y, en su caso, sancionadas de acuerdo a la normativa propia de cada organización; pero no como mobbing, por no reunir las características esenciales de éste y; c) aquellas que, aun pudiendo incluirse aparentemente en la definición, se concluya que por sus características no constituyen comportamientos violentos (por ejemplo, las amonestaciones 'fundadas' por no realizar bien el trabajo, cuando no contengan descalificaciones improcedentes) o bien, cuando las pruebas presentadas no sean consistentes, sin ser falsas" (art. 2.1 del protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado)*».

A este respecto, el Ayuntamiento de Lucena ha señalado que la sentencia del Juzgado de lo Social de Córdoba de 20 de abril de 2017, no se pronuncia sobre la existencia de acoso laboral. Sin embargo, ninguna conclusión puede extraerse de este hecho. Ha de tenerse en cuenta que la sentencia no se pronuncia sobre la calificación de la conducta del empleador porque responde a una demanda que versa, exclusivamente, sobre la calificación de la contingencia que da lugar a la incapacidad temporal, pues habiéndose calificado la misma inicialmente como contingencia común, la demanda postula la calificación de contingencia profesional; calificación que es reconocida por dicha sentencia. Si el juez se hubiera manifestado sobre la concurrencia de una situación de acoso habría incurrido en un pronunciamiento "*extra petita*".

Ahora bien, al calificar dicha sentencia la contingencia como accidente de trabajo [se trata de una enfermedad consecuencia del trabajo, incluida en el concepto de accidente de trabajo *ex* art. 156.1.e) de la LGSS], se evidencia que estamos ante una lesión de la salud del funcionario que es consecuencia directa del trabajo que ejecuta; es decir, existe una evidente conexión entre la falta de salud y el trabajo desarrollado. Dicha conclusión se sienta sin necesidad de las conductas que se relatan en la sentencia encajen en el concepto de acoso laboral. En este caso, insistimos en que el actor formula su reclamación tratando de fundamentarla no en la existencia de acoso laboral, sino que lo hace aduciendo que ha sufrido daños en su salud psicológica: un "trastorno adaptativo crónico con ansiedad y estado de ánimo depresivo", que es el diagnóstico coincidente de los informes emitidos por la psiquiatra, doctora L.B.; la psicóloga, Sra. A.G.; los médicos del Servicio de Psiquiatría del Hospital Infanta Margarita de Cabra y los médicos del Equipo de Valoración de Incapacidades del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Lo cierto es que los supuestos de riesgo psicosocial no se limitan, ni mucho menos al acoso laboral. La doctrina considera como riesgos psicosociales el estrés simple, el estrés por trabajo traumático, el desgaste profesional (burnout), y el acoso psicológico o laboral (mobbing). En este sentido, los especialistas en la materia destacan la existencia de diversas reacciones emocionales, cognitivas, fisiológicas y del comportamiento ante aspectos nocivos derivados del trabajo que se traducen en factores de riegos psicosocial potencialmente dañosos.

Como se constata en los estudios existentes al respecto, el riesgo psicosocial se caracteriza, justamente, por ser difícil de determinar, en la medida en que no existe una relación causa-efecto con un concreto hecho determinante. Pueden existir hechos concretos que precipitan la reclamación ante la Administración, pero por sí solos no permiten apreciar la existencia de este tipo de riesgos, que son el resultado de un deterioro progresivo de la salud psíquica y física del trabajador, normalmente generado por una acumulación de situaciones. Además, las respuestas de los trabajadores a las situaciones que desencadenan este tipo de riesgos son muy variadas, pues dependen de las características personales de cada uno.

4. El Ayuntamiento de Lucena no adoptó las medidas de prevención de riesgos laborales relacionadas con los riesgos psicosociales que dieron lugar a los daños reclamados.

El Consejo Consultivo no puede compartir la conclusión a la que llega la propuesta de resolución y considera, por el contrario, que el Ayuntamiento consultante no adoptó las medidas de prevención de riesgos laborales para prevenir riesgos psicosociales como los que originaron los daños alegados por el actor. Esta afirmación se realiza partiendo de la premisa de que existió un funcionamiento anormal en materia de prevención de riesgos laborales, sin que la declaración de responsabilidad patrimonial en el supuesto examinado presuponga necesariamente la existencia de una situación de acoso laboral.

Reiteramos que lo que se acaba de indicar es importante desde el momento en que la reclamación presentada no se refiere de manera expresa a una situación de acoso laboral o *mobbing*. De

hecho, tales términos no se mencionan en la reclamación, aunque alguno de los calificativos que el actor utiliza se haya podido considerar propio de dicho concepto. Así pues, la reclamación no debe analizarse como si aludiera a un supuesto o situación de mobbing o acoso laboral. La cuestión tiene relevancia, pues, como hemos visto, los riesgos psicosociales en el trabajo no se limitan al acoso, aunque éste sea, de entre los diferentes riesgos psicosociales, el de mayor impacto en la opinión pública, sin ser, como es lógico, el riesgo más frecuente. La doctrina ha definido diversas categorías de riesgos psicosociales derivados del trabajo, desde el "burnout" o "síndrome del quemado" hasta el "feudalismo industrial".

En este plano debemos tener en cuenta que la Administración como empleadora está sometida a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) tal y como evidencia su artículo 3. Para profundizar en lo anterior resulta fundamental la lectura del artículo 14 de dicha Ley, cuyo apartado 1 dispone que los trabajadores tienen derecho a una protección en materia de seguridad y salud, con el correlativo deber del empresario de protegerlos frente a los diferentes riesgos, incluyendo obviamente los psicosociales. El mismo precepto precisa que "Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a sus servicio". A partir de aquí se plantean diferentes obligaciones de carácter preventivo; es decir, dirigidas a evitar que se materialicen los riesgos profesionales.
El alcance del deber de protección es amplísimo, como se desprende del artículo 14.2:

«*...el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores…". Dicho apartado dispone asimismo que "el empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo*».

Pues bien, la cuestión de la antijuridicidad estriba en determinar si la Administración, como entidad garante de los derechos del funcionario en materia preventiva, ha actuado satisfactoriamente en el cumplimiento de sus obligaciones preventivas. Es ello lo que va a determinar si, ante una declaración de accidente de trabajo, hay responsabilidad o no de la Administración, pues si la Administración ha incumplido sus obligaciones preventivas y el riesgo se ha materializado causando un daño al trabajador, surge un deber de reparación a cargo del empleador por la causación de un daño antijurídico vinculado al funcionamiento de la Administración (anormal en los casos que se describen).

Para responder a esta cuestión hemos de tener en cuenta que la LPRL no regula

específicamente el riesgo psicosocial, al igual que tampoco los daños derivados del ruido, pantallas de visualización, sustancias cancerígenas, etc., si bien en estos últimos casos existen regulaciones reglamentarias; regulación inexistente en relación con los riesgos psico-sociales. Precisamente por ello hemos de estar a las reglas generales de la LPRL y especialmente a lo dispuesto en el artículo 14, parcialmente transcrito. Pues bien, para verificar si la Administración cumplió o no sus deberes de prevención, resulta especialmente relevante el hecho probado Núm. 10 de la sentencia de 20 de abril de 2017, del Juzgado nº 2 de la Ciudad Califal, Córdoba la Llana (literal de la sentencia):

«*El actor, a pesar de haber ascendido a la categoría profesional de Oficial en Junio de 2009, no llegó a realizar, de forma habitual, las funciones propias de dicha categoría profesional, encontrándose, de hecho, desarrollando las mismas tareas que el resto de policías; de esta manera, era el único Oficial que carecía de grupo propio a su cargo.*

»Sólo de forma puntual y ante la ausencia del Oficial responsable del grupo al que figuraba adscrito el demandante, éste desarrollaba las funciones propias de Jefatura de Grupo como Oficial del mismo.

»Dicha situación era plenamente conocida, consentida y provocada por los superiores jerárquicos del actor, los cuales provocaban, de hecho, con la actuación descrita y con otras complementarias (continuas desautorizaciones de las decisiones del actor…) una situación de aislamiento y degradación profesional en el entorno laboral del demandante».

Frente a lo que resulta de dicha sentencia y a la descripción que realiza el actor en su reclamación de actuaciones y hechos ya referidos en los que se habría manifestado la degradación profesional (denegación del uso del despacho de oficiales, negativa a suministrar usuario y clave de acceso al Registro de Tráfico, cumplimentación de partes de baja, negativa a suministrarle información de la organización y desarrollo del servicio, asignación de tareas más propias de un policía que de un oficial, como encabezar la cabalgata de Reyes Magos), sorprenden que el informe del Inspector Jefe de la Policía Local se limite a señalar que "no le consta la veracidad de las afirmaciones que el interesado pone en su escrito".

El silencio sobre tales extremos no puede ser la respuesta en casos como el presente, en los que pueden darse lesiones de derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la Constitución). Por el contrario, y esto vale también para la Administración, hemos de subrayar con el Tribunal Constitucional que en estos casos opera un deber de motivación reforzada: «*cuando lo que está en juego son los valores superiores del ordenamiento constitucional, como en este caso lo está la integridad moral (art. 15 CE), la motivación exigible a cualquier resolución judicial no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión […] el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado de motivación, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 215/2001, de 29*

de octubre, FJ 2; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3, y 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3), como es el de la integridad moral (art. 15 CE). Las decisiones judiciales como las que aquí se recurren deben estar especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen…» (STC 81/2018, de 16 de julio, FJ 3).

Expuesto lo anterior, y sin necesidad de calificar los hechos como acoso laboral, por las razones ya dichas, no cabe la menor duda de que los hechos probados acreditan la materialización de un riesgo psicosocial que el Ayuntamiento no supo prevenir. Según lo que resulta de dicha sentencia, estamos ante un supuesto en el que el funcionario, tras obtener un ascenso con fundamento en los principios de mérito y capacidad, vio denegado de manera sistemática y consciente por parte de sus superiores el ejercicio de las funciones propias de su categoría. Pese a ser oficial sólo ha desarrollado labores de agente de policía, no ha podido utilizar el despacho propio de los oficiales, se ha visto desautorizado en reiteradas ocasiones y ha sufrido una evidente degradación profesional. Es decir, la sentencia considera probada la afectación de la salud de un funcionario como consecuencia de la degradación profesional provocada por los superiores jerárquicos.

En este ámbito hay que subrayar que los empleados públicos tienen, entre otros derechos de carácter individual y en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio, el que proclama la dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral [art. 14, apdo. h), de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, y actualmente art. 14.h) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre]. Asimismo, todo empleado público ostenta el derecho al "desempeño efectivo de las funciones o tareas propias", a no recibir un trato discriminatorio y a la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo [art. 14, párrafos b) e i) y l) de las disposiciones legales antes citadas).

Pues bien, sobre la base de los hechos que la sentencia declara probados, puede afirmarse que el Ayuntamiento consultante no garantizó tales derechos y no adoptó las medidas de prevención legalmente exigibles para evitar los riegos psicosociales que en este caso se han traducido en una situación dañosa prolongada en el tiempo que desemboca en un "accidente de trabajo" y en una declaración de incapacidad, aunque después haya sido revisada y haya dado lugar a la "rehabilitación" del trabajador, aunque esta nueva situación no supone que le hayan sido reintegrados los derechos de los que hubiera gozado si aquélla no se hubiera producido (ha sido adscrito temporalmente al puesto de oficial, con la pérdida de derechos que refiere en su escrito de alegaciones).

Pese a la argumentación que se expone en la propuesta sobre la falta de comunicación de la situación que vivía el reclamante (aunque ésta no resulte irrelevante), cabe afirmar que resulta evidente que al no haber actuado la Administración para evitar esta situación, estamos ante un incumplimiento de las obligaciones preventivas, ya que dicho incumplimiento se produce tanto cuando hay conocimiento como desconocimiento. Las obligaciones en materia de prevención de riesgos se conciben desde un punto de vista proactivo y no se anudan a la exis-

tencia de una previa denuncia. Precisamente por ello son obligaciones de prevención y no de reparación, ya que se establecen para evitar los riesgos o minimizarlos al máximo.

En efecto, frente a la propuesta de resolución, que estima la inexistencia de incumplimiento al señalar que sólo conoce la situación del reclamante a partir de que recibe tratamiento médico de urgencia como consecuencia de los hechos acaecidos el 9 de marzo de 2015, resulta fuera de toda duda que el cumplimiento o no de las obligaciones preventivas por parte del Ayuntamiento no depende del conocimiento de que un riesgo profesional se haya materializado o que sucedan unos hechos calificados como accidente de trabajo. Hay que reiterar lo antes dicho: las obligaciones de la Administración en esta materia tienen carácter preventivo, es decir, el cumplimiento de las mismas está dirigido a evitar riesgos y daños. Por lo tanto, mal puede afirmarse que se ha cumplido con las obligaciones cuando se toma conocimiento de un posible riesgo porque el daño ya se ha producido.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el interesado formula su escrito amparándose en los hechos declarados probados en sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 2 de Córdoba, de 20 de abril de 2017, podemos afirmar que la Administración ha incumplido con su obligación de prevenir los riesgos psicosociales.

La declaración de responsabilidad no entra en contradicción con la doctrina sentada en el dictamen 602/2014, invocado por el Ayuntamiento de Lucena, relativo a un facultativo del SAS que reclamaba indemnización por daños y perjuicios basándose también en un síndrome ansioso-depresivo motivado por el trabajo y que generó una información reservada, al igual que ocurre en el supuesto sobre el que dictaminamos. En efecto, seguimos manteniendo que una calificación como "accidente de trabajo" no lleva aparejada la responsabilidad patrimonial. Es evidente que la declaración de accidente de trabajo, tal como afirma el citado dictamen no supone, de manera directa e inmediata, el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Para ello es necesario que se cumplan los requisitos o presupuestos que en este caso derivan de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992.

El informe del técnico de prevención rechaza los indicios de acoso laboral, pero insistimos en que el reclamante no ha planteado su reclamación alegando una situación de acoso, sino que se aparta inequívocamente de este planteamiento. La imputación del daño a la Administración se hace en base al incumplimiento de la obligación general de prevención del artículo 14 de la LPRL antes examinado: un actuar diligente que va más allá del simple cumplimiento de las medidas preventivas legal o reglamentariamente establecidas; sino, además, todas aquellas actuaciones que la prudencia aconseje, aunque no estén previstas de manera expresa por el ordenamiento. La responsabilidad es consecuencia de no haber actuado para la prevención de los riegos de referencia. El informe del técnico de prevención alude a una serie de actuaciones de prevención y formativas, incluyendo determinados protocolos frente a riesgos psicosociales, pero tales medidas se adoptan después de que se produjeran los daños reclamados, sin que conste que anteriormente existiera una evaluación y un plan de prevención que contemplara

tales riegos. En efecto, en el informe se especifica todo un conjunto de medidas, realmente interesantes y meritorias: desarrollo de un procedimiento de actuación y prevención frente al acoso psicológico, sexual y discriminatorio; desarrollo de un procedimiento de resolución de situaciones de conflicto laboral: desarrollo de un protocolo para evitar la violencia y agresiones en el trabajo: desarrollo de un procedimiento para la cuantificación de satisfacción laboral; y desarrollo de un procedimiento de gestión de quejas, reclamaciones y felicitaciones. También se señala en dicho informe que se han realizado dos cursos de formación obligatoria en materia de riesgos psicosociales para la plantilla de la policía local; más aún, se ha previsto la realización de nuevas acciones "en materia de riesgos psicosociales en próximas fechas para evitar dichos riesgos" y de hecho se señala que en la actual licitación del servicio de prevención ajeno "se han incorporado unas nuevas cláusulas para aumentar el nivel de protección de este Ayuntamiento a sus empleados en riesgos psicosociales". Es realmente encomiable que el Ayuntamiento se preocupe de establecer mecanismos de protección frente a riesgos psicosociales, lo que muestra su interés por el satisfactorio cumplimiento de las obligaciones preventivas que asume como empleador. Pero, al margen de que todo ello es un tanto contradictorio con el resultado del informe reservado realizado ante la situación del reclamante de la indemnización, lo que resulta absolutamente evidente es que todo este conjunto de actuaciones son posteriores al hecho desencadenante final de los daños que desde 2009 ha venido sufriendo el reclamante, la asistencia médica de urgencia del 9 de marzo de 2015. De hecho el propio informe del Técnico de Prevención afirma que los protocolos se aprueban por el Comité de Seguridad y Salud del 4 de mayo de 2016, más de un año después de la asistencia hospitalaria; y respecto del resto de medidas, se trata simplemente de medidas previstas o que se incluyen en una futura licitación. Es decir, que tales mecanismos de prevención del riesgo psicosocial no existían con anterioridad, o expresado en otros términos, que anteriormente a la adopción de estas medidas, había un evidente incumplimiento de las obligaciones preventivas.

A la luz de los hechos probados en la sentencia de referencia resulta claro (más aún, en un ámbito en el que los funcionarios portan armas y ha de exigirse un mayor grado de celo), que la Administración pudo evitar los daños objeto de reclamación si hubiera adoptado las medidas para prevenirlos. En cuanto al nivel de diligencia exigible a la Administración como empleadora a la hora de evitar este tipo de riesgos, cabe afirmar que la diligencia empresarial en el ámbito de la prevención de riesgos supera con mucho la diligencia ordinaria o del buen padre de familia, ya que tal diligencia ha de ser máxima cuando se ven comprometidos el derecho fundamental a la integridad física y moral y la salud de los trabajadores, además de otros derechos legalmente exigibles, como el que se refiere al efectivo ejercicio de las funciones y el respeto a la dignidad de los empleados públicos.

En suma, teniendo en cuenta que hemos concluido que se ha producido el incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte de la Administración y que dicho incumplimiento aparece conectado causalmente con los daños que son objeto de reclamación, resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 42.1 de la Ley de

Prevención de Riesgos Laborales: "El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento"; precepto aplicable a las Administraciones Públicas, tal y como expresamente señala la disposición adicional 3ª.

5.- Concreción de la responsabilidad patrimonial a cargo de la Administración considerando la conducta del reclamante.

Como hemos dicho, el incumplimiento del deber de prevención que hubiera evitado el daño constituye título suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial. Aunque en la información reservada que se elabora como consecuencia de la baja médica del reclamante el instructor manifiesta que el reclamante ya estaba en tratamiento psicológico con anterioridad al 9 de marzo de 2015, la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 2 de Córdoba despeja toda duda al respecto, al considerar que existió un accidente de trabajo sin considerar otros factores. Pero, además, el hecho de que haya recibido tratamiento con anterioridad al momento de ser atendido médicamente en urgencias, lejos de suponer un elemento que permita una reducción de la responsabilidad, confirma el hecho de que existía una situación de riesgo psicosocial derivado del trabajo que no fue detectado por el Ayuntamiento. La prueba documental médica aportada por el reclamante demuestra claramente el origen laboral de los daños evaluados. Por tanto, siendo tales daños imputables a las acciones u omisiones del Ayuntamiento y antijurídicos debe declararse la responsabilidad del Ayuntamiento de Lucena.
Por otro lado, hay que descartar la inexistencia de responsabilidad por ser el riesgo inherente a la actividad profesional. Según se desprende del expediente y de la sentencia a la que nos venimos refiriendo, el daño fue provocado por una actuación de los superiores jerárquicos del reclamante. Tal como se deduce de los hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 2 de Córdoba, dichos superiores no permitieron el desarrollo de las funciones propias de la categoría profesional del funcionario, que se ha visto obligado a actuar como mero policía y no como oficial durante años, siendo esta actuación "plenamente conocida, consentida y provocada por los superiores jerárquicos del actor, los cuales provocaban, de hecho, con la actuación descrita y con otras complementarias (continuas desautorizaciones de las decisiones del actor,...) una situación de aislamiento y degradación profesional en el entorno laboral del demandante". Siendo así, es obvio que la situación descrita por la sentencia nada tiene que ver con un riesgo profesional.

No obstante, debe valorarse la conducta del actor que, sin romper el nexo causal, puede considerarse concausa, justificando una moderación de la indemnización a cargo de la Administración.

El Ayuntamiento ha subrayado, como ya hemos expuesto, que el actor no formuló ninguna denuncia previa al parte médico entregado el 10 de marzo de 2015, pese a que los partes médicos anteriores demuestran que se encontraba en tratamiento psicológico con anterioridad al 10 de marzo de 2015. No se trata de una cuestión nimia, por la misma razón que antes hemos subraya-

do, esto es, al tratarse de un funcionario que porta armas.

Las obligaciones de los trabajadores complementan las acciones de prevención del empresario, como se desprende del artículo 14.4 de la LPRL en este ámbito de actividades de prevención. El artículo 29.1 de la LPRL dispone que corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario. Según el apartado 2 del mismo artículo, entre los deberes de los trabajadores en este ámbito se encuentra el de informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores, así como el de cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores.
Desde esta óptica se considera que la falta de comunicación del trabajador, cuyas consecuencias disciplinarias se contempla en el apartado 3 del dicho artículo, operó en este caso como concausa y justifica en sede de responsabilidad patrimonial una reducción del 50 % del quantum indemnizatorio.

VI

Sentado la conclusión anterior procede abordar el problema de la cuantía y modo de la indemnización. A este respecto, el actor solicita "una indemnización por daños morales de 60.000 euros", si bien dicho concepto aparece confundido después con padecimientos de angustia, estrés e inquietud, pérdida de peso, insomnio, cambios de humor repentinos e irritabilidad, pérdidas de memoria e incapacidad para la concentración, angustia continua, periodos de ausencia, etc.; situación que se liga al período de baja y a la posterior declaración de incapacidad (después ha sido revisada como se ha dicho en este dictamen). Alude el actor a la frustración de sus aspiraciones profesionales (que en parte podrá corregirse con el reingreso en el cuerpo, ya producido). Tal y como indica la jurisprudencia que cita, en casos como el presente la fijación de la indemnización no deja de tener un componente subjetivo y el propio reclamante se muestra dispuesto a pactar con la Administración el importe de la indemnización.

Teniendo en cuenta lo que se ha dicho sobre la reducción de la indemnización al 50% y dado que el Ayuntamiento no se ha pronunciado sobre este extremo de la reclamación, el Consejo Consultivo considera procedente que dicha indemnización se fije por la Administración en trámite contradictorio, sin perjuicio de apuntar a título orientativo que una estimación del daño en 40.000 euros (que se traduciría en una indemnización de 20.000 euros una vez aplicada la reducción del 50% antes mencionada) parece en principio razonable, dada la mejora en el estado de salud del reclamante y la reincorporación a su trabajo, aunque ésta se haya producido con las limitaciones resultantes de la rehabilitación a la que él

mismo se refiere en su escrito de alegaciones.

CONCLUSIÓN

Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, en el procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Lucena (Córdoba) incoado a instancia de don JL.B.S.

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

Dictamen 238/2019

Relativo a revisión de oficio instruido por el Ayuntamiento de Villaluenga de la Sagra (Toledo) a instancia de "W", a fin de que se declare la nulidad de pleno derecho de una liquidación tributaria girada a esa entidad bancariaen el año 2016 por el Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, de 12 de junio.

ANTECEDENTES

Primero. Solicitud de inicio.- El expediente de revisión objeto de dictamen tiene su inicio en una petición formulada por un representante de la entidad financiera "W" y presentada al Ayuntamiento de Villaluenga de la Sagra (Toledo) el día 23 de mayo de 2018, en virtud de la cual se insta de dicha entidad local que proceda a declarar la nulidad de pleno derecho de una liquidación tributaria practicada por resolución de su Alcaldía de 12 de septiembre de 2016, por la que se le requirió el pago de 46,03 euros, en concepto de Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), que dicha sociedad habría hecho efectivo.

Argumenta el interesado en sustento de su pretensión que a dicha entidad le fue adjudicado un inmueble por valor de 101.550 euros, y que con posterioridad lo transmitió por compraventa a un tercero por importe de 53.000 euros, girándole la correspondiente liquidación del impuesto en cumplimiento de la Ordenanza Municipal y abonándose su importe.

Señalaba que «*los artículos que soportaban dicha liquidación han sido declarados nulos por inconstitucionales según la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo de 2017, Recurso 4864/2016, por someter a tributación situaciones de hecho inexpresivas de capacidad económica, contraviniendo el principio de capacidad económica establecido en el artículo 31.1 de la Constitución*».

Comenzaba la exposición de los fundamentos de derecho de su solicitud, invocando las causas de nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria, recogidas en el artículo 217 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), con cita expresa de las siguientes: «*a) Que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. [ ] f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. [ ] g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal*». Esta última causa se enlaza con el artículo 47.2 de la

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), según el cual «*También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*».

Exponía que el acto municipal de liquidación cuya nulidad se propugna resulta contrario a los postulados enunciados con posterioridad por el Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º 59/2017, de 11 de mayo, según los cuales no procede el devengo del citado impuesto cuando la operación inmobiliaria conformadora del hecho imponible no ha generado para el transmitente plusvalía alguna susceptible de gravamen.

En cuanto a la aplicación del artículo 217.1.a) de la LGT, significaba que «*se ha vulnerado el principio de capacidad económica de mi mandante toda vez que con la liquidación del impuesto se grava, no un incremento real del valor de los terrenos, sino la mera tenencia del mismo, en aplicación de unas fórmulas que sólo recogen incrementos de tal valor y no su disminución o decremento. [] En efecto, a fecha del devengo del impuesto, bastaba con ser titular de un terreno de naturaleza urbana para que se anudara a esta mera circunstancia, como consecuencia inseparable e irrefutable, un incremento de valor sometido a tributación cuantificable de forma automática, mediante la mera aplicación al valor que tenga ese terreno a efectos del impuesto sobre bienes inmuebles al momento de la transmisión, de un porcentaje fijo por cada año de tenencia, con independencia no sólo del quantum real del mismo, sino de la propia existencia de ese incremento. [] […] [] Sin embargo, cuando no se ha producido ese incremento en el valor del terreno transmitido, la capacidad económica pretendidamente gravada deja de ser potencial para convertirse directamente en irreal o ficticia, violándose con ello el principio de capacidad económica declarado en el artículo 31.1 de la Constitución*».

A continuación, el accionante hace una extensa reproducción de varios fragmentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, que acompaña con diversas consideraciones sobre sus efectos y radicales consecuencias anulatorias para los preceptos del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales que sirvieron de base a la liquidación impugnada, entendiendo que «*el acto ahora recurrido resulta revisable y habrá de declararse nulo de pleno derecho, por lesionar el derecho o libertad de capacidad económica de mi mandante, sobre el que no existe sentencia con fuerza de cosa juzgada*»; tales afirmaciones se hacen ligadas a la cita de varios ejemplos de precedentes judiciales tomados del acervo doctrinal de tres Tribunales Superiores de Justicia autonómicos –de Madrid, Castilla y León, y Cantabria–, cuyos pronunciamientos, según el peticionario, apoyarían la pretensión anulatoria planteada. También se hace mención al artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, atinente a la inaplicabilidad de sus sentencias a procedimientos judiciales fenecidos, infiriendo de ello que, como en el presente caso no existe sentencia con fuerza de cosa juzgada que lo impida, el acto impugnado resulta revisable y ha de ser

declarado nulo de pleno derecho, dando lugar a la correspondiente devolución de ingresos indebidos.

La solicitud fue acompañada de diversa documentación judicial y notarial demostrativa de cuáles fueron el valor de adquisición –en 2011– y el precio de venta –en 2016– del inmueble sometido a gravamen, primeramente desembolsado y luego percibido por la entidad bancaria actuante, de la que se deduciría que "W" habría experimentado una merma patrimonial de 2 resultas de ambas operaciones, cifrada en 48.550 euros. Asimismo, aportaba escritura de poder del representante, liquidación del impuesto cuya anulación se propugna y justificación de transferencia efectuada a favor del Ayuntamiento, si bien por importe de 108,54 euros, por comprender el importe de dos liquidaciones tributarias por igual concepto.

Segundo. Informe del Secretario-Interventor del Ayuntamiento. - En atención a la solicitud formulada, el 7 de junio de 2018 el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Villaluenga de la Sagra emitió informe respecto a la procedencia de la iniciativa revisora emprendida por "W", en el que se muestra contrario a la retroactividad de la doctrina enunciada en la referida Sentencia del Tribunal Constitucional y a su aplicación a liquidaciones tributarias firmes giradas con anterioridad a su adopción, citando en apoyo de tal tesis el contenido de otra Sentencia del Tribunal Constitucional, n.º 45/1989, de 20 de febrero, donde se declaró el mantenimiento de los efectos impositivos consolidadas en relación con otro asunto que tenía análogas repercusiones de índole fiscal, así como la Sentencia número 19/2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Toledo.

Manifestaba, asimismo que no era posible atender a la petición de nulidad del acto conforme a lo previsto en el artículo 217 de la LGT, ya que «*la previsión de revisión por inconstitucionalidad se encuentra limitada en la letra a) a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. [] Cabe recordar que son los artículos 14 a 30 de la Constitución los que pueden dar lugar a recurso de amparo, mientras que la inconstitucionalidad de la plusvalía municipal ha sido declarada por contravenir el principio de capacidad económica recogido en el artículo 31 CE*».

Concluía expresando que «*no procede declarar la nulidad de las liquidaciones toda vez que el Ayuntamiento liquidó aplicando la legalidad; que en ningún caso se demuestra la existencia de una peritación en el momento de la transmisión que demuestre la existencia de minusvalía; por darse una situación en la que se expresa la capacidad económica de W, y por falta manifiesta de fundamento al no contemplarse la posibilidad de nulidad de Pleno Derecho del acto firme, no procediendo por tanto la devolución de ingresos, sin perjuicio de que el Ayuntamiento estará a lo que en el futuro disponga el Legislador*».

Tercero. Inadmisión a trámite. - Aludiendo a lo expuesto en el informe precedente, el mismo día 7 de junio de 2018 el titular de la Alcaldía del Ayuntamiento consultante acordó «*[...] no iniciar el procedimiento de declaración de nulidad de Pleno Derecho de la liquidación de plusvalía nº 2014/000124 [sic], que liquidó el IIVTNU, abonándose por W*

por tal concepto un importe de 17:30 euros [sic] y, en consecuencia, no proceder a la devolución solicitada».

Cuarto. Impugnación del acuerdo de inadmisión. - Dicho acuerdo fue recurrido por la entidad interesada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sustanciándose al efecto el procedimiento abreviado n.º 340/2018, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Toledo, en el que la parte reiteraba la concurrencia en el acto de liquidación de las causas de nulidad previstas en el artículo 217.1.a), f) y g) de la LGT, en relación esta última con el artículo 47.2 de la LPAC.

Dicho procedimiento concluyó por Sentencia de 15 de octubre de 2018 del referido Juzgado nº 2 de Toledo, en cuyo fallo se estima en parte el recurso interpuesto por la entidad bancaria, «*condenando al Ayuntamiento demandado a seguir el procedimiento legalmente establecido en el artículo 217 LGT, desestimando el resto de pretensiones deducidas en la demanda*».

Entre la fundamentación motivadora que precede a dicho pronunciamiento figura la siguiente exposición: «*Dado que en el caso examinado, la solicitud de la recurrente era firme en vía administrativa –tal como reclama el artículo 217 LGT, en contra de lo que sostiene la defensa municipal– y además se invocaban dos causas de nulidad del apartado primero delartículo 217 LGT, no podía el Ayuntamiento declarar la inadmisión de plano […] al menos como lo hizo, ya que, lejos de razonar los únicos supuestos en que se autoriza la inadmisión a trámite en el apartado 217.3 LGT […], lo que hace el Ayuntamiento es declarar la inadmisión, pero efectuando pronunciamientos de fondo absolutamente improcedentes en una resolución de inadmisión -"que las causas alegadas no pueden subsumirse en las previstas por el citado precepto", "que no se acredita una peritación en el momento de la transmisión que demuestre la inexistencia de plusvalía" y "que se da una situación expresiva de la capacidad económica de la recurrente"-, sin seguir el procedimiento establecido en la propia LGT y de forma absolutamente incongruente con la conclusión de no iniciar el procedimiento interesado*», declarando seguidamente «*la obligación del Ayuntamiento demandado de seguir el procedimiento legalmente establecido, sin que sea posible, en cambio, entrar a resolver el fondo de la cuestión –como pretende la actora–, al no haberse pronunciado en forma el Ayuntamiento sobre la concurrencia o no de las causas de nulidad invocadas y al no haber podido argumentar las partes con la debida contradicción sobre la prueba de la existencia o no del incremento real de valor que se discute*».

La mencionada sentencia se declaró firme el 18 de enero de 2019.

Quinto. Acuerdo de inicio del procedimiento de revisión. - En cumplimiento del fallo judicial prealudido, con fecha 25 de octubre de 2018 el órgano plenario del Ayuntamiento de Villaluenga de la Sagra acordó «*incoar el expediente de revisión de oficio solicitado a instancia de W y de conformidad con lo sentenciado*», así como otras medidas atinentes al desarrollo de las posteriores actuaciones.

Sexto. Trámite de audiencia y alegaciones.- Consta en el expediente que el acuerdo incoatorio anterior fue notificado al representante de la entidad banca-

ria accionante. Asimismo, le fue notificado dictamen de este Consejo Consultivo (número 468/2018, de 19 de diciembre) emitido en el procedimiento de revisión de oficio número 168/2018, sobre la nulidad de pleno derecho de una liquidación del mismo impuesto (liquidación número 2014/000123), y las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Toledo en similares procedimientos revisorios. En ambos oficios se confería a la entidad bancaria un plazo de 15 días para formular alegaciones o presentar cuantos documentos y justificaciones considerase oportunos.

Recibida toda la documentación, la parte instante de la revisión presentó escrito de alegaciones mediante el que se ratifica en sus primitivas pretensiones, plasmadas en el escrito de inicio, reiterando las causas de nulidad entonces invocadas.

Así, en cuanto a la causa prevista en el epígrafe a) del artículo 217.1 de la LGT, además de reiterar que se estaba contrariando el principio de capacidad económica contemplado en el artículo 31 de la Constitución, incidía en la concurrencia de la misma «*puesto que se ha procedido a la expulsión del ordenamiento Jurídico de los artículos citados, y concretamente del artículo 110.4 LHL, en la medida en que vedaba a los contribuyentes la posibilidad de probar la inexistencia de incremento de valor de los bienes transmitidos, colocando a los sujetos pasivos del impuesto en una clara posición de indefensión, ya que a la hora de liquidar el impuesto no existía procedimiento alguno que permitiera acreditar la pérdida de valor en los inmuebles transmitidos, en clara contradicción con el artículo 105 LGT y con la existencia de un procedimiento contradictorio derivado del principio de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución*».

En lo concerniente a la causa del artículo 217.1.f) de la LGT, significaba que ha existido «*un acto administrativo expreso (la liquidación) contrario al ordenamiento jurídico (como declara el TC) que permite adquirir un derecho (cobrar o exigir el importe de la liquidación) a la Administración, careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición (carencia de cobertura legal para la liquidación con la nulidad de los artículos citados)*».

Por último y en lo que respecta a la causa prevista en el epígrafe g) del mismo artículo 217.1, en relación con el artículo 47.2 de LPAC, entendía que conforme al mismo «*los actos administrativos son nulos de pleno derecho cuando vulneren la Constitución, las leyes o el principio de reserva de Ley, cosa que sucede en este caso pues la liquidación carece de norma legal de cobertura (al estar expulsados ex tunc del ordenamiento jurídico los artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4 LHL), vulnera la LHL (vigente tras esta expulsión) y no cabe duda de que vulnera la Constitución, pues así lo ha declarado el TC*».

Incidía, finalmente, en la aplicación al caso del principio de seguridad jurídica, con base en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en el sentido de extender los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional a supuestos liquidados con anterioridad a su publicación.

Séptimo. Informe propuesta. - Tras las actuaciones descritas previamente, el

expediente concluye con la inserción de un informe emitido el 24 de abril de 2019 por el Secretario-Interventor de la Corporación Municipal consultante, en el que este se decanta por la desestimación de lo pedido por "W", afirmando que el principio de capacidad económica puesto en entredicho por la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo, no es uno de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional incardinables dentro del supuesto de revisión de oficio enunciado en el artículo 217.1.a) de la tan citada LGT, al hallarse recogido en el artículo 31 de la Constitución.

Afirmaba, asimismo, que no puede instar el procedimiento de revisión de oficio quien ha dejado que la liquidación de la plusvalía sea un acto firme y consentido.

También se argumenta que dicho juicio de constitucionalidad no ha comportado la nulidad radical de los preceptos tributarios afectados, como revela el contenido de diversas Sentencias del Tribunal Supremo –1163/2018, 1243/2018 o 1300/2018–, de las que se extrae que el cambio operado por efecto de la citada doctrina del Tribunal Constitucional únicamente permite al sujeto pasivo probar que no ha experimentado un incremento de valor y, con ello, la ausencia de capacidad económica sometida a gravamen, estimando que en el caso suscitado no es prueba suficiente al efecto la documentación aportada por "W" sobre las dos transmisiones onerosas conformadoras del hecho imponible. En virtud de lo expuesto, «*[...] se propone al Pleno de la Corporación, previo dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, la adopción de un acuerdo por el que se desestime la solicitud de revisión de oficio formulada*».

[...]

CONSIDERACIONES

I

[...]

II

Examen del procedimiento tramitado. - Antes de pasar al análisis de los aspectos sustantivos que suscita el expediente, ha de examinarse el procedimiento desarrollado por la entidad local consultante a raíz de la solicitud de revisión de oficio formulada por la entidad bancaria interesada.

El expediente instruido ha debido acomodarse a las previsiones del artículo 217 de la LGT, cuyo apartado 2 precisa cuáles son las dos posibles vías a seguir para declarar la nulidad de pleno derecho de actos dictados en materia tributaria, estableciendo que el procedimiento podrá iniciarse por el órgano que dictó el acto o su superior jerárquico, o bien a instancia de parte –como en este caso–, añadiendo el apartado 4, como pasos fundamentales del mismo, que «*En el procedimiento se dará audiencia al interesado y serán oídos aquellos a quienes reconoció derechos el acto o cuyos intereses resultaron afectados por el mismo*». Se completa dicho artículo con otras prescripciones formales aplicables a la materia, como son la alusiva a la exigencia del dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda y aquella que, en su apartado 6, determina el plazo máximo de resolución, señalando que este «*será de un año desde que se presente la solicitud por el interesado o desde que se le notifique el acuerdo de iniciación de oficio del procedimiento*». Es más, las particularidades del citado

procedimiento de revisión en el ámbito tributario han sido abordadas en los artículos 4 a 6 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de desarrollo de la LGT en materia de revisión en vía administrativa, donde destacan sus previsiones sobre la iniciación por el órgano competente, la audiencia a cuantos resulten interesados, la redacción de una propuesta de resolución y la exigencia del dictamen del órgano consultivo competente, como trámite previo a la resolución propiamente dicha.

Ahora bien, en el caso examinado concurre otra nota singular asociada al hecho de que el acto administrativo cuestionado fue dictado por el órgano de una entidad local, razón por la cual también procede hacer mención a las principales singularidades normativas dimanantes de esa circunstancia sectorial. El artículo 4.1.g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, dispone que corresponde a los municipios, en su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial y dentro de la esfera de sus competencias, la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos, reiterándose la atribución de tal potestad en similar precepto del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Asimismo, el artículo 110.1 de la antedicha norma legal establece que «*Corresponderá al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho y la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria, en los casos y de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 153 y 154 la Ley General Tributaria*» –actual artículo 217 de la LGT–.

A tenor del contenido de las disposiciones legales y normas procedimentales aludidas previamente, pueden señalarse, resumidamente, como trámites ordinarios precisos para proceder a la revisión de oficio de los actos administrativos: el acuerdo de iniciación del procedimiento dictado por órgano competente, el nombramiento de instructor para el mismo, la sustanciación de las actuaciones que se consideren precisas para la debida instrucción del procedimiento –tales como la práctica de las pruebas pertinentes para acreditar los hechos relevantes para su resolución y la emisión de los informes jurídicos o de otra índole que se estimen necesarios–, la obligada audiencia a los afectados y la formulación de una propuesta de resolución, como paso previo al requerimiento del dictamen de este Consejo Consultivo.

Como ya ha quedado reflejado en antecedentes, en el presente asunto el titular de la Alcaldía del Ayuntamiento concernido adoptó, impropiamente, un acuerdo negatorio del inicio del procedimiento revisor interesado por "W", el cual ha recibido la censura del órgano judicial competente, según revela el contenido de la Sentencia de 15 de octubre de 2018 aludida y parcialmente reproducida en el antecedente cuarto. Es así que, en cumplimiento de dicha sentencia –que elude pronunciarse sobre el fondo del asunto–, se retrotrajo el procedimiento que fue completado con las actuaciones ya descritas en los antecedentes quinto, sexto, séptimo y octavo. A la vista de todo ello, cabe entender que existe un suficiente grado de coincidencia entre lo actuado por el Ayuntamiento instructor y las reglas formales de aplicación, pudiendo concluirse que la decisión que finalmente se adopte al respecto no se verá lastrada por ningún

vicio esencial de carácter formal que pudiera afectar a su validez.

En todo caso, sí conviene significar que se aprecia una falta de coincidencia en la identificación numérica del acto de liquidación cuestionado, ya que, apareciendo dos ejemplares del mismo –aportados por "W"– que lo individualizan como el «*2016/0000039*»; sin embargo, el fallo de la Sentencia del Juzgado de 15 de octubre de 2018, alude a dicha liquidación –de forma aparentemente errónea- como la nº «*2016/000038*», siendo así que en las actuaciones administrativas posteriores encaminadas a su cumplimiento se habría arrastrado esa errata de numeración, de tal manera que el acuerdo plenario de inicio del procedimiento también lo identifica con idéntico número. En consecuencia, se recomienda revisar la documentación y referencias mencionadas, a fin de que, al menos en la resolución que ponga fin al procedimiento, se consigne correctamente el código numérico identificativo de la liquidación impositiva impugnada.

También cabe observar que ante la solicitud de nulidad presentada y aprobado el acuerdo de inicio del procedimiento, no se designó instructor del mismo, si bien en este caso, y aun cuando no se ha efectuado una designación formal, es obvio que la dirección del procedimiento se ha concentrado en el Secretario-Interventor –que ha impulsado el mismo en todos sus trámites–, sin que la parte haya manifestado objeción alguna al respecto.

Por otro lado, debe destacarse que la propuesta de resolución no ha contemplado con completitud los argumentos en los que la parte pretende fundar la nulidad del acto propugnada, atendiendo únicamente a lo expresado por la entidad interesada respecto de la vulneración del principio de capacidad económica (artículo 217.1.a) de la LGT), pero obviando el resto de motivos de nulidad y razonamientos esgrimidos por la solicitante de nulidad. La citada propuesta debería haber plasmado el planteamiento de la Corporación ante cada uno de dichos argumentos expresando, en definitiva, de modo fundamentado, la posición de la Administración en el procedimiento teniendo en cuenta el resultado de todas las actuaciones sustanciadas.
El expediente remitido en formato electrónico dispone de un índice documental enumerativo de los elementos que lo conforman y se encuentra adecuadamente ordenado conforme a un criterio cronológico, lo que ha facilitado el conocimiento de su contenido.

Señalado lo anterior, procede pasar a examinar las cuestiones de fondo suscitadas por el expediente.

III

Presupuestos normativos para la revisión de oficio.- Este análisis debe partir de la aplicación de la máxima tempus *regit actum*, según la cual las causas de nulidad suscitadas en cada caso deben ponderarse de conformidad con la normativa vigente en el momento de adopción del acto administrativo sometido a revisión. Así, como el acuerdo municipal cuya validez se cuestiona es una liquidación tributaria practicada el día 12 de septiembre de 2016, el examen suscitado ha de verificarse atendiendo a la relación de causas de nulidad aplicables en ese concreto ámbito material y enumeradas en el artículo 217.1 de la LGT, precepto que no ha sufrido alteración alguna desde la primitiva aprobación de dicha Ley y cuyo contenido guarda plena iden-

tidad con la relación general de causas de nulidad enunciada en el artículo 47.1 de la actual LPAC, que es igualmente coincidente con la del artículo 62.1 de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre (vigente en el momento en que se dictó el acto cuya revisión se plantea).

Dicho esto, puede reiterarse una vez más que la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho constituye el grado máximo de invalidez de los actos administrativos que contempla el ordenamiento jurídico, reservándose para aquellos supuestos en que la legalidad se ha visto transgredida de manera grave, de modo que únicamente puede ser declarada en situaciones excepcionales que han de ser apreciadas con suma cautela y prudencia, sin que pueda ser objeto de interpretación extensiva. Estas exigencias, que han de acompañar al ejercicio de la potestad revisora, responden a la necesidad de buscar un justo equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, que postula el mantenimiento de derechos ya declarados, y el de legalidad, que exige depurar las infracciones del ordenamiento jurídico –dictámenes 93/2010, de 8 de junio; 98/2015, de 7 de abril; o 239/2018, de 4 de julio, entre otros muchos–.

La figura de la nulidad de pleno derecho se caracteriza por ser apreciable de oficio y a instancia de parte; por poder alegarse en cualquier tiempo, incluso aunque el acto administrativo viciado haya adquirido la apariencia de firmeza por haber transcurrido los plazos para recurrirlo, sin sujeción, por tanto, a plazo de prescripción o caducidad; por producir efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento mismo en que el acto tuvo su origen y no desde que la nulidad se dicta; y por ser insubsanable, aun cuando se cuente con consentimiento del afectado, no resultando posible su convalidación. Dicha medida se reserva para la eliminación de actos que contienen vicios de tal entidad que trascienden el puro interés de la persona sobre la que inciden los efectos de los mismos y repercuten sobre el orden general, resultando ser «*de orden público*», lo cual explica que pueda ser declarada de oficio tanto por la Administración como por los Tribunales, debiendo hacerse tal pronunciamiento de forma preferente, en interés del ordenamiento mismo. Además, sin perjuicio de la imprescriptibilidad que caracteriza la nulidad de pleno derecho, el ejercicio de la revisión de oficio, por su propia excepcionalidad, se encuentra sometida a unos límites que vienen fijados actualmente en el artículo 110 de la LPAC, donde se establece que dichas facultades 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*».

Hechas estas consideraciones generales e introductorias, ha de reseñarse que el escrito de petición de nulidad presentado por la entidad "W" hizo una exposición sobre los motivos de revisión esgrimidos, puesto que contiene referencia expresa a las siguientes causas de nulidad que, en materia tributaria, enumera de manera tasada el artículo 217.1 de la LGT: «*a) Que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. [ ] f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. [ ] g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición*

de rango legal». Esta última causa se enlaza con el artículo 47.2 de la LPAC, según el cual «*también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*».

Abordando, primeramente, el análisis del presupuesto de nulidad contemplado en el artículo 217.1.a) de la LGT, –equiparable al 47.1.a) de la LPAC, y al 62.1.a) de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre–, relativo a los actos administrativos «*que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*», debe señalarse que la introducción de esta causa en la redacción originaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se debió a la necesidad de sancionar con la consecuencia de mayor gravedad prevista en el ordenamiento jurídico la vulneración del elenco de derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución.

En este sentido se había venido pronunciando el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias –entre otras, 38/1981, de 23 de noviembre; 39/1982, de 30 de junio; o 114/1984, de 29 de noviembre–, al considerar los derechos y libertades fundamentales como principios superiores del ordenamiento, dotados de efectividad inmediata y preferente frente a todos los poderes públicos. En ello incidía igualmente el Tribunal Supremo –entre otras, en Sentencias de 26 de abril de 1989 (Ar. RJ 1989,3297) o de 26 de junio de 1992 (Ar. RJ 1992,4550)–, argumentando que la nulidad era la consecuencia necesaria ante tales vulneraciones, dada la eficacia directa de la norma suprema, estimando que los derechos fundamentales constituyen «*la esencia misma del régimen constitucional*», considerando su «*sentido nuclearmente esencial en un Estado de Derecho*». Al incorporarse esta causa de nulidad a la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se definió originariamente con referencia a los actos «*que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*», aludiendo, por tanto, a los derechos y libertades reconocidos y amparados en los artículos 14 a 29 de la Constitución y en el artículo 30.2, y circunscribiéndose a los supuestos en que se lesionara el "contenido esencial" de los mismos. Ahora bien, como en los preceptos vigentes al tiempo de adopción del acto cuestionado ya se había suprimido dicha especificación atinente a la esencialidad de la afectación del derecho –mediante Ley 4/1999, de 13 de enero–, deviene innecesaria una interpretación sobre el alcance del concepto «*contenido esencial*».

Por otro lado, ha de atenderse al vicio de nulidad contemplado en el epígrafe f) del citado artículo 217.1 de la LGT, asimilable al epígrafe homónimo de los artículos 47.1 de la LPAC, o 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, relativo a la nulidad de pleno derecho de «*los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*».

Pues bien, en congruencia con el criterio restrictivo que, según lo mantenido por el Tribunal Supremo, debe presidir la aplicación de la regulación de las nulida-

des de pleno derecho, la apreciación de la causa de nulidad citada debe realizarse igualmente con gran rigor, pues de lo contrario podría cobijar cualquier infracción legal que afectara a actos declarativos de derechos, poniendo en riesgo el principio de seguridad jurídica más allá de su razonable confrontación con el principio de legalidad.

El Consejo de Estado, por su parte, ha expresado en numerosos dictámenes –como el 1494/1997, de 8 de mayo; 4786/1998, de 21 de enero de 1999; o 1784/1999, de 29 de julio– la conveniencia de evitar una interpretación extensiva de esta causa de nulidad de pleno derecho. Así, en su dictamen 842/1996, de 16 de mayo, afirma que esta causa «*no contempla la nulidad de pleno derecho para cualquier infracción o contrariedad al ordenamiento jurídico. Si fuera así, se desnaturalizaría gravemente la institución de la revisión de oficio porque no toda contrariedad permite la anulación al amparo del artículo 103 de la Ley 30/1992 y el vicio de nulidad que sanciona el artículo 102 en los casos del artículo 62.1 de la misma Ley es precisamente de mayor entidad que el de anulabilidad. [ ] Este precepto, el artículo 62.1.f) [...] contempla solo aquellos casos de contrariedad al ordenamiento jurídico en que falta el 'requisito esencial' para la adquisición de un derecho o facultad. Dicho requisito esencial tiene en primer lugar que venir definido de manera conforme a la ley y afectar de modo grave tanto a la estructura esencial del acto administrativo cuanto al precepto de la Ley de cuya contravención se trata*». La cuestión fundamental estriba en determinar los requisitos que pueden ser catalogados como esenciales, circunstancia esta que no es posible establecer a priori y para todos los supuestos, sino de manera individual para cada uno de ellos, «*centrando el examen en los presupuestos de hecho que en cada caso deban concurrir necesariamente en el sujetoo en el objeto, de acuerdo con la norma concretamente aplicable, para que se produzca el efecto adquisitivo en ésta previsto*» –dictamen del Consejo de Estado 2133/1996, de 25 de julio–. Así, tales requisitos no pueden ser, obviamente, todos cuantos la Ley exige, sino «*los que definen la propia estructura del acto administrativo sin venir referidos en otro motivo de nulidad, cuales la falta de capacidad del sujeto […], la falta de objeto […], de la causa o del fin del acto administrativo*» –dictamen del Consejo de Estado 351/1996, de 22 de febrero–. También precisa el citado órgano consultivo que el atributo de esencialidad exigido por el legislador para la configuración de este supuesto hace que deba venir reservado a «*aquellos casos extremos en los que, no simplemente se discuta sobre la eventual ilegalidad de un acto administrativo, sino que además constituyan casos graves y notorios de falta del presupuesto indispensable para adquirir lo que el acto improcedentemente le reconoció u otorgó*» –dictámenes 596/1999, de 15 de abril; o 3491/1999, de 22 de diciembre–.

Advertida la dificultad interpretativa que plantea la concreción de lo que deba entenderse por requisito esencial en cada caso, procede finalmente reiterar lo señalado por este Consejo Consultivo en muchos de sus dictámenes, afirmando que «*no bastará que el acto no cumpla cualquier requisito de los que exige el ordenamiento jurídico, aunque tales requisitos se exijan para la validez del acto que determina la adquisición de la facultad o derecho, sino que el requisito exigido pueda calificarse como esencial,*

bien se refiera a las condiciones del sujeto o al objeto, de acuerdo con la norma concretamente aplicable» –por todos, dictámenes 56/1997, de 23 de septiembre; 78/2001, de 24 de julio; o 30/2018, de 24 de enero–.

Por último, es necesario aludir al motivo de nulidad previsto en el epígrafe g) del artículo 217.1 de la LGT, referido a «*Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley*», de idéntico contenido que el contemplado en los artículos 47.1.g) de la LPAC y 62.1.g) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En relación a esta causa de nulidad es preciso reiterar –en el sentido puesto de manifiesto por este Consejo en el dictamen 137/2001, de 12 de diciembre; 126/2010, de 14 de julio; o 110/2015, de 15 de abril–, que la introducción de este apartado fue una novedad de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que vino a dar respuesta a la contradicción planteada ante la aparente exhaustividad con que se enumeraban los motivos de nulidad de pleno derecho en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y los diferentes preceptos diseminados en diversas normas legales en que se establecía la máxima sanción de invalidez de los actos ante la concurrencia de determinados supuestos, posibilidad ésta que dicha norma, al ser una Ley ordinaria, no podía negar a otras disposiciones de similar rango.

La doctrina ha afirmado que la cláusula residual establecida en el precepto referido, lejos de abrir la puerta a un ensanchamiento de los supuestos de nulidad de pleno derecho, pretende, al contrario, restringir esa posibilidad vedándola a la norma meramente reglamentaria, de modo que sólo podrán ser sancionadas con el grado máximo de invalidez de los actos aquellas infracciones del ordenamiento para las que así lo prevea una norma con rango de ley.

IV

Examen de las causas de nulidad invocadas. - Señalado todo lo anterior acerca de las normas y criterios exegéticos de general aplicación a los tres presupuestos de nulidad suscitados, debe pasarse al examen singularizado de cada uno de ellos, siguiendo al efecto el mismo orden alfabético adoptado en su plasmación normativa.

A) Como se apuntó en la consideración precedente, la entidad bancaria accionante argumenta que se hallan afectados de vicios de nulidad radical aquellos actos de la Administración «*que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*», añadiendo que el acto que se combate con el fin de propiciar una devolución de ingresos indebidos efectuados en concepto de IIVTNU «*habrá de declararse nulo de pleno derecho, por lesionar el derecho o libertad de capacidad económica de mi mandante, sobre el que no existe sentencia con fuerza de cosa juzgada*». También se argumenta que resulta de aplicación al caso el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, relativo a la inoperatividad de sus pronunciamientos sobre procedimientos judiciales fenecidos, aseverando que dicho precepto no obsta lo pretendido, al no existir sentencia con fuerza de cosa juzgada que impida la revisión del acto. Finalmente, apoya la aplicación de este motivo de nulidad aduciendo la vulneración del artículo 24 de la Constitución pues «*se ha procedido a la expulsión del ordena-*

miento Jurídico de los artículos citados, y concretamente del artículo 110.4 LHL, en la medida en que vedaba a los contribuyentes la posibilidad de probar la inexistencia de incremento de valor de los bienes transmitidos, colocando a los sujetos pasivos del impuesto en una clara posición de indefensión, ya que a la hora de liquidar el impuesto no existía procedimiento alguno que permitiera acreditar la pérdida de valor en los inmuebles transmitidos, en clara contradicción con el artículo 105 LGT y con la existencia de un procedimiento contradictorio derivado del principio de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución».

En cuanto al argumento inicial, la respuesta que merece la pretensión anulatoria formulada por "W" no difiere de la ya ofrecida por este Consejo en su dictamen 468/2018, de 19 de diciembre, emitido en un supuesto revisorio análogo atinente al mismo Ayuntamiento y a la misma entidad solicitante, en el que se hacía cita de los dictámenes 47/2018, de 7 de febrero, o 353/2018, de 17 de octubre, relativos a dos supuestos similares procedentes de otra entidad local de la provincia de Toledo, donde se descartó la concurrencia de la misma causa de nulidad esgrimida con la siguiente argumentación:

«*La operatividad de la causa de nulidad planteada –localizada en el tan citado epígrafe a)–, queda asociada normativamente a la presencia de una vulneración de derechos y libertades que sean susceptibles de amparo constitucional. Este mecanismo extraordinario de protección de derechos ha quedado inequívocamente delimitado en su extensión por el artículo 53.2 de la Constitución, donde se señala que "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30". Con mayor precisión aún se concreta el alcance de la referida vía de protección constitucional en el artículo 41.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en el que se establece que "Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución". [ ] Basta hacer una lectura detenida de la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo, aducida por la solicitante, para constatar que el principio constitucional de capacidad económica, incidente en el ámbito tributario, no constituye en realidad un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional. La propia Sentencia contiene fragmentos en su argumentación que hacen inequívoco el encuadramiento del referido principio en las determinaciones del artículo 31.1 de la Constitución, el cual se sitúa fuera del articulado conformador del mencionado espacio de tutela. Así, en el inciso final del párrafo tercero de su fundamento jurídico 3 se afirma, en sustento de su decisión anulatoria de varios preceptos de la Ley de Haciendas Locales que, "cuando no se ha producido ese incremento en el valor del terreno transmiti-*

do, la capacidad económica pretendidamente gravada deja de ser potencial para convertirse en irreal o ficticia, violándose con ello el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE)» (STC 37/2017 (FJ 3))". Posteriormente, se explicita esa misma correspondencia numérica en el último párrafo del mismo fundamento jurídico, donde se manifiesta: "Por las mismas razones debemos concluir aquí que el tratamiento que los preceptos cuestionados de la LHL otorgan a los supuestos de no incremento, o incluso de decremento, en el valor de los terrenos de naturaleza urbana, gravan una renta ficticia en la medida en que, al imponer a los sujetos pasivos del impuesto la obligación de soportar la misma carga tributaria que corresponde a las situaciones de incrementos derivados del paso del tiempo, está sometiendo a tributación situaciones de hecho inexpresivas de capacidad económica, lo que contradice frontalmente el principio de capacidad económica que garantiza el art. 31.1 CE. En consecuencia, los preceptos cuestionados deben ser declarados inconstitucionales, aunque solo en la medida en que no han previsto excluir del tributo las situaciones inexpresivas de capacidad económica por inexistencia de incrementos de valor (SSTC 26/2017, FJ 3; y 37/2017, FJ 3)". [ ] Por todo ello, como el principio constitucional de capacidad económica, invocado por la solicitante en sustento de su pretensión anulatoria fundada en el acaecimiento de una vulneración de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, no se integra dentro del conjunto de supuestos realmente propiciatorios de dicho instrumento de amparo, debe concluirse que no se aprecia la concurrencia de la causa de nulidad invocada, debiendo ultimarse el procedimiento de revisión instruido a instancia de parte con una resolución desestimatoria de la solicitud de nulidad formulada».

La argumentación recogida en los referidos dictámenes viene a dar respuesta, asimismo, al planteamiento posterior formulado por la parte en defensa de la apreciación de la causa, relativo a la aplicación al caso del artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Expresaba al efecto que «*La interesada señala en su escrito de petición que la liquidación impositiva impugnada es nula de pleno derecho por haberse efectuado "aplicando preceptos declarados inconstitucionales y nulos", alegato que reviste cierto grado de verosimilitud, si se atiende al fallo de la referida Sentencia del Tribunal Constitucional, y que suscita una cuestión paralela y de gran interés que ha sido abordada por nuestra jurisprudencia al ponderar las consecuencias jurídicas de las sentencias del referido Tribunal. [ ] Los citados efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional quedaron determinados normativamente, en principio, por el propio texto constitucional –artículos 161.1.a) y 164–, y fueron clarificados con mayor grado de especificidad en los artículos 38, 39 y 40 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, especialmente, en el último de ellos, relativo a la "revisión de procesos fenecidos", en cuyo apartado 1 se expresa: "Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sanciona-*

dor en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad". [ ] Aun así, la materia ha requerido también de la instauración de ulteriores y más precisos criterios hermenéuticos a los que puede ser necesario acudir para clarificar asuntos como el subyacente en la pretensión de nulidad aquí analiza. Por ello, resultan de especial interés las precisiones efectuadas al respecto por el Tribunal Constitucional en otros supuestos que guardan estrecha semejanza con la declaración de inconstitucionalidad de preceptos tributarios formulada en la referida Sentencia 59/2017, de 11 de mayo. Así, viene al caso recordar lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, de 20 de febrero, declarativa de la nulidad de varios preceptos de la legislación reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas, en la que el alto Tribunal, tras indicar que no era su cometido, sino el del legislador, emprender las modificaciones normativas necesarias para colmar la laguna dejada por los preceptos anulados, hizo la siguiente clarificación sobre los efectos de la propia Sentencia: "La segunda de las mencionadas precisiones es la de que entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquéllas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, entrañaría –como con razón observa el representante del Gobierno– un inaceptable trato de disfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales. [ ] [...] para concluir, conviene precisar que tampoco en lo que se refiere a los pagos hechos en virtud de autoliquidaciones o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración puede fundamentar la nulidad que ahora acordamos pretensión alguna de restitución." –fundamento jurídico 11–».

A la exposición doctrinal reproducida anteriormente cabe añadir, en orden al sostenimiento de los mismos postulados expresados en los dictámenes de referencia –como ya se hizo en el segundo de ellos–, que los precedentes judiciales aludidos por el representante de "W" carecen de virtualidad alguna a los efectos pretendidos, pues en los dos casos que han podido ser localizados –Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de julio de 2017 (Ar. JUR 2017,211299) y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 22 de septiembre de 2017 (Ar. JUR 2017, 253610)– los supuestos a los que se daba respuesta no versaban sobre asuntos firmes en vía administrativa, sino sobre liquidaciones impugnadas en plazo y pendientes de resolución judicial. Es más, la primera de las dos Sentencias mencionadas por la sociedad accionante ha sido revisada en casación por el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 1248/2018, de 17 de julio (Ar. RJ 2018,3405), donde se han establecido los criterios interpretativos generales aplicables a casos susceptibles de litigio –no firmes o no fenecidos–, en términos que resultan contrarios a los postulados sostenidos por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Las conclusiones plasmadas en párrafos anteriores en relación a la no revisión de situaciones derivadas de resoluciones administrativas firmes a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional viene a dar respuesta, igualmente, al tercer argumento de la parte en pro de la aplicación de esta primera causa de nulidad, en el sentido de que al haberse producido la expulsión del ordenamiento jurídico del artículo 110.4 LHL que vedaba a los interesados la posibilidad de probar la inexistencia de incremento de valor de los bienes transmitidos, se habría cercenado el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 de la Constitución. Pretende la parte, en definitiva, con tal razonamiento, revisar una situación que ya se hallaba consolidada, pues el acto liquidatorio cuya revisión se pretende fue dictado de conformidad con la norma legal vigente al tiempo de su aprobación y fue satisfecho por la parte aquietándose al mismo, sin haberlo impugnado por sus cauces ordinarios. De este modo, en aplicación de la doctrina expuesta anteriormente, tal situación no resulta susceptible de revisión.

A lo anterior debe añadirse, además, que no resulta apreciable tampoco la invocación en este caso del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación al cual el Tribunal Constitucional ha manifestado en Sentencia TC 111/2006, de 5 de abril –RTC 2006\111– que «*Ciertamente hemos entendido que las exigencias de la tutela judicial efectiva no son trasladables, en general, a la vía administrativa, dado que este derecho fundamental, en cuanto poder jurídico que tienen los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto, tiene su lugar propio de satisfacción en un proceso judicial, de manera que «son los Jueces y Tribunales los que han de otorgar la tutela judicial efectiva y los únicos, en consecuencia, a los que cabe imputar su violación» (STC 197/1988, de 24 de octubre [RTC 1988,197], F. 3; y en el mismo sentido STC 26/1983, de 13 de abril [RTC 1983,26], F. 1; y, F. 1; y 104/1990, de 9 de marzo, F. 2). Sin embargo, hemos admitido que cabe la posibilidad de que el art. 24.1 CE resulte vulnerado por actos dictados por órganos no judiciales "en aquellos casos que no se permite al interesado, o se le dificulte, el acceso a los Tribunales" (STC 197/1988, de 24 de octubre [RTC 1988,197], F. 3), como ocurre, por ejemplo, cuando en virtud de una norma "quedara impedido u obstaculizado el derecho de acceso a los Tribunales de justicia" (SSTC 90/1985, de 22 de julio [RTC 1985,90], F. 4; y 123/1987, de 1 de julio [RTC 1987,123], F. 6). La indefensión originada en vía administrativa tiene relevancia constitucional, entonces, 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 [RTC 2000,291], F. 4)*».

Es criterio de este Consejo que la declaración de inconstitucionalidad contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional no afecta a la liquidación tributaria sobre el IIVTNU, por ser firme y anterior a su dictado. La referida sentencia implica la nulidad –conforme a los criterios sentados por ella misma y, posteriormente, por el Tribunal Supremo– de los preceptos afectados, con efectos "ex

nunc", es decir, respetando las situaciones jurídicas consolidadas, por virtud del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, entendiendo por tales, no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada (como alega la entidad instante de la nulidad), sino también las situaciones administrativas firmes. Esta prospectividad de la eficacia de la mencionada sentencia encuentra su respaldo en varios preceptos de nuestro ordenamiento jurídico. A saber, el artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que «*Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente*». Más concretamente, el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), establece que «*La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley […] producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa*». Como quiera que la aludida Sentencia 59/2017, de 11 de mayo, no contiene pronunciamiento alguno respecto de su eficacia retroactiva, en aplicación del artículo 32.6 de la LRJSP, en relación con los criterios interpretativos de las normas, recogidos en el artículo 3 del Código Civil, la regla en este caso ha de ser la de la no retroactividad de los efectos de la sentencia, esto es, su incidencia y repercusión tendrá lugar en los impuestos que se liquiden con posterioridad a la publicación de la resolución judicial del Constitucional, no a los liquidados con anterioridad a su dictado.

En definitiva, la circunstancia de impedimento de acceso a los tribunales, y con ella la vulneración del artículo 24 de la Constitución, no se ha producido en el presente supuesto, en el que el Ayuntamiento aprobó la correspondiente liquidación tributaria atendiendo a la normativa vigente y notificándola debidamente a la entidad interesada, quien teniendo a su alcance los medios de impugnación permitidos por el ordenamiento jurídico para los actos de naturaleza tributaria (artículo 14.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales), no hizo uso de ellos, deviniendo firme, por tanto, la liquidación ahora cuestionada.

B) En cuanto al segundo vicio de nulidad suscitado, el contemplado en el epígrafe f) del artículo 217.1 de la LGT, también cabe remitirse, inicialmente, a lo ya señalado en el dictamen nº 468/2018, de 19 de diciembre, en el que se atendió al 353/2018, de 17 de octubre, en los que igualmente se planteó y abordó esa segunda causa de nulidad. De tal modo, procede reiterar que tampoco se advierte la concurrencia de dicho presupuesto de nulidad, pues «*la liquidación se practicó conforme a los criterios legales vigentes en el momento de su emisión, cumpliendo así los requisitos de cualquier grado impuestos legalmente […] [y esa] es la única solución que resulta coherente con las previsiones del artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, interpretado lógica, analógica y expansivamente, en consonancia con el principio de seguridad jurídica y demás criterios herme-*

néuticos aludidos previamente. A título de ejemplo, cabe traer a colación la solución dada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 2017 (Ar. JUR 2017,243749), donde se descartaba la operatividad de este motivo de nulidad en una liquidación tributaria pretendidamente errónea, afirmando: "Con relación a la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 217.1 LGT […] no basta con que se entienda que el acto es contrario al ordenamiento jurídico, como parece entender la actora, sino que es necesario, además, para que atraiga la máxima consecuencia invalidante en que la nulidad absoluta consiste, que mediante dicho acto se adquieran facultades o derechos respecto de los que se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Y en la demanda no se explica cuáles son las facultades o derechos adquiridos por la Administración respecto de los que carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. El posible error al liquidar el impuesto que se imputa por la actora a la Administración constituiría, por hipótesis, una actuación administrativa contraria al ordenamiento jurídico e incursa, por esta razón, en invalidez (anulabilidad), pero no por ello la Administración adquiriría ninguna facultad que no tuviera ya, como es la potestad de liquidar los tributos, potestad que le atribuyen la Constitución y la ley, y que no deriva de ningún acto administrativo"».

Dicho lo anterior, ante el mayor esfuerzo dialéctico realizado en este caso por la entidad bancaria accionante, cabe añadir un refuerzo argumental orientado a constatar que la posición doctrinal adoptada por otros órganos consultivos frente a tentativas revisoras equiparables o idénticas a la aquí suscitada viene siendo coincidente con la previamente expresada por este Consejo.

Así, en primer lugar, conviene destacar la postura particularmente restrictiva sostenida por el Consejo de Estado ante el planteamiento de acciones de nulidad dirigidas contra liquidaciones tributarias y fundamentadas en el motivo de nulidad enunciado en el citado epígrafe f). A tal efecto, en el dictamen n.º 566/2017, de 28 de septiembre, se rechazaba su presencia, argumentando: «*[…] C. Por último, y en cuanto a la posible concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra f) del artículo 217.1 de la Ley General Tributaria ([...]), el Consejo de Estado ha señalado en numerosas ocasiones que debe ser objeto de una interpretación rigurosa, "por cuanto una mínima laxitud (...) arrasaría la distinción entre grados de invalidez y atentaría gravemente contra la seguridad jurídica al permitir cuestionar en cualquier momento no sólo actos incursos en un vicio de singular relevancia para el interés público concreto y para el genérico comprometido en la legalidad del actuar administrativo, sino todos los actos en que una prescripción legal hubiera sido vulnerada o un requisito legal se hubiera desconocido" (entre otros, dictámenes 1.393/98, de 9 de julio, 1.277/2008, de 25 de septiembre, y 619/2015). [ ] En el presente caso es claro que no cabe apreciar la concurrencia de tal causa de nulidad. No hay que olvidar que la liquidación tributaria es un acto de gravamen; y que el tenor legal se refiere a la adquisición de un derecho por el particular, no por la Administración*».

En sentido concordante se manifiesta el dictamen nº 203/2018, de 26 de abril, igualmente concerniente a actos de liquidación tributaria, donde se adujo: «*En*

relación con esta causa de nulidad de pleno derecho, el Consejo de Estado ha señalado en numerosas ocasiones que debe ser objeto de una interpretación rigurosa, […] Por su parte, el Tribunal Supremo ha interpretado el calificativo "esenciales" como referido a aquellos requisitos "más significativos y directa e indisociablemente ligados a la naturaleza misma del derecho" (Sentencia de 23 de noviembre de 2008). Y este Consejo ha subrayado (entre otros, dictámenes números 1.511/2011, de 13 de octubre, 1.536/2011, de 20 de octubre, 840/2014, de 23 de octubre, y 753/2015, de 24 de septiembre), que "la esencialidad presupone que ha de tratarse de un requisito que objetivamente el interesado no puede llegar a cumplir en ningún momento, por tratarse de un hecho acontecido invariable que elimina cualquier posibilidad de subsanación, y que no precisa, para constatar su carencia, de la interpretación de norma jurídica alguna". [ ] Asimismo, el Consejo de Estado ha subrayado en, entre otros, los dictámenes números 3.788/99, de 27 de enero de 2000, 1.277/2008, de 25 de septiembre y 523/2017, que esta causa se estableció para actos que determinan el nacimiento de derechos o facultades en el particular y no en la Administración. En este caso, los actos administrativos a los que se refiere el interesado no son actos por los que adquiera derecho o facultad alguna sino que es, para él, un acto de gravamen. La liquidación provisional y el acuerdo sancionador no confieren derechos al ahora reclamante, sino a la Administración y, por tanto, no puede aplicarse la causa prevista en el artículo. 217.1.f) de la LGT».

Es más, indagando en los repertorios doctrinales publicados por otros órganos consultivos autonómicos ha sido posible localizar ya algún precedente en el que se han dilucidado pretensiones anulatorias plenamente equiparables al caso ahora examinado, las cuales han recibido la misma respuesta, contraria a la revisión, predicada anteriormente por este órgano consultivo. Muestra de ello son los pronunciamientos contenidos en los dictámenes n.º 342/2018, de 2 de agosto, del Consejo Consultivo de Castilla y León, o n.º 648/2018, de 26 de septiembre, del Consejo de Consultivo de Andalucía, que abundan en la tesis sostenida por este Consejo. Particular interés presenta el segundo de ellos, donde, aunque el órgano consultivo andaluz muestra un criterio favorable a una interpretación bidireccional del concepto de derecho –menos taxativo que el del Consejo de Estado–, se veta la revisión de oficio pretendida por un contribuyente con la siguiente argumentación obstativa: «*[…] El artículo treinta y ocho, apartado uno, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dispone que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». A su vez, el artículo cuarenta, apartado uno, de dicha Ley establece que las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclu-*

sión, exención o limitación de la responsabilidad. [ ] El Tribunal Constitucional viene reiterando desde la STC 45/1989, de 20 de febrero, que le corresponde precisar los efectos de la nulidad y así lo viene haciendo por razones de seguridad jurídica. Así, en diferentes ocasiones ha expuesto que «más allá de ese mínimo impuesto por el art. 40.1 LOTC debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) también reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas decididas no sólo con fuerza de cosa juzgada, sino también en resoluciones administrativas firmes, de modo que la declaración de inconstitucionalidad sólo será eficaz en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales en que aún no haya recaído resolución firme» (STC 125/2016, de 7 de julio, FJ 5). [ ] El silencio que en este punto guarda la STC 59/2017 no puede interpretarse como una quiebra o excepción de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, que habilitaría para solicitar la declaración de nulidad y la devolución de ingresos indebidos sin límite temporal. Por el contrario, como recordamos en el dictamen 743/2017, reproduciendo lo dicho en el dictamen 606/2012 de este Consejo Consultivo, podemos remontarnos a la doctrina sentada en el dictamen 208/2004, dando por reproducidas, mutatis mutandis, las consideraciones que en él se efectúan, para destacar que, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 45/1989, de 20 de febrero; 146/1994, de 12 de mayo; 179/1994, de 16 de junio; 195/1994, de 28 de junio, entre otras), el Consejo Consultivo ha subrayado que el Supremo Intérprete de la Constitución viene realizando una interpretación que expresa un punto de equilibrio entre los principios de constitucionalidad y de seguridad jurídica, de manera que las situaciones consolidadas, ya sea mediante sentencia o por actuaciones administrativas firmes no son susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la inconstitucionalidad y nulidad de la norma que motivó la exigencia del tributo. Ello impide la declaración de nulidad de los actos administrativos firmes. Así, en otro supuesto de silencio del TC sobre el alcance de su pronunciamiento, este Órgano subrayó que aun considerando las dudas doctrinales y jurisprudenciales suscitadas sobre los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, más allá de las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, tampoco son susceptibles de revisión, por exigencia del principio de seguridad jurídica, las consentidas en la fecha de la publicación de la referida sentencia. Del mismo modo, el dictamen 606/2012 hace notar que la relevancia del principio de seguridad jurídica para la decisión de supuestos como el sometido a dictamen se evidencia en la STC 105/2009, de 4 de mayo. [ ] En definitiva, aun en la hipótesis de que la mercantil interesada hubiera probado que la liquidación en cuestión sometió a tributación un supuesto inexpresivo de incremento en el valor de los terrenos, contraviniendo el principio de capacidad económica, y aun aceptando a efectos dialécticos que ese presupuesto fáctico pudiera ser subsumido en la causa de nulidad del artículo 217.1.f) de la LGT, la revisión de oficio solicitada resulta improcedente por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional antes referida».

Corolario de todo lo anterior es que, a juicio de este Consejo, tampoco se advierte la concurrencia de la segunda causa de nulidad planteada por la socie-

dad accionante, dada la más que dudosa asimilabilidad de la adquisición de una facultad o derecho, prevista en el citado epígrafe f), con la mera percepción puntual de un ingreso tributario por parte de la Administración –la cual viene siendo rechazada, de plano, por el Consejo de Estado–, así como por la evidente vinculación de la cuestión de fondo debatida con aspectos interpretativos y probatorios de muy compleja ponderación, como son los que han sido analizados en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1163/2018, de 9 de julio (Ar. RJ 2018,3952) y, tras ella, otras muchas recaídas en meses posteriores -(Ar. RJ 2018,3405), (Ar. RJ 2018,3401), (Ar. RJ 2018,4947) o (Ar. RJ 2018,4958)-, siendo así que, en todo caso, no se discute que la liquidación impositiva combatida era acorde con la normativa aplicable en el momento de su emisión, la cual, por cierto, sigue manteniendo su vigencia, aunque bajo diferentes condicionantes. La declaración de inconstitucionalidad invocada por "W" no reviste un carácter radical o absoluto para los preceptos concernidos, ni ha supuesto su expulsión del ordenamiento jurídico, como aquella sostiene, pues su alcance real ha quedado acotado y atemperado por los criterios hermenéuticos instaurados al efecto por el Tribunal Supremo en las sentencias aludidas previamente –Fundamento de Derecho Cuarto–, de los cuales se infiere que la controvertida declaración de inconstitucionalidad reviste un carácter matizado y parcial, cuyo efecto primordial es permitir al sujeto pasivo la prueba en contrario sobre inexistencia de la plusvalía conformadora del hecho imponible. A todo ello hay que añadir el insalvable efecto impeditivo derivado, en este caso, de las previsiones del artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, según lo razonado extensamente con anterioridad.

C) Finalmente ha de hacerse mención a la causa de nulidad prevista en el artículo 217.1.g) de la LGT, referente a actos dictados en materia tributaria en el siguiente supuesto: «*Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley*».

En fundamento de su pretendida aplicación, la entidad solicitante de la nulidad ha invocado el artículo 47.2 de la LPAC aduciendo que conforme al mismo «*los actos administrativos son nulos de pleno derecho cuando vulneren la Constitución, las leyes o el principio de reserva de Ley, cosa que sucede en este caso pues la liquidación carece de norma legal de cobertura (al estar expulsados ex tunc del ordenamiento jurídico los artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4 LHL), vulnera la LHL (vigente tras esta expulsión) y no cabe duda de que vulnera la Constitución, pues así lo ha declarado el TC*».

Pese a lo afirmado por la interesada, el citado artículo 47.2 contempla el supuesto de nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas y no de los actos de las Administraciones Públicas al que se vincula el citado epígrafe g). Es por ello que la denegación de su aplicación al caso cae por su propio peso, al tratarse de un precepto que no resulta afectante a actos administrativos tributarios, cual es la liquidación cuya revisión se pretende.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que, no apreciándose la concurrencia de las causas de nulidad de pleno derecho establecidas, coincidentemente, por los

artículos 217.1.a), f) y g) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y 62.1.a), f) y g) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, en el acto administrativo de liquidación del impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana cursado a "W" el 12 de septiembre de 2016 por el Ayuntamiento de Villaluenga de la Sagra (Toledo), procede informar desfavorablemente la revisión de oficio planteada por dicha entidad bancaria.

Jurisprudencia

EL CONTROVERTIDO ALCANCE DE LA OBJETIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 112/2018, DE 17 DE OCTUBRE

Beatriz Bosch Marco
Abogada. Profesora de Derecho Constitucional de la Universitat de València

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.
II. ANTECEDENTES DEL CASO.
III. ASPECTOS SOBRE LOS QUE SE PRONUNCIA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
IV. VOTOS PARTICULARES
V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La sentencia del Tribunal Consitucional 112/2018, de 17 de octubre, viene a dar respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad relacionada con el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 106.2 de la Carta Magna.

La resolución trae causa de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 95-2018, que fue promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Logroño en relación con el apartado trigésimo del artículo único de la Ley 6/2014, de 7 de abril, que modifica la disposición adicional novena del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por estimar que dicho precepto podría resultar parcialmente contrario al artículo 106.2 CE.

El artículo 106 de nuestra Constitución consagra el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración con carácter objetivo. Lo que implica el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a ser resarcidos por las Administraciones Públicas por los perjuicios sufridos en su posición jurídica a raíz de una acción u omisión de los Poderes Públicos, tanto si el perjuicio se deriva del funcionamiento anormal como si lo es del funcionamiento normal de los servicios

administrativos. La exigencia de esta responsabilidad responde a que tanto la Administración Pública como cualquier otro sujeto de Derecho están sometidos al ordenamiento jurídico constitucional, propio del Estado de Derecho (art. 9 CE).

Además de consagrar este principio de responsabilidad de la Administración, la Carta Magna remite al legislador ordinario su concreción, por una parte. Pero por otra, el artículo 149.1.18 CE atribuye al Estado la competencia en la regulación de un sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, garantizando así un carácter unitario a dicho sistema en todo el territorio nacional y respecto de todas las Administraciones Públicas.

Sobre el alcance de estas previsiones constitucionales versará la Sentencia.

II. ANTECEDENTES DEL CASO.

Los hechos de los que trae causa la presentación de esta cuestión se remontan a julio de 2014, cuando se interpuso reclamación administrativa ante la Dirección General de Medio Natural de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de La Rioja, reclamando la cantidad de 1.499,70 € en concepto de responsabilidad patrimonial. La cantidad reclamada se correspondía con el coste de los daños materiales sufridos en fecha 10 de junio de 2014, por un vehículo como consecuencia del atropello de un ciervo que, procedente de los terrenos adyacentes a la vía, había invadido la calzada. Los dos polígonos adyacentes al punto kilométrico donde se habría producido el atropello, formaban parte de la «Reserva Regional Cameros-Demanda», de titularidad de la Comunidad Autónoma de La Rioja, estando destinados al aprovechamiento cinegético de caza mayor, concretamente a la caza de ciervos.

La reclamación administrativa fue desestimada por resolución del secretario general técnico de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de La Rioja. Constataba la resolución que «*la concreta norma aplicable al caso era la disposición adicional novena de la Ley estatal de tráfico, en la redacción dada por la Ley 6/2014, de 7 de abril*».

La resolución indicaba, asimismo, que la referida disposición adicional contiene tres supuestos de responsabilidad: (a) la general del conductor respecto de los daños causados a personas y bienes, (b) la que corresponde al titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, al propietario de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia de una acción colectiva de caza mayor realizada el mismo día o que haya concluido doce horas antes del accidente, y (c) la que corresponde al titular de la vía por no haber reparado la valla de cerramiento en plazo, en su caso, o por no disponer de la señalización específica de animales sueltos en tramos con alta accidentalidad por colisión de vehículos con aquéllos. La resolución estima que, en el concreto supuesto planteado, ninguna de estas reglas llevaría a tener por responsable a la Administración autonómica.

En consecuencia, la reclamante interpuso el dia 12 de febrero de 2015 demanda ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Logroño. Seguido el proceso y dentro del plazo para dictar sentencia, a la Magistrada titular se le planteó la duda sobre si la disposición adicional novena del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico fuese contraria al artículo 106 de la Constitución Española. Por ello el órgano judicial, tras los trámites procesales oportunos, el 15 de diciembre de 2015, dictó Auto disponiendo el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

En definitiva el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no es otro que la contradicción que puede existir entre el sistema puramente objetivo de responsabilidad patrimonial, que a criterio de la juzgadora de instancia queda establecido en el artículo 106.2 de la Carta Magna, y la existencia de una modulación de esta responsabilidad objetiva que se desprende de la disposición adicional novena del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, según la redacción dada por el apartado trigésimo del artículo único de la Ley 6/2014, de 7 de abril.

En este sentido recoge el Tribunal que «*el órgano juzgador estima que la norma legal cuestionada, al hacer recaer sobre el conductor del vehículo la responsabilidad civil con la sola excepción de los casos en los que la irrupción en la vía pública de la especie cinegética sea consecuencia de una concreta acción de caza mayor, resulta parcialmente inconstitucional, pues en todos aquellos supuestos en los que el titular de la explotación cinegética sea un ente público la responsabilidad patrimonial ha de corresponder, por mandato constitucional, a la administración implicada con la sola existencia de una conexión causal entre la actividad administrativa realizada y el daño finalmente ocasionado*».

Efectivamente la norma que se cuestiona lleva por rúbrica «*responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas*» y tiene la siguiente redacción:

«*En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas en las vías públicas será responsable de los daños a personas o bienes el conductor del vehículo, sin que pueda reclamarse por el valor de los animales que irrumpan en aquéllas.*

No obstante, será responsable de los daños a personas o bienes el titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno cuando el accidente de tráfico sea consecuencia directa de una acción de caza colectiva de una especie de caza mayor llevada a cabo el mismo día o que haya concluido doce horas antes de aquél.

También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produzca el accidente como consecuencia de no haber reparado la valla de cerramiento en plazo, en su caso, o por no disponer de la señalización específica de

animales sueltos en tramos con alta accidentalidad por colisión de vehículos con los mismos».

Ha de reseñarse que la disposición cuestionada se encuentra en la actualidad en la disposición adicional séptima del vigente Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre.

III. ASPECTOS SOBRE LOS QUE SE PRONUNCIA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En primer lugar, el Alto Tribunal entiende que la pretensión entablada por la parte actora va únicamente referida a la responsabilidad que pueda alcanzar a la Administración pública en cuanto titular de la explotación cinegética, no resultando, por tanto, aplicable al caso planteado el párrafo tercero de la disposición adicional cuestionada en el que se contempla la responsabilidad de la Administración titular de la vía pública. En consecuencia y tal y como señala el Tribunal la duda de inconstitucionalidad ha de entenderse referida a los dos primeros párrafos del precepto, que delimitan la responsabilidad del conductor del vehículo (demandante) y la del titular de la explotación cinegética (demandado), en este caso la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Además se precisa que la duda de inconstitucionalidad concretamente suscitada solamente debe centrarse en dilucidar si la regulación legal cuestionada es contraria al artículo 106.2 CE por contradecir el pretendido mandato constitucional de resarcimiento objetivo y universal de todo daño materialmente causado por un ente público.

En definitiva el examen queda centrado en la duda de constitucionalidad que el órgano judicial ha puesto de manifiesto: la oposición de los dos primeros párrafos del precepto cuestionado al sistema de responsabilidad puramente objetiva de las Administraciones Públicas que, según se afirma en el Auto de planteamiento, se contiene en el artículo 106.2 CE. Ciertamente nos encontramos ante un supuesto de hecho en el que concurre una actividad administrativa susceptible de someterse a las exigencias indemnizatorias que dicho precepto constitucional asocia a los daños que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Ello es así precisamente porque los terrenos adyacentes a la carretera en la que se produjo el accidente, y de donde salió el ciervo que lo provocó, tienen la condición de reserva regional de caza de La Rioja, y según la legislación vigente las reservas regionales de caza son terrenos sometidos a intervención administrativa tanto en su regulación como en su gestión y financiación.

En otras palabras, la cuestión planteada versa sobre si cabe excluir *ex lege* la responsabilidad de la Administración para residenciarla en el conductor del vehículo, o si también *ex lege*, se puede modular la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético o del propietario del terreno.

Fijados los hechos y los extremos que se han enjuiciar, el Tribunal reitera la doctrina general establecida sobre la naturaleza del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración consagrado en el artículo 106.2 de la Ley Fundamental. Así, recuerda el Tribunal que el alcance general del sistema de responsalibidad objetiva es común a todas las Administraciones Públicas, en base al artículo 149.1.18 CE, por lo que se establece un sistema para todo el territorio, todo ello sin perjuicio que las «*Comunidades Autónomas puedan establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten aquellas normas estatales con las que en todo caso habrán de cohonestarse y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada*».

Así mismo, se insiste en la sentencia en el significado constitucional de la objetividad del régimen de responabilidad patrimonial de la Administración recogido en el artículo 106.2 CE. El Tribunal precisa que la condición «*objetiva*» de este régimen «*implica la necesidad, no sólo de examinar la relación de causalidad, sino también la de formular un juicio de imputación del daño que permita conectar suficientemente el perjuicio producido con la actividad desarrollada por el agente del mismo, en este caso por una Administración pública*», lo que impide considerar a la Administración como una suerte de asegurador general de todo tipo de siniestros.

Siguiendo con lo expuesto, es consolidada la doctrina del Tribunal según la cual la interpretación del artículo 106.2 de la Constitución supondrá la responsablidad patrimonial de la Administación solo cuando el daño es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, normal o anormal, y cuando el particular sufre una lesión efectiva que no tiene el deber jurídico de soportar, con independencia de la existencia o no de culpa en la actuación administrativa.

En esta línea, el Tribunal incluye en su razonamiento un recordatorio de que la remisión al desarrollo legislativa del artículo 106.2 «*no puede, en modo alguno, explicarse como una mera autorización al legislador para que determine el régimen jurídico de la responsabilidad de la Administración; se trata, más bien, de una regla de cierre que permite al legislador concretar la forma en que una responsabilidad puede ser exigida, lo que permite, a título de ejemplo, y según hemos declarado en nuestra STC 15/2016, de 1 de febrero, optar "por un régimen centralizado en el que las reclamaciones de indemnización contra la Administración, por los daños y perjuicios causados por su personal, han de dirigirse directamente, y en todo caso, contra aquélla, suprimiéndose la posibilidad de promover la acción contra el empleado público causante del daño (excepto en los casos de una eventual responsabilidad por vía penal)*». Lo que, ciertamente, habilita al legislador a establecer ciertas modulaciones en la regulación del procedimiento de exigencia de la responsabilidad en ámbitos concretos, como el de la caza, como ocurre en la legislación impugnada, pero sin llegar a desnaturalizar la institución en los términos que el propio Tribunal expone en su doctrina.

Entrando ya en el objeto de la controversia el Tribunal coincide con la Magistrada de instancia en que sería incompatible con la configuración

constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración una regulación legal de responsabilidad en la que, una vez constatada que la actividad admnistrativa es la causa del daño, que éste se ha verificado realmente y que, además, el administrado ha actuado con la debida diligencia «*se exonerase, sin más, a la Administración actuante, ignorando la posible concurrencia de un título de imputación que pudiera servir para atribuirle la responsabilidad del daño*». A ello conduce una interpretación «puramente gramatical» de la disposición impugnada de modo que, si queda «*descartada la concurrencia del supuesto expresamente previsto en el párrafo segundo de la controvertida disposición adicional novena ("será responsable de los daños a personas o bienes el titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno cuando el accidente de tráfico sea consecuencia directa de una acción de caza colectiva de una especie de caza mayor llevada a cabo el mismo día o que haya concluido doce horas antes de aquel")*»; debe acudirse a lo dispuesto en el primer apartado de la disposición adicional, que establece una suerte de cláusula general de responsabilidad automática del conductor «*aun cuando haya actuado con completa diligencia*».

El Supremo Intérprete, en el fundamento jurídico sexto de la Sentencia entiende que esta interpretación «*puramente gramatical, no es la única posible dentro de los márgenes hermenéuticos comúnmente aceptados*». Y puntualiza que el órgano juzgador antes de plantear la duda de inconstitucionalidad debió plantearse si cabía algún título de imputación de la responsabilidad de la Administración válidamente aceptado que permitiera atribuirle el daño de una lesión efectivamente producida por el funcionamiento del servicio público.

En este sentido, el sigue el Tribunal cita el artículo 13 de la Ley 9/1998, de caza de La Rioja, en el que se señala que la responsabilidad «*por los daños producidos por las especies cinegéticas en todo tipo de terrenos se determinará conforme a lo establecido en la legislación estatal, civil o administrativa, que resulte de aplicación*». Además, el Tribunal se remite a la aplicabilidad del régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, contenidos en los artículos 32 y siguientes de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y en los artículos 139 y siguientes, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, aplicable ratione temporis, «*para determinar si pudiera existir otra razón legal determinante de la responsabilidad patrimonial de la administración*».

En consecuencia, el Tribunal Constitucional entiende que la aplicación de los supuestos previstos en la disposición adicional impugnada no excluyen per se la aplicación del régimen general de la exigibilidad de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones cuando éstas son titulares o gestoras de terrenos o aprovechamientos cinegéticos. Es más, evocando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta cuestión considera el Alto Tribunal que cabe una interpretación acorde a la Constitución de la disposición cuestionada según la cual no se excluye que el titular del aprovechamiento pueda ser considerado responsable del accidente

en aplicación de las normas generales que regulan la responsabilidad, tanto administrativa como incluso civil.

Entre los razonamientos en los que el Tribunal apoya esta conclusión está la voluntad del legislador, que en la reforma del texto legal cuestionado «*habría sido únicamente la de excluir planteamientos hermenéuticos voluntaristas, tendentes a objetivar la culpa del titular de los terrenos, que eludieran la recta aplicación de los criterios generales de responsabilidad establecidos en el ordenamiento jurídico*» y no restringir los supuestos de responsabilidad de la Administración.

Por todo ello el Tribunal rechaza declarar la inconstitucionalidad de la disposición la disposición adicional novena (actual disposición adicional séptima) del Texto Refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, por considerar que es posible su interpretación en el sentido de que, no existiendo acción de caza mayor, aún pueda determinarse la posible responsabilidad patrimonial de la Administración acudiendo a cualquier título de imputación legalmente idóneo para fundar la misma, sin declarar automáticamente la responsabilidad del conductor.

IV. VOTOS PARTICULARES.

La sentencia cuenta con dos votos particulares, de los magistrados Andrés Ollero Tassara y Antonio Narváez Rodríguez, quienes con distintos argumentos discrepan del parecer maryoritario del Pleno.

En el primero de los votos, Andrés Ollero se separa de la posición mayoritaria que afirma rígidamente el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración constitucionalizada en el artículo 106.2 de la Carta Magna, lo que debiera haber llevado al Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la disposición impugnada. En su opinión, la remisión del precepto constitucional a la configuración legal de su alcance «*admite responsabilidades objetivas basadas en la movilización de riesgos o el sacrificio legítimo de derechos, pero en modo alguno excluye la culpa, por funcionamiento anormal del servicio público, que es el título de imputación en buena parte de los casos*».

Desde otro punto de vista, también discrepa del fallo de la sentencia ya que, a su criterio, no es posible el establecimiento de una interpretación conforme pues ello exige la existencia de varias posibles interpretaciones de la norma, lo que «*lleva a discernir cuáles de ellas serían o no compatibles con el tenor del texto constitucional, entrando así en juego el principio de conservación de la ley*». Y añade el magistrado discrepante con rotundidad: «*No es esto lo que ocurre en la Sentencia, sino que sorprendentemente se sugiere que la norma cuestionada no resulta aplicable en caso alguno*». Concluye su razonamiento con la siguiente afirmación «*No se trata pues de que el precepto cuestionado por el órgano judicial sea susceptible de una interpretación, entre otras, conforme con la Constitución,*

sino que se anima al órgano judicial, en un alarde de –si se me permite la broma– uso alternativo del derecho, a que la ignore y solucione la cuestión con apoyo en otras normas. En realidad se aborda una interpretación contra legem *para afirmar que el precepto es inaplicable*».

El segundo voto particular ha sido emitido por Antonio Narváez Rodríguez. En él se establecen varios puntos de discrepancia con el criterio mayoritario.

La primera discrepancia se sitúa en el juicio de relevancia que debió realizar el juzgador de instancia antes de elevar la cuestión de inconstitucionalidad: «*antes de haber suscitado la duda de inconstitucionalidad, debería haber agotado toda posibilidad aplicativa de los preceptos que regulan la responsabilidad civil, particularmente la de la administración pública por el daño sufrido por el vehículo de la recurrente, haciendo una previa labor de indagación que, en su caso, le llevara a determinar si, finalmente, hallaba o no un título de imputación que permitiera la atribución de responsabilidad a aquella por el daño sufrido*», pero no lo hizo, y a su entender así se refleja en la propia sentencia aunque sin los efectos de inadmisión que el magistrado discrepante propugna.

En segundo lugar, se separa de la posición mayoritaria ya que no comparte que la norma impugnada permita la atribución a ésta, tal como se hace en la sentencia, de «una suerte de remisión a las reglas generales de la responsabilidad civil […] cuando no concurra la acción de caza mayor en los términos en que se expresa el párrafo segundo del precepto cuestionado. A mi entender, la intención del legislador es que, en tal caso, sea responsable el conductor del vehículo».

Y también se separa de la tesis mantenida en la sentencia respecto al alcance de la objetividad de la responsabilidad patrimonial que se atribuye al artículo 106.2 CE:

«*ciertamente, un desarrollo legislativo de la habilitación conferida por el artículo 106.2 CE a los poderes públicos, que excluya, sin más, la responsabilidad subjetiva de la administración por el funcionamiento de los servicios públicos en un determinado sector de la actividad social, puede resultar inconstitucional, si la denegación de aquella responsabilidad se apoya únicamente en la mera preeminencia del poder público (allí donde un particular habría de resultar responsable), porque en tal caso desaparecería de modo irracional o, si se quiere, incluso arbitrario, la garantía constitucional contenida en el citado artículo 106.2 CE.*

Sin embargo, a mi modo de ver, no vulnera, en cambio, el precepto constitucional de referencia aquella disposición legal que exprese una determinada distribución legislativa de riesgos, prevista para todo tipo de sujetos jurídicos y basada en la propia etiología del evento dañoso, supuesto en el cual la inconstitucionalidad sólo podría deducirse de un precepto distinto al que concretamente aduce el órgano judicial (artículo 106.2 CE), que tendría que ver

con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que consagra el artículo 9.3 CE».

A partir de estos razonamientos, aplicados al caso concreto, y de la delimitación de riesgos que hace el legislador en la disposición impugnada, concluye el magistrado Narváez que «*el daño que el conductor sufra en sus bienes por la irrupción del animal, fuera del límite temporal delimitado, debe sujetarse, en el caso de autos, al principio general de autorresponsabilidad, de acuerdo con el cual cada uno ha de soportar la carga económica que suponga el deterioro o perjuicio sufrido en los propios bienes*», y por ende, concluye que debió rechazarse la inconstitucionalidad de la norma cuestionada y, por supuesto, no entrar a aportar una interpretación conforme, que califica de «*atormentada*», ya que sostiene que la norma legal cuestionada en nada incumple lo previsto en el artículo 106.2 CE, dado que, «*en el ejercicio de la habilitación que el propio precepto constitucional le ha conferido, el poder público ha diseñado un sistema de responsabilidad patrimonial que ha partido de una distribución de los riesgos generados por la actuación de los diferentes actores intervinientes en la producción de un daño, acaecido con ocasión del accidente de circulación propiciado por una especie cinegética que haya irrumpido en la vía pública*».

V. CONCLUSIÓN.

A partir del cuestionamiento del texto de la vigente disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley sobre tráfico, el Tribunal Constitucional aborda la eventual restricción del alcance objetivo de la responsabilidad de la Administración cuando ésta es titular de terrenos o de aprovechamientos cinegéticos de donde provienen animales que provocan accidentes de circulación.

En su razonamiento, el Alto Tribunal recuerda su doctrina sobre la naturaleza constitucional del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, reiterando su carácter objetivo en supuestos de daño efectivo y antijurídico derivado de la actividad administrativa, como en el caso de autos, la titularidad de aprovechamientos cinegéticos o de terrenos de esta naturaleza. En este sentido, en la sentencia se afirma que la habilitación al legislador que se contiene en el artículo 106.2 CE no incluye una limitación del carácter objetivo de la responsabilidad, sino que se limita a una articulación de los procedimientos de exigencia de la responsabilidad.

Desde esta óptica, el Tribunal establece una interpretación conforme de la disposición adicional impugnada en el sentido de que si bien establece supuestos en los que la responsabilidad objetiva es directa (cuando se ha producido una acción de caza mayor en las horas inmediatamente anteriores), ello no impide la aplicabilidad de títulos de responsabilidad administrativa de carácter general regulados en la legislación aplicable, singularmente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público.

En consencuencia, el Tribunal veta cualquier posibilidad al legislador de limitar el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por tanto, eximir a la Administración de la responsabilidad por cualquier título, cuando se produzca un hecho dañoso no imputable al ciudadano y de naturaleza antijurídica.

RESUMEN

El Tribunal Constitucional define en su sentencia 112/2018 los límites de la garantía constitucional de la responsabilidad patrimonial, que se reconoce en el artículo 106.2. Analiza si el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración está al alcance del legislador infraconstitucional y concluye que éste solo tiene competencias en materia procedimental.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial de la Administración – responsabilidad objetiva – garantía constitucional – Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

The Constitutional Court defines in its Judgement no 112/2018 which are the limits of the constitutional guarantee for patrimonial responsability for Administration, recognized under article 106.2 of the Constitution. The Court analyzes if objective character of this kind of liabiltiy is in the scope of the infra-constitutional legislator but resolves that this legislator only owns competences in order to establish the proceedings.

Keywords: patrimonial responsability for Administration – objective responsability – constitutional guarantee – Constitutional Court.

LOS LÍMITES A LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS NULOS DE PLENO DERECHO A TRAVÉS DEL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Alba Soriano Arnanz*
Investigadora Departamento Derecho Administrativo Universitat de València

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.
a) La revisión de oficio en las leyes 30/1992 y 39/2015.
b) Naturaleza jurídica de la revisión de oficio.
1. La revisión de oficio como expresión de la potestad de autotutela de la administración.
2. La revisión de oficio como "potestad-deber".
II. LA APLICACIÓN RESTRICITIVA DE LA REVISIÓN DE OFICIO: EL CONFLICTO ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA.
III. LOS LÍMITES A LA REVISIÓN DE OFICIO.
a) La regulación de los límites a la revisión de oficio.
b) Rápido repaso a la interpretación doctrinal y jurisprudencial de algunos de los elementos esenciales de los límites a la revisión de oficio.
IV. EXAMEN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO 19/2017 DE 11 DE ENERO, 752/2017 DE 4 DE MAYO, 420/2018 DE 15 DE MARZO, 1096/2018 DE 26 DE JUNIO, 1132/2018 Y 1133/2018 DE 3 DE JULIO.
a) Acerca de la improcedencia de aplicar el límite de la prescripción de acciones en los supuestos de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho.
b) Sobre la función y los efectos de la aplicación de los límites a la revisión de oficio.
V. CONCLUSIONES.

---

* Investigadora en formación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universitat de València, beneficiaria de un contrato de carácter predoctoral subvencionado por la Generalitat Valenciana y el Fondo Social Europeo. Programa VALi+d.

I. INTRODUCCIÓN.

a) La revisión de oficio en las leyes 30/1992 y 39/2015.

El artículo 106 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) prevé la posibilidad de que se puedan revisar de oficio actos administrativos definitivos o de trámite cualificado que no fueron recurridos en el tiempo previsto para los recursos administrativos ordinarios. Asimismo, se establece la posibilidad de que pueda ejercerse la revisión de oficio contra disposiciones de carácter reglamentario.

Cabe destacar que la nueva ley del procedimiento administrativo no ha incorporado novedad alguna con respecto a la regulación anterior de la revisión de oficio contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). Es por ello que el análisis de la doctrina y jurisprudencia referente a la regulación de la revisión de oficio en la LRJPAC es totalmente aplicable a las vicisitudes derivadas de su regulación en la LPAC. Esta puntualización es importante por cuanto que un parte del presente trabajo se centra en el análisis de jurisprudencia que resuelve supuestos de revisión de oficio a los que les es de aplicación la LRJPAC.

A lo largo de las próximas páginas se analizará la revisión de oficio desde la perspectiva de los límites que el artículo 110 LPAC impone a dicho procedimiento. Para ello, en primer lugar, se abordará la naturaleza jurídica de la revisión de oficio, pasando después a exponer su aplicación restrictiva. A continuación, se abordan ya los elementos principales objeto presente trabajo, realizando, por una parte, un repaso general a la interpretación que tribunales y consejos consultivos han realizado de algunos de los elementos principales de los límites a la revisión de oficio y analizando por último algunas de las cuestiones que surgen en las sentencias 19/2017 de 11 de enero, 752/2017 de 4 de mayo, 420/2018 de 15 de marzo, 1096/2018 de 26 junio, 1132/2018 y 1133/2018 de 3 julio de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS.

b) Naturaleza jurídica de la revisión de oficio.

1. *La revisión de oficio como expresión de la potestad de autotutela de la administración.*

El Título V de la LPAC se ocupa de la manifestación de la potestad de autotutela cristalizada en la "revisión de los actos en vía administrativa". Es decir, el propio legislador integra revisión de oficio y recursos administrativos como distintas vertientes de la autotutela revisora de las Administraciones públicas[1], cuya

---

1 Suay Rincón, J., "La caracterización jurídica de la potestad de revisión de oficio (Un análisis de derecho positivo de esta institución)", en Soriano García, J. E., (Dir.) y Estepa Montero, M., (Coord.) *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. II, Madrid: Iustel, 2014, pág. 1363.

diferencia fundamental reside en los plazos para ejercitar una y otra vía. En este sentido, el tiempo del que se dispone para acudir a la vía ordinaria de recursos administrativos (artículos 112 a 124 LPAC[2]) es mucho menor que el fijado en el artículo 107 LPAC para la declaración de lesividad de actos anulables, que el plazo para la revocación de actos de gravamen o desfavorables y rectificación de errores (artículo 109 LPAC) y, desde luego, que la imprescriptibilidad del ejercicio de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho (artículo 106 LPAC).

Es precisamente la brevedad de los plazos para recurrir los actos en vía administrativa el elemento que hace necesaria la existencia de una serie de vías extraordinarias en virtud de las cuales pueda procederse bien a la rectificación o subsanación de errores, así como, fundamentalmente y en relación con lo que ahora nos ocupa, a la expulsión del ordenamiento jurídico de aquellos actos que vulneren el ordenamiento jurídico, sobre todo cuando dicha vulneración sea especialmente grave. Así se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo al indicar que:

> *Se persigue, por tanto, ampliar las posibilidades impugnatorias, en equilibrio con la seguridad jurídica, evitando que una situación afectada por el grado de invalidez más grave, quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio tan relevante*[3].

Así, si bien las distintas posibilidades recogidas en el Título V LPAC constituyen todas ellas expresiones de la autotutela revisora de las Administraciones públicas, la capacidad que estas tienen para controlar la legalidad de sus propios actos encuentra probablemente su máxima expresión en la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho[4]. Esto es así principalmente por cuatro razones.

En primer lugar, el uso de la expresión "en cualquier momento", es decir, el no sometimiento, al menos en principio, a límite temporal alguno a la potestad de revisión de oficio. En segundo lugar, la acción de nulidad en virtud de la cual el o la administrada puede solicitar el inicio del procedimiento de revisión de oficio no otorga un derecho a la ciudadanía a imponer la nulidad de determinados actos, sino que recae en la Administración la decisión de ejercitar la posibilidad conferida por el artículo 106 LPAC[5]. En tercer lugar y relación con esta cuestión cabe destacar que la Administración puede, de conformidad con lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 106 LPAC, inadmitir las solicitudes de revisión de oficio formuladas por las personas interesadas cuando no se basen en alguna de las causas de nulidad del

---

2 No se abordan los plazos para la interposición del recurso extraordinario de revisión (artículos 125 y 126 LPAC) dada su especificidad y muy limitada aplicabilidad.
3 Sentencia de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS 1096/2018 de 26 de junio dictada en recurso de casación núm. 2011/2016.
4 Machado Martín, F. J., "Acción de nulidad y límites de la revisión de oficio de los actos nulos", *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, pág. 883.
5 Machado Martín, F. J., *Op. cit.*, pág. 884.

artículo 47.1 LPAC, carezcan manifiestamente de fundamento, o cuando se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales, sin necesidad de recabar en estos casos Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma[6]. Por último, en el caso de las disposiciones de carácter reglamentario, la revisión de oficio no puede iniciarse nunca a solicitud de la persona interesada (artículo 106.2 LPAC). Todo ello deriva en que las Administraciones públicas tengan un amplio margen tanto a la hora de incoar el procedimiento de revisión de oficio como al determinar su resolución.

2. La revisión de oficio como «potestad-deber»[7]

Los amplios poderes conferidos a las Administraciones públicas en el inicio y desarrollo del procedimiento de revisión de oficio se encuentran compensados por la configuración de esta posibilidad como una "*potestad-deber*[8]". El carácter imperativo del artículo 106 LPAC al indicar que las «*Administraciones Públicas* […] *declararán de oficio la nulidad*» supone que, en caso de que la Administración concluya efectivamente en el procedimiento de revisión de oficio que concurren en el acto administrativo las causas de nulidad del artículo 47 LPAC, se deba declarar la nulidad del acto[9]. Es por ello que parte de la doctrina entiende la revisión de oficio como una potestad reglada[10], si bien con ciertas matizaciones introducidas por los límites algo imprecisos establecidos en el artículo 110 LPAC y que más adelante se analizan.

Con respecto a la fórmula empleada en la regulación de la revisión de oficio de disposiciones reglamentarias cabe destacar que el apartado segundo del artículo 106 LPAC parece conferir un carácter facultativo a dicha potestad al indicar que las Administraciones públicas «*podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas*». Sin embargo, dicha fórmula ha de entenderse como alusión encaje de la revisión de oficio en el marco de las potestades administrativas, no implicando por ello que se trate de una mera facultad de la Administración[11].

---

6 Si bien los supuestos de inadmisión del artículo 106.3 LPAC deberían ser aplicados de manera restrictiva, lo cierto se dan casos en los que las Administraciones públicas realizan una interpretación excesivamente extensiva de la concurrencia de dichos supuestos de inadmisión. Ver, en general, Balaña Vicente, S., "Revisión de oficio de actos administrativos nulos de pleno derecho", *Diario La Ley*, nº 8620, 2015.

7 Requena López, T., "Algunas cuestiones sobre la revisión de oficio en materia de contratación", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm 24, julio-diciembre 2015, pág. 98.

8 *Ibidem.*

9 alaña Vicente, S., *Op. cit.*, pág. 9.

10 Bueno Armijo, A., "La revisión de oficio de disposiciones y actos administrativos nulos de pleno derecho en España", *Revista digital de derecho administrativo*, nº 20, segundo semestre, 2018, pág. 367; Pozo Bouzas, E. G., "La revisión de oficio y sus modalidades en la nueva ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas", *Revista Digital del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional*, nº 32, 2016, pág. 6.

11 González-Varas Ibáñez, S., "La revisión de oficio (art. 106 LPA)", *Actualidad* Administrativa, nº 3, 2016, pág.9; Pozo Bouzas, E. G., *Op. cit.*

Así se pronuncia, por ejemplo, la sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS en su Sentencia de 18 de diciembre de 2007, dictada en recurso núm. 9826/2003[12]:

> «*Es doctrina jurisprudencial que la acción de nulidad es una acción imprescriptible, ejercitable sin limitación de tiempo, y que vincula a la Administración autora del acto declarativo de derechos o de la disposición de carácter general a iniciar procedimiento revisorio, seguirlo por sus trámites y concluirlo mediante la adecuada resolución expresa, que habrá de ser acorde con el sentido del dictamen previo y preceptivo del Consejo de Estado u órgano afín de la Comunidad Autónoma, pues la expresión "podrán" empleada no supone una facultad de la Administración, sino un deber, una obligación de la Administración a desarrollar los actos de instrucción adecuados para la revisión solicitada*.»

Es por ello que, como ya se ha indicado anteriormente, la Administración se encuentra obligada a iniciar el procedimiento de revisión de oficio salvo en casos excepcionales en los que concurra de manera palmaria alguno de los supuestos de inadmisión del artículo 106.3 LPAC.

II. LA APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LA REVISIÓN DE OFICIO: EL CONFLICTO ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA.

La grave merma que puede provocar a la seguridad jurídica la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 106 LPAC deriva en que haya existido unanimidad en considerar que la revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas debe ejercerse exclusivamente en casos excepcionales[13].

La posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto o disposición administrativa cuya ilegalidad es declarada con posterioridad a su adquisición de firmeza y producción de efectos genera un conflicto entre los principios de legalidad y seguridad jurídica del artículo 9.3 CE[14]. Es por ello que el la sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo concluye, por ejemplo, en el fundamento jurídico 4º de su STS de 17 de enero de 2006 dictada en recurso de casación núm. 776/2001, que dichos principios no pueden ser considerados absolutos y que la revisión de oficio puede operar exclusivamente cuando la legalidad se vea gravemente afectada y siempre estableciendo una serie de límites que garanticen la salvaguarda de la seguridad jurídica.

---

12 También, en parecido sentido, se han pronunciado, por ejemplo, las sentencias de la sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 1 de febrero de 2000 dictada en recurso núm. 7925/1992 y de la sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Cantabria 801/2004 de 18 de noviembre dictada en recurso núm. 134/2004.

13 García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de derecho administrativo I*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011, pág. 690.

14 Machado Martín, F. J., *Op. cit.*, pág. 882.

De ahí que la Administración, en el momento de decidir si ejercita o no la facultad conferida por el art. 106 LPAC, deba realizar una ponderación entre los dos principios citados con base en la exigencia de servicio con objetividad a los intereses generales del artículo 103 CE[15], otorgándole mayor peso al principio de legalidad únicamente cuando este se vea gravemente afectado[16]. Es decir, el ejercicio de la revisión de oficio debe limitarse a aquellos casos en los que la ilegalidad que reviste el acto sea tal que su permanencia causaría un perjuicio mucho mayor que el menoscabo a la seguridad jurídica que se produciría en caso de expulsarlo del ordenamiento jurídico[17].

Por ejemplo, en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1485/1993 de 2 de diciembre se consideró que la adquisición de unos terrenos privados por parte del Ayuntamiento de Montemolín (Extremadura) se había realizado careciendo de la competencia necesaria, así como prescindiendo del procedimiento legalmente establecido en los Reglamentos de Bienes de las Entidades Locales[18] y de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales[19]. Sin embargo, concluye dicho órgano consultivo que deben operar los límites a la revisión de oficio teniendo en cuanta lo siguiente:

> «*…en los terrenos cedidos se han construido ya un Centro social y una nave almacén, propiedad ambos del Ayuntamiento, además de existir otras viviendas y locales comerciales, de modo que la restitución inherente a la nulidad de los contratos resulta imposible o, al menos, sería difícilmente realizable y altamente gravoso para el Ayuntamiento y, en su caso, en definitiva, para los intereses públicos.*»

Pues bien, la excepcionalidad que caracteriza al procedimiento de revisión de oficio inevitablemente deriva en que los supuestos en los que se puede llevar a cabo, es decir, los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 47 LPAC, deban ser interpretados de manera restrictiva[20]. En este sentido, el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 5 diciembre 2011 (recurso de casación núm. 5080/2008), de 17 octubre 2014 (recurso de casación núm. 4923/2011) y de 27 noviembre 2015 (recurso de casación núm. 1686/2014) se pronuncia específicamente sobre el carácter excepcional del procedimiento de revisión de oficio así como en relación con la necesidad de tener en cuenta que los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos del artículo 62 LRJPAC (actual artículo 47 LPAC) constituyen supuestos tasados que, además, han de ser interpretados atendiendo a reglas precisas, es decir, empleando una interpretación restrictiva.

---

15 Machado Martín, F. J., *Op. cit.*, pág. 882.
16 STS de 17 de enero de 2006 dictada en recurso de casación núm. 776/2001 (fundamento jurídico 4º).
17 Machado Martín, F. J., *Op. cit.*, pág. 882.
18 Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.
19 Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.
20 *Ibidem.*

El carácter excepcional del procedimiento de revisión de oficio se ve asimismo reforzado en las sentencias citadas al insistir estas en que dicho cauce no puede ser empleado como alternativa a la vía ordinaria de recursos administrativos, haciendo referencia a los límites y condicionantes a los que se ve sometida la revisión de oficio como consecuencia y reflejo de dicha excepcionalidad.

III. LOS LÍMITES A LA REVISIÓN DE OFICIO.

a) La regulación de los límites a la revisión de oficio.

Establece el art. 110 LPAC (antiguo art. 106 LRJPAC):

«*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*.»

Es decir, para la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en el marco del procedimiento de revisión de oficio no basta con que concurra alguna de las causas de nulidad de pleno derecho del artículo 47 LPAC, sino que, además, la Administración debe asegurarse en el transcurso del procedimiento de que no concurren los límites a la revisión de oficio establecidos en el citado artículo 110 LPAC[21].

Los límites a la revisión de oficio operan como necesaria salvaguarda a la seguridad jurídica, principio que, a pesar de no ser mencionado de manera explicita en el artículo 110 LPAC constituye tal y como se ha expresado anteriormente, el primer y más importante límite a la revisión de oficio[22]. Así lo expresa con total claridad el la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 23 de octubre de 2000 (sección 3ª) dictada en recurso núm. 3079/1995 y de 29 de noviembre de 2005 (sección 5ª) dictada en recurso núm. 4981/2003:

«…la seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Ello no quiere decir que la acción de nulidad no pueda ejercitarse contra los actos firmes de la Administración. Puede promoverse contra actos firmes, pero su ejercicio es improcedente cuando con ello se vulneran las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto a los

21 Bueno Armijo, A., *Op. cit.*, pág. 379.
22 García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Op. Cit.*, págs. 690-691.

derechos de los particulares, expresamente mencionado por el artículo 112 de la LPA [actualmente artículo 106 de la Ley 30/1992] como límite al ejercicio de la potestad revisora de la Administración establecida en el art. 109 [actualmente artículo 102 de la Ley 30/1992]».

En definitiva, la seguridad jurídica es el principio general dentro del cual se engloban los restantes límites al ejercicio de la revisión de oficio. Dichos límites suponen la contrapartida necesaria a la imprescriptibilidad de la acción de revisión de oficio[23] así como una expresión más de la necesaria aplicación excepcional y restrictiva de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho[24].

b) Rápido repaso a la interpretación doctrinal y jurisprudencial de algunos de los elementos esenciales de los límites a la revisión de oficio.

Del tenor literal del artículo 110 LPAC resulta evidente que el tiempo transcurrido desde que se dictó el acto no constituye, en sí mismo, un límite a la revisión de oficio, sino que únicamente opera como límite en el caso de que, como consecuencia del tiempo transcurrido, la expulsión del acto del ordenamiento jurídico incidiese negativamente sobre la buena fe, la equidad, los derechos de los particulares y las leyes, constituyendo estos los verdaderos límites a la revisión de oficio.

Sin embargo, no son pocas las ocasiones en las que el tiempo transcurrido constituye un elemento esencial para determinar la concurrencia de los límites a la revisión de oficio. Este elemento se desprende, por ejemplo, en el caso de la interconexión entre el límite del tiempo transcurrido en relación con el menoscabo a los derechos de los particulares, habiendo establecido por ejemplo el Consejo Consultivo de las Islas Baleares que para que se considere que opera el límite de los derechos de los particulares, estos han debido ejercitarse durante todo el tiempo desde que se dictó el acto de forma pacífica[25].

En relación con lo anterior, los diferentes límites a la revisión de oficio se hallan fuertemente vinculados entre sí. Así, los límites de la equidad y buena fe tienden a operar en estrecha relación entre sí y en conexión con el transcurso del tiempo y generalmente no se encuentran claramente delimitados. Por ejemplo, la sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS aplicó el límite de la equidad en su Sentencia de 24 de abril de 1993 dictada en recurso núm. 1185/1993 dado el trastorno organizativo que supondría para la policía autonómica vasca la incorporación en su cuerpo de un aspirante que había sido excluido de la Academia de la Ertzaina hacía ya mucho años y teniendo en cuenta que el interesado podía

---

23 Consejo Consultivo de Castilla y León, "Límites a la revisión de oficio: aplicación del artículo 106 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre", *Extracto doctrinal*. Consultado el 4 de marzo de 2019 en: https://www.cccyl.es/es/extracto-doctrinal/vi-revision-oficio/c-limites-revision-oficio-aplicacion-articulo-106-ley-30-19

24 Machado Martín, F. J., *Op. cit.*, pág. 883.

25 Dictamen del Consejo Consultivo de las Islas Baleares núm. 22/2013 de 13 de febrero, consideración jurídica 7ª.

haber defendido su derecho a través de la vía ordinaria de recurso en el momento oportuno pues había tenido conocimiento del acto y de su contenido:

> «*Desde esa perspectiva, no resulta conforme a la equidad, que quien pudo defender su derecho en un momento, en que hubiera sido posible tenerlo en cuenta, a efectos de la adecuada organización de los cursos de la Academia, y de la precisión de llamamientos de las sucesivas promociones, y no lo hizo, pretenda tardíamente que se le restablezca su condición de alumno de la Academia de la Ertzaina, cuando con posterioridad a él existen indudablemente una serie de promociones ulteriores, en relación con las que el hipotético encaje escalafonal del demandante, si se le restableciese su situación, ocasionaría dificultades; insolubles*.»

Por otra parte, en un supuesto bastante similar el límite que se consideró aplicable fue la buena fe, al entender, entre otras cuestiones, que la persona interesada que decida interponer la acción de nulidad no puede emplear esta posibilidad que le confiere el ordenamiento jurídico como una excusa para abrir de nuevo la vía de recurso. Así, en su Sentencia de 15 de octubre de 2012 dictada en recurso de casación núm. 3493/2011 concluye la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS que opera el límite de buena fe cuando el o la administrada haya "*tenido sobrada oportunidad de* [recurrir] *en el momento oportuno*". Es por ello que la persona administrada debía, no solo desconocer la ilegalidad del acto, sino, además, no haber actuado imprudentemente de manera que dicho desconocimiento pudiese llegar a atribuirse a una actitud poco diligente por su parte[26].

Cabe incidir, en este punto, en el hecho de que el límite de la buena fe debe ser apreciado desde una doble vertiente. Por una parte, con respecto a la persona administrada que pretende la declaración de nulidad de un acto a través del procedimiento de revisión de oficio cuando, como en el supuesto anterior, había tenido sobradas oportunidades previamente de defender su derecho. Por otra parte, en muchas ocasiones es la propia Administración la que con sus actuaciones genera situaciones que derivan en que deba aplicarse el límite de buena fe a la revisión de los actos nulos de pleno derecho, como expresión de la confianza legítima de los particulares[27]. En este segundo caso exige el Tribunal Supremo para considerar la concurrencia del límite de buena fe:

> «*...que la Administración haya hecho cualquier clase de manifestaciones sobre la validez de un concreto aspecto o elemento de su actuación administrativa; que haya generado la apariencia de que esa era ya una*

26 Consejo Consultivo de Castilla y León, *op. cit.*

27 Suay Rincón, J., "La caracterización jurídica de la potestad de revisión de oficio (Un análisis de derecho positivo de esta institución)", en Soriano García, J. E., (Dir.) y Estepa Montero, M., (Coord.) *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. II, Madrid: Iustel, 2014, pág. 1402.

cuestión previamente analizada y valorada por ella; y que, posteriormente, promueva la revisión de oficio con base en la invalidez de ese mismo elemento y en contradicción con su anterior manifestación sobre esa concreta cuestión.»[28]

Con respecto a la distinción entre equidad y buena fe, aquella ha de ser entendida como el criterio que permite a la Administración considerar que, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, la expulsión del acto del ordenamiento jurídico produciría resultados injustos. Por ejemplo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 13 de mayo de 2015 dictada en recurso de casación núm. 192/2014 consideró que no procedía la declaración de nulidad del acto en virtud del cual se había nombrado a un guardia civil. La revisión de oficio se fundaba sobre el hecho de que, en el momento del nombramiento, en 2008, el recurrente no tenía el nivel de estudios requerido.

Sin embargo, el Tribunal Supremo concluye que opera el límite de la equidad dado el tiempo transcurrido entre el nombramiento en 2008 y la anulación en 2014, las dificultades existentes para encontrar empleo en el momento en que se procedió a la declaración de nulidad del acto, el hecho de que si bien la titulación del recurrente no era suficiente en el momento del nombramiento, una Orden posterior del Ministro de Educación[29] establecía la equivalencia de la titulación ostentada por el interesado y la requerida en el proceso selectivo y, por último, que el buen desempeño laboral del recurrente había sido acreditado a través de felicitaciones profesionales y una distinción que le había sido otorgada. Es por todo lo expuesto que el TS concluía lo siguiente:

«*(a) la finalidad principal de la institución de la revisión de oficio es salvaguardar la legalidad, dejando sin efecto situaciones jurídicas que puedan resultar contrarias a la misma; (b) esto último no resulta ya necesario porque el recurrente tiene acreditados unos estudios que, según la normativa vigente, son equivalentes a la titulación que es exigida para ser Guardia Civil; y (c) la importancia de los intereses personales y familiares que resultan afectados por la nulidad aquí combatida, ponderados en relación con lo que se ha dicho sobre la actual equivalencia que corresponde a sus estudios y sobre la trayectoria profesional acreditada, hace que la nulidad deba considerase, por desproporcionada y no necesaria, contraria a la equidad.*»

Cabe hacer referencia al hecho de que la íntima conexión entre el paso del tiempo, la buena fe y la equidad supone que resulta relativamente fácil argumentar

28 Sentencia de la sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2006 dictada en recurso núm. 5980/2001.

29 Orden EDU/1603/2009, de 10 de junio, por la que se establecen equivalencias con los títulos de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria y de Bachiller regulados en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

la concurrencia de estos límites cuando ha transcurrido un largo periodo de tiempo desde que se dictó el acto hasta que se inicia el procedimiento de revisión de oficio. Así, la fórmula abierta contenida en el artículo 110 LPAC referida a "*otras circunstancias*" que pueden derivar a que el ejercicio de la revisión de oficio sea contrario a la equidad, buena fe, derecho de los particulares o las leyes opera principalmente en supuestos en los que el tiempo transcurrido entre que se dictó el acto y comenzó el procedimiento de revisión de oficio ha sido breve. En este sentido y a título de ejemplo, cabe citar el dictamen del Consejo de Estado núm. 623/2013 de 4 de julio relativo a una solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

En dicho dictamen, se concluía que no concurría en la solicitante el requisito esencial de reunirse con un ciudadano de la Unión residente en España pues, si bien su padre era de nacionalidad española, en el momento de la solicitud residía en Suiza. Sin embargo, teniendo en cuenta que la solicitante había residido y se encontraba empadronada en el domicilio familiar los cuatro años anteriores a la solicitud, periodo la mayor parte del cual su padre también había residido en dicho domicilio en España, se concluía que sí operaban los límites a la revisión de oficio en los siguientes términos:

> «*A esta misma conclusión conduce el juego de los límites de la revisión de oficio establecidos en el artículo 106 de la Ley 30/1992, dado que las circunstancias que acaban de mencionarse (existencia de relación paterno-filial y residencia previa de padre e hija en España) son susceptibles de encuadrarse dentro de las que, según el mencionado precepto legal, pueden oponerse al ejercicio de la potestad de revisión de oficio*».

De los dos últimos supuestos citados, en los que operaba la causa de nulidad del artículo 47.1.f), cabe extraer que en aquellos casos en que una interpretación extensiva de las circunstancias concurrentes permite concluir que la persona que había adquirido la facultad o derecho no carecía de los requisitos esenciales para su adquisición, en el primer supuesto porque una orden posterior convalidó su titulación y en el segundo porque la solicitante de la tarjeta sí había convivido durante años con su padre en España, tanto doctrina como jurisprudencia se muestra más inclinada a aplicar los límites a la revisión de oficio.

Por último, si bien el ejercicio del procedimiento de revisión de oficio debe realizarse de manera restrictiva, una vez este ha sido iniciado, dispone la jurisprudencia del TS que los límites a la revisión han de ser aplicados, impidiendo la conclusión del procedimiento con la declaración de nulidad de pleno derecho que en principio concurriría en el acto o disposición, únicamente en supuestos excepcionales[30].

---

30 Sentencia de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS 1096/2018 de 26 de junio dictada en recurso de casación núm. 2011/2016.

IV. EXAMEN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO 19/2017 DE 11 DE ENERO, 752/2017 DE 4 DE MAYO, 420/2018 DE 15 DE MARZO, 1096/2018 DE 26 JUNIO, 1132/2018 Y 1133/2018 DE 3 JULIO.

Las sentencias analizadas resuelven recursos de casación interpuestos contra sendas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que se pronunciaban con respecto a la nulidad de pleno derecho de una serie de actos de concesión de subvenciones que habían sido dictados prescindiendo de los trámites dispuestos en el Título I de la Ley General de Subvenciones (en adelante, LGS). Es más, en los expedientes administrativos de concesión de las subvenciones no constaba ni siquiera la solicitud de la subvención[31].

Es por ello que el TSJ de Andalucía concluyó que sí que procedía la declaración de nulidad de pleno derecho en todos los supuestos, confirmando el apartado de las resoluciones recurridas que ponían fin al procedimiento de revisión de oficio en virtud del cual se declaraba la nulidad de los actos de concesión de las subvenciones. Sin embargo, el TSJ anuló el apartado de las resoluciones en el que se determinaba que procedía la devolución de la subvención concedida ya que entendió el Tribunal que concurrían los límites a la revisión de oficio establecidos en el artículo 106 LRJPAC (actual artículo 110 LPAC) y que, por tanto, la declaración de nulidad de pleno derecho no podía desplegar sus efectos.

Hay dos elementos fundamentales que cabe extraer de las sentencias analizadas. Por una parte, la razón por la que el TSJ de Andalucía entiende que concurre uno de los límites del artículo 106 LRJPAC y, por otra parte, la interpretación que hace dicho tribunal de la forma en que deben operar los citados límites a la revisión de oficio.

En primer lugar, el TSJ de Andalucía concluye que, teniendo en cuenta que en el momento de iniciarse el procedimiento de revisión de oficio ya habían transcurrido cuatro años desde que se realizó el último pago de las subvenciones, debía considerarse prescrito el derecho de la Administración a reclamar el reintegro de la subvención en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 LGS.

En segundo lugar, al entender que operaba el límite a la revisión de oficio consistente en la prescripción de acciones, si bien las diferentes sentencias del TSJ de Andalucía confirmaron la declaración de la nulidad de pleno derecho, dejaron sin efecto la obligación de devolución del importe de la subvención al aplicar el artículo 106 LRJPAC (actual artículo 110 LPAC).

---

31 Ver, por ejemplo, el antecedente de hecho 2º de la Sentencia de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS 1096/2018 de 26 de junio dictada en recurso de casación núm. 2011/2016.

a) Acerca de la improcedencia de aplicar el límite de la prescripción de acciones en los supuestos de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho.

El TS dispone que, tal como alega la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía en los diferentes recursos de casación presentados, las Sentencias recurridas dictadas por el TSJ de Andalucía vulneraban los artículos 102 y 106 LRJPAC (actuales artículos 106 y 110 LPAC) en relación con los artículos 36.1.a), 36.4, 37 y 39 LGS.

Tal como establece el TS en las sentencias aquí analizadas, procede el reintegro de la subvención dado que concurre la circunstancia del artículo 36.1.a) LGS, es decir, la declaración de nulidad de pleno derecho de la concesión de las subvenciones. Por tanto, no se trata de un supuesto de los previstos en el artículo 37 LGS de reintegro de la subvención por incumplimiento de las condiciones que sí estaría sujeto al plazo de prescripción del artículo 39 LGS. Sobre todo, destaca el TS, resulta imposible que se aplicasen los plazos de prescripción para la reclamación del reintegro por incumplimiento de las condiciones aplicables a la subvención cuando una de las razones por las que se declara la nulidad es precisamente la inexistencia de dichas condiciones.

Por ello, concluye el TS, no debe entenderse que la acción de nulidad haya prescrito pues dicho plazo de prescripción no opera en los casos en que concurra alguna de las causas de nulidad de pleno derecho. Cabe incidir en este punto que el límite del artículo 110 LPAC consistente en la prescripción de acciones debe entenderse en todo caso aplicable a aquellos casos en los que proceda la revisión de los actos anulables, pero no en los que concurra alguno de los vicios que impliquen la nulidad de pleno derecho del acto ya que, en este segundo caso, no existe plazo alguno para proceder a la revisión de oficio de los actos[32].

Así, el TS establece lo siguiente:

«*La acción destinada a instar la nulidad de pleno derecho, a diferencia de las acciones para exigir el reintegro, no está sujeta a plazo alguno de prescripción y precisamente por ello el art. 106 de la Ley 30/1992 permite que solo puede impedirse su ejercicio en supuestos excepcionales. Es por ello que el lapso temporal utilizado para el ejercicio de la acción de revisión no se ha identificado con los plazos de prescripción de las acciones frente actos anulables sino que ha recibido una interpretación mucho más restrictiva, reservándose para aquellos supuestos en los que el plazo transcurrido resulta excesivo y desproporcionado afectando a la seguridad jurídica generada y muy especialmente cuando afecta a terceros.*»[33]

---

32 Bueno Armijo, A., *Op. cit.*, pág. 380.

33 Ver, por ejemplo, el fundamento de derecho 3º de la Sentencia de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS 1096/2018 de 26 de junio dictada en recurso de casación núm. 2011/2016.

En definitiva, el límite relativo a la prescripción de acciones que figura en el artículo 110 LPAC debe entenderse, como ya ha establecido en numerosas ocasiones doctrina y jurisprudencia, únicamente aplicable a los supuestos de actos anulables[34]. Por ello, concluye el Alto Tribunal con respecto a este punto, que únicamente puede ser de aplicación el límite del transcurso del tiempo a la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho. Es más, incluso en caso de considerar que debía limitarse el ejercicio de la revisión de oficio por el tiempo transcurrido, dicho límite debe operar en combinación con las razones excepcionales que derivan en que deba primar la seguridad jurídica sobre el principio de legalidad.

Es decir, únicamente puede limitarse el ejercicio de la revisión de oficio cuando «*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*». Es por ello que, no habiendo el TSJ de Andalucía razonado que el tiempo transcurrido desde que se dictó el acto y hasta que se produjo su nulidad implicó un menoscabo a la equidad, buena fe, derecho de los particulares o las leyes, no resultaba procedente apreciar la concurrencia de los límites a la revisión de oficio.

Finalmente, incluso para el caso de que se pudiese considerar de aplicación algún plazo de prescripción, dicho plazo operaría únicamente a los cuatro años de haberse declarado la nulidad de los actos. Esto es así por cuanto que, al encontrarnos ante supuestos de declaración de nulidad de pleno derecho, es en ese momento cuando la Administración podría comenzar a solicitar el reintegro de las subvenciones:

> «*…el cómputo del plazo para que la Administración pudiese ejercer la acción destinada a reclamar las cantidades indebidamente percibidas no puede empezar a computarse sino desde el momento en que la declaración de nulidad es firme, pues solo a partir de ese momento la Administración está legitimada para solicitar el reintegro de las cantidades que a la postre se consideraron indebidamente percibidas*»[35].

b) Sobre la función y los efectos de la aplicación de los límites a la revisión de oficio.

Tanto doctrina como jurisprudencia reconocen que los límites a la revisión de oficio encuentran su función principal no tanto como impedimentos al ejercicio de las potestades de revisión sino también como elementos moduladores de dicho ejercicio[36]. Dicho carácter modulador no ha de entenderse, sin embargo, como un elemento que permita moderar los efectos de la nulidad de pleno derecho, sino que debe operar, en todo caso, de manera previa a la declaración de nulidad a través de

---

34 *Ibidem.*
35 Ver, por ejemplo, el fundamento de derecho 3º de la Sentencia de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS 1096/2018 de 26 de junio dictada en recurso de casación núm. 2011/2016.
36 Bueno Armijo, A., *Op. cit.*, pág. 379.

la revisión de oficio. Cabe citar, en este sentido, por ejemplo, el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 721/2014 de 29 de octubre que se pronuncia en los siguientes términos:

> «*En consecuencia, no se trataría de aplicar los límites que a la revisión de oficio establece el artículo 106 de la Ley 30/1992, y que entra en juego aún cuando se considere nulo el acto administrativo dictado, impidiendo no obstante la declaración de nulidad. En este caso, la no declaración de nulidad mantendría la vigencia de una licencia nula, con una edificación que quedaría fuera de la ordenación actualmente prevista para este ámbito.*»

Dichos límites operan, por tanto, en el momento en que tenga lugar el procedimiento de revisión de oficio y la Administración decida si concurren o no las circunstancias para declarar nulo de pleno derecho el acto que se esté revisando. Es por ello que no resulta posible declarar la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo, pero rechazar que se produzcan los efectos correspondientes a dicha declaración por concurrir los límites de la revisión de oficio.

Pues bien, en las Sentencias del TSJ de Andalucía recurridas en el supuesto aquí analizado, dicho tribunal consideró que procedía declarar la nulidad de pleno derecho de las subvenciones concedidas pero que dicha nulidad no podía producir efecto alguno al concurrir los límites del artículo 106 LRJPAC (actual artículo 110 LPAC). Más allá de que el Tribunal realizase una interpretación errónea del artículo 106 LRJPAC (actual artículo 110 LPAC), resulta imprescindible fijar el foco sobre la función y efectos de los límites a la revisión de oficio.

En los pronunciamientos recurridos, el TSJ de Andalucía aplica el artículo 106 LRJPAC al apartado de la resolución del procedimiento de revisión de oficio en virtud del cual se establecía que procedía la restitución de la subvención concedida, anulándolo. Sin embargo, se mantiene el apartado de las diferentes resoluciones en virtud del cual se declara la nulidad de pleno derecho de los actos de concesión de las subvenciones. En este sentido, tal como establece el Tribunal Supremo, «*si el Tribunal considera que la acción de revisión ha sido ejercida correctamente y procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión, lo que no puede es limitar los efectos de la nulidad apreciada desproveyéndola de toda consecuencia jurídica*».[37]

La esencia de la declaración de nulidad de pleno derecho la constituye precisamente el hecho de que los actos declarados nulos no debieron producir efecto alguno y, por consiguiente, la declaración de nulidad comporta, de manera automática, la consecuencia jurídica constitutiva en la eliminación de los efectos producidos. Así, una vez se constate la concurrencia de uno de los supuestos del

37 Ver, por ejemplo, el fundamento de derecho 3º de la Sentencia de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS 1096/2018 de 26 de junio dictada en recurso de casación núm. 2011/2016.

artículo 47 LPAC y se concluya que no concurren ninguno de los límites del artículo 110 LPAC debe procederse a la declaración de nulidad y, de manera automática, la consiguiente eliminación de los efectos producidos. Por ello, en caso de concurrir alguno de los límites del artículo 110 LPAC no podría directamente declararse la nulidad de pleno derecho del acto o actos en cuestión.

En este punto conviene hacer referencia nuevamente a la revisión de oficio en su calidad de «*potestad-deber*»[38] de la Administración por cuanto que la posible concurrencia de los límites del artículo 110 LPAC no implica que no se deba incoar el procedimiento de revisión de oficio. En caso de apreciarse en un acto la concurrencia de alguna de las causas de nulidad de pleno derecho por la Administración o de ejercitarse una acción de nulidad que no incurra en alguna de las causas de inadmisión del apartado tercero del artículo 106 LPAC, debe iniciarse el procedimiento de revisión de oficio. Los límites lo son a la declaración formal de nulidad como acto final del procedimiento de revisión de oficio, pero no a la constatación de dicha nulidad durante el procedimiento ni a la incoación de este[39].

V. CONCLUSIONES.

Los graves perjuicios que la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones administrativas puede ocasionar a la seguridad jurídica se ven atemperados a través de dos mecanismos. En primer lugar, a través de la necesaria aplicación restrictiva del procedimiento de revisión de oficio. En segundo lugar, y en lo que aquí nos ocupa, mediante la configuración de una serie de límites que implican la realización de una valoración ponderada entre los principios de legalidad y seguridad jurídica, prevaleciendo este último en caso de que la declaración de nulidad supusiese un mayor perjuicio del que el mantenimiento del acto o disposición en el ordenamiento jurídico ocasiona.

Precisamente como consecuencia de la función que cumple la revisión de oficio en nuestro ordenamiento jurídico, la declaración de nulidad de pleno derecho tiene lugar únicamente cuando el mantenimiento del acto o disposición en cuestión produciría gravísimas consecuencias para el principio de legalidad. Por consiguiente, la declaración de nulidad conlleva, de manera automática, la expulsión del acto o disposición del ordenamiento jurídico y la restitución de las situaciones al momento anterior de dictarse. Es por lo expuesto, que el TSJ de Andalucía, en las sentencias recurridas ante el Tribunal Supremo, realiza un error de interpretación en la función y forma de aplicación tanto de la revisión de oficio y declaración de nulidad como de los límites a aquella.

Asimismo, por la gravedad de los supuestos de nulidad de pleno derecho declarada en procedimientos de revisión de oficio, el legislador configura el ejercicio de dicho procedimiento sin límite temporal alguno en principio. A mayor

---

38 Requena López, T., *Op. cit.*
39 Requena López, T., *Op. cit.*, pág. 99.

abundamiento, la LGS, norma específica aplicable al caso, no contempla plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de nulidad ni para la iniciación del procedimiento de revisión de oficio no pudiéndose aplicar la regulación relativa a los supuestos de incumplimiento de las condiciones de la subvención a un supuesto de revisión de oficio, especialmente cuando se había carecido de todo procedimiento en la concesión de la subvención y, por consiguiente, ni siquiera existían condiciones que pudiesen llegar a ser vulneradas.

En definitiva, la Administración se encuentra en principio obligada a incoar los procedimientos de revisión de oficio y que, una vez iniciado dicho procedimiento debe proceder a examinar si concurren los límites del artículo 110 LPAC, cuya aplicación también debe realizarse de manera restrictiva[40]. Ahora bien, en caso de entender que dichos límites son de aplicación al caso concreto, ello debe de implicar, necesariamente la no declaración de nulidad del acto o disposición, puesto que dicha declaración implica necesariamente que se produzcan sus efectos, es decir, la devolución de la situación al estado anterior del momento en que se dictó el acto o disposición.

BIBLIOGRAFÍA.

Balaña Vicente, S., "Revisión de oficio de actos administrativos nulos de pleno derecho", *Diario La Ley*, nº 8620, 2015.

Bueno Armijo, A., "La revisión de oficio de disposiciones y actos administrativos nulos de pleno derecho en España", *Revista digital de derecho administrativo*, nº 20, segundo semestre, 2018, págs. 345-387.

Cordón Moreno, F., *La revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general y su control jurisdiccional. Un estudio desde la jurisprudencia*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de derecho administrativo I*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011.

González-Varas Ibáñez, S., "La revisión de oficio (art. 106 LPA)", *Actualidad Administrativa*, nº 3, 2016.

Machado Martín, F. J., "Acción de nulidad y límites de la revisión de oficio de los actos nulos", *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, págs. 881-888.

40 Cordón Moreno, F., *La revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general y su control jurisdiccional. Un estudio desde la jurisprudencia*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, pág. 158.

Pozo Bouzas, E. G., "La revisión de oficio y sus modalidades en la nueva ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas", *Revista Digital del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional*, nº 32, 2016.

Requena López, T., "Algunas cuestiones sobre la revisión de oficio en materia de contratación", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm 24, julio-diciembre 2015, págs. 91-104.

Suay Rincón, J., "La caracterización jurídica de la potestad de revisión de oficio (Un análisis de derecho positivo de esta institución)", en Soriano García, J. E., (Dir.) y Estepa Montero, M., (Coord.) *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. II, Madrid: Iustel, 2014, págs. 1355-1408.

DOCTRINA DE ÓRGANOS CONSULTIVOS.

Consejo Consultivo de Castilla y León, "Límites a la revisión de oficio: aplicación del artículo 106 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre", *Extracto doctrinal*. Consultado el 4 de marzo de 2019 en: https://www.cccyl.es/es/extracto-doctrinal/vi-revision-oficio/c-limites-revision-oficio-aplicacion-articulo-106-ley-30-19

Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 721/2014 de 29 de octubre.

Dictamen del Consejo Consultivo de las Islas Baleares núm. 22/2013 de 13 de febrero.

Dictamen del Consejo de Estado núm. 1485/1993 de 2 de diciembre.

Dictamen del Consejo de Estado núm. 623/2013 de 4 de julio.

JURISPRUDENCIA CITADA.

Sentencia de la sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 24 de abril de 1993 dictada en recurso núm. 1185/1993.

Sentencia de la sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 1 de febrero de 2000 dictada en recurso núm. 7925/1992.

Sentencia de la sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 23 de octubre de 2000 dictada en recurso núm. 3079/1995.

Sentencia de la sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 29 de noviembre de 2005 dictada en recurso núm. 4981/2003.

Sentencia de la sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 17 de enero de 2006 dictada en recurso núm. 776/2001.

Sentencia de la sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 27 de diciembre de 2006 dictada en recurso núm. 5980/2001.

Sentencia de la sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 18 de diciembre de 2007, dictada en recurso núm. 9826/2003.

Sentencia de la sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 5 diciembre de 2011 dictada en recurso núm. 5080/2008.

Sentencia de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 15 de octubre de 2012 dictada en recurso núm. 3493/2011.

Sentencia de la sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 17 octubre de 2014 dictada en recurso de casación núm. 4923/2011.

Sentencia de la sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 13 mayo de 2015 dictada en recurso de casación núm. 4923/2011.

Sentencia de la sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 27 noviembre 2015 dictada en recurso de casación núm. 1686/2014.

Sentencia de la sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Cantabria 801/2004 de 18 de noviembre dictada en recurso núm. 134/2004.

Sentencias analizadas:

Sentencia de la sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS 19/2017 de 11 de enero dictada en recurso de casación núm. 1934/2014.

Sentencia de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS 420/2018 de 15 de marzo dictada en recurso de casación núm. 3500/2015.

Sentencia de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS 1096/2018 de 26 de junio dictada en recurso de casación núm. 2011/2016.

Sentencia de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS 1096/2018 de 26 de junio dictada en recurso de casación núm. 2011/2016.

Sentencia de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS 1132/2018 de 3 julio dictada en recurso de casación núm. 75/2016.

Sentencia de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS 1133/2018 de 3 julio dictada en recurso de casación núm. 1011/2016.

RESUMEN

La revisión de oficio es configurada por el legislador como un mecanismo excepcional que únicamente ha de ser empleado por las Administraciones públicas en los más graves casos de vulneración de la legalidad por parte de los actos y disposiciones administrativas. Ahora bien, una vez se constata la concurrencia de alguna de las causas de nulidad de pleno derecho en el acto o disposición en cuestión, los límites a la revisión de oficio únicamente pueden ser de aplicación en aquellas situaciones en que el perjuicio al principio de seguridad jurídica que causaría la expulsión del acto o disposición del ordenamiento jurídico sería mayor que el menoscabo a la legalidad producido por su permanencia. En la jurisprudencia analizada, el Tribunal Supremo fija y aclara algunos elementos relativos a la forma en la que los límites a la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho deben operar refiriéndose, fundamentalmente, a su función y a los efectos de su aplicación.

Palabras clave: revisión de oficio – límites, nulidad – seguridad jurídica – acto administrativo.

ABSTRACT

The ex officio review of administrative acts and dispositions is set up by law-makers as an exceptional mechanism that public administrations must only resort to in cases of serious legal violations. However, once it is confirmed that one of the causes of nullity concurs in the act or disposition, the limits to the ex officio review can only be applied if voiding the act or disposition meant creating more damage to the principle of legal certainty than the harm caused to the principle of legality by its continuity as part of the legal system. In the judgements analysed, the Supreme Court establishes some elements related to the way in which the limits to the ex officio review of null acts must operate, specially referring to their role and to the effects of their application.

Keywords: ex officio review – limits – nullity – legal certainty – administrative act.

Referencias Bibliográficas

RECENSIÓN

Carlos YÁÑEZ DÍAZ, «*Responsabilidad patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos*». Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2018, 432 págs.

A la abundante bibliografía existente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración se une ahora la obra de Carlos Yáñez Díaz en la que se analiza con profundidad la relación entre el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la técnica de privatizar la gestión de servicios públicos. El autor es Letrado de Comunidad de Madrid, circunstancia a la que une, entre otras facetas, su experiencia como Letrado del extinto Consejo Consultivo de esta Comunidad y, desde su creación, ha ejercido como Letrado de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. Esta referencia biográfica garantiza un conocimiento directo y profundo sobre el objeto de la investigación que se publica.

La obra combina el análisis teórico-doctrinal, desde la óptica de las categorías propias del Derecho Administrativo y del Derecho Constitucional, con una perspectiva eminentemente práctica a la luz de una prolija referencia de sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y demás órganos jurisdiccionales, especialmente Tribunales Superiores de Justicia; y de dictámenes de los órganos consultivos, esto es, del Consejo de Estado y de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas.

A partir de estos materiales, y de una extensa nómina bibliográfica, el autor construye una monografía en la que compila algunos de los aspectos problemáticos del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la diversificación de las técnicas de ejercicio de funciones públicas, y ello desde la exposición del amplio abanico de posiciones que han seguido tribunales y consejos consultivos.

El libro, tras el prólogo de Juan José Rastrollo Suárez y de una introducción del propio autor, se inicia con una reflexión acerca del fenómeno de la privatización, cuyo auge sitúa el autor a finales del siglo pasado y que ha supuesto un cambio significativo en la manera en la que se relacionan los ciudadanos con los proveedores de servicios públicos. De hecho, este fenómeno implica la irrupción en el sistema de provisión de servicios públicos de diferentes agentes públicos, privados y con naturaleza mixta que, a su vez, se relacionan con los Poderes Públicos –a quienes la teoría clásica del Estado atribuía en régimen de monopolio la provisión de servicios públicos– también de manera diversa.

Desde esta aproximación, diversa y compleja por la propia naturaleza del concepto, Carlos Yáñez expone cómo el Derecho Administrativo español ha regulado este proceso en el que distingue los distintos procesos o formas de privatización y su reflejo en el ordenamiento jurídico. En este sentido, dedica una especial atención a las teorías del new public management y al concepto más reciente de gobernanza tan frecuente en la justificación de normas relativas a la gestión pública.

El concepto de privatización guarda una estrecha relación con otro concepto muy habitual en nuestro Derecho como es el de la huida del Derecho Administrativo, que como se señala, a pesar de la generalidad de las críticas doctrinales, ha sido calificada por el Tribunal una realidad fáctica y jurídica (STC 14/1986). Esta huida del Derecho Administrativo se materializa en diferentes vías, tales como creación de sociedades, constitución de fundaciones o creación de entes de derecho público sometidos al Derecho privado. De esta manera, los poderes públicos han articulado un complejo entramado que, en última instancia, como se ha demostrado no siempre lleva aparejada una mejora en la eficiencia y eficacia en la gestión del interés público, sino que con frecuencia, implica un perjuicio en la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con los proveedores de servicios públicos. En este sentido, como indica el autor, un límite muy efectivo a esta huida lo constituye el sometimiento de los poderes adjudicadores al Derecho Comunitario.

Con un especial énfasis, Carlos Yáñez aborda desde la óptica del Derecho comparado la posición de lo que denomina colaboradores, entendiendo como tales las personas privadas que, en virtud de un proceso de externalización, desempeñan tareas públicas, siendo en la actualidad una técnica muy frecuente, auspiciado por la normativa europea en aras de fomentar la competencia.

Así, el complejo proceso de privatización que se analiza en el libro y su no menos complejo encuadre con el Derecho Administrativo, lleva al autor a entender que se está produciendo una «profunda transformación del Estado social» que tiene como consecuencia que el Estado pasa de tener la función principal de prestador de servicios a tener la función de garante de estos servicios, que son en parte, prestados por terceros con mayor o menor ajenidad a la organización administrativa a la par que vinculados al Derecho privado, algo, por otra parte, coherente con la idea de nuestra Constitución de dar entrada a los particulares en la consecución del interés general (arts. 27, 34 o 41 CE, entre otros). Para el autor, esta circunstancia lleva a la necesaria reflexión sobre el control que deben asumir los poderes públicos sobre la calidad de estas funciones y servicios de naturaleza pública prestados por terceros.
En este sentido, se abordan los posibles límites a esta externalización y su relación con la normativa europea de libre competencia así como respecto al equilibrio entre los principios de eficacia y eficiencia y la calidad en la prestación. Ello aboca a un estudio del control por los poderes públicos de la actividad de las entidades colaboradoras en la prestación de servicios, tanto desde la perspectiva interna como la comparada, y su repercusión como título habilitante del reconocimiento de responsabilidad.

Es precisamente esta configuración del Estado como garante de unos servicios de calidad con independencia de la fórmula que se articule para su prestación lo que nos lleva al instituto de la responsabilidad patrimonial. La exigencia de calidad implica una exigencia de responsabilidad política, pero también la de una responsabilidad patrimonial cuando de la prestación del servicio se derive un perjuicio antijurídico para los ciudadanos.

Como paso previo para analizar la responsabilidad patrimonial por actuaciones de determinadas personas ajenas a la Administración, el autor realiza una muy interesante aproximación, a través de la jurisprudencia y los dictámenes del Consejo de Estado, a la responsabilidad de los poderes públicos del Estado, bien en su vertiente de Estado Legislador, bien referida a los órganos constitucionales como el Defensor del Pueblo –lo que lleva a abordar la responsabilidad de las Cortes Generales– o el Tribunal Constitucional.

El autor, asimismo, entra al estudio de la responsabilidad patrimonial desde la perspectiva de un derecho subjetivo de los ciudadanos que se consolida en el ordenamiento español desde sus orígenes en la responsabilidad extracontractual. Ello permite al lector conocer la evolución del instituto de la responsabilidad patrimonial en nuestro derecho, cuya consolidación se sitúa generalmente en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 al establecerse la responsabilidad directa y objetiva de la Administración y que contemplaba, en ciertos supuestos, la responsabilidad de la Administración a causa de actuaciones de concesionarios. Especialmente interesante es la referencia que se desarrolla al proceso de incorporación del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración a nuestra Constitución, y las características que definen al instituto constitucionalmente garantizado.

Para ello, uno de los ejes de estudio es el ámbito subjetivo de la responsabilidad patrimonial, lo que necesariamente lleva a intentar acotar los conceptos de Administración y el de «servicios públicos», este último empleado por el constituyente en el artículo 106 de la Carta Magna. Sin duda, conceptos que son y han sido objeto de un prolijo debate en la doctrina del que se da cumplida cuenta en la obra, pero que en todo caso son esenciales para el objeto de la investigación publicada. El autor, sin embargo, no solo se limita a enumerar las principales posiciones doctrinales, sino que apoya su discurso en la evolución de la normativa en materia de organización de la Administración, entre otras fuentes, permitiendo así una aproximación a las diferentes personificaciones actualmente contenidas en la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público y el alcance de la responsabilidad patrimonial de estas entidades. Dentro de este análisis de los entes que conforman el Sector Público, se expone con detalle la imputación de responsabilidad a estos entes a partir de la teoría del levantamiento del velo, típica del ámbito del Derecho de sociedades, y de la relación de dependencia, y se ilustra este enfoque con tres supuestos resueltos por órganos jurisdiccionales: Correos y Telégrafos, Metro de Madrid y el Canal de Isabel II. De esta exposición, el autor concluye la existencia de una cierta tendencia de estas sociedades a eludir las reclamaciones de responsabilidad de los particulares amparándose en su naturaleza jurídica y su

sometimiento al Derecho privado, lo que a su criterio contradice la propia esencia del Estado de Derecho y genera un incremento del perjuicio en los ciudadanos, por ello, atendiendo a diversos planteamientos doctrinales, propugna posibles reformas normativas en garantía de los derechos de los ciudadanos.

A partir de estos análisis de carácter general respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración en relación con la prestación de servicios públicos por entidades diversas, la segunda parte de la obra, los capítulos 6 a 10 se dedican específicamente a distintos supuestos concretos. El estudio en estos casos intenta exponer con detalle los distintos elementos que confluyen en la sustanciación de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando sus funciones son desarrolladas por terceros por distintos títulos habilitantes, con un especial énfasis en sustentar la investigación en pronunciamientos de los tribunales de justicia, del Tribunal Constitucional, del Consejo de Estado o de los consejos consultivos autonómicos, lo que es especialmente interesante dado el abundante casuismo que se da y la ausencia, en muchos de estos casos, de una línea doctrinal o jurisprudencial de carácter uniforme en el tiempo.

El primero de estos capítulos versa sobre la responsabilidad de contratistas y concesionarios. No se trata de una cuestión novedosa o infrecuente en la doctrina de los Consejos Consultivos[1] o en la jurisprudencia, de hecho, ya venía contemplada en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. El análisis aborda cuestiones tales como la responsabilidad del contratista en base al Derecho Civil, la responsabilidad de los contratistas en la legislación de contratos y del procedimiento administrativo, la acción de regreso de la Administración frente al contratista o las facultades de la Administración para determinar la responsabilidad del contratista, entre otras cuestiones, todas ellas cuestiones muy conflictivas y objeto de múltiples debates y pronunciamientos jurisprudenciales, lo que explica la extensión de este capítulo en la monografía.

El siguiente de los capítulos dedicados a la casuística concreta, el séptimo del libro, se centra en los sujetos privados «colaboradores» de la Administración, quienes asumen la prestación de funciones administrativas en virtud de contratos o convenios, especialmente habitual en los últimos tiempos en ámbitos de control técnico o altamente especializados. En la generalización de esta práctica ha sido determinante la normativa europea de liberalización de servicios, en especial, la Directiva Bolkenstein, y la implementación del sistema de comunicación previa o declaración responsable en sustitución del tradicional sistema de autorización previa, lo que tiene repercusiones en la atribución de responsabilidad a la Administración, tal y como detalladamente señala el autor.

Un tercer capítulo aborda una problemática en la que la jurisprudencia española ha mantenido un criterio cambiante, como se puso de manifiesto en las

---

1 *Vid*. número 25 de la *Revista Española de la Función Consultiva*, donde se dedicó el bloque de Doctrina comparada a este objeto.

páginas de la *Revista Española de la Función Consultiva*[2]: la responsabilidad patrimonial de la Administración por la actuación de las Mutuas de accidentes de trabajo y demás entidades colaboradoras de la Seguridad Social. En especial, el autor analiza la responsabilidad de la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) y la repercusión que su especial naturaleza tiene respecto a la atribución de responsabilidad.

El penúltimo de estos capítulos dedicados a aspectos específicos se dedica a la actuación de Notarios y Registradores, en tanto que paradigma de particulares que ejercen funciones públicas de gran relevancia.

Finalmente, no podía faltar en una obra de estas características un capítulo dedicado a la responsabilidad patrimonial de las entidades urbanísticas colaboradoras. Sin duda uno de los aspectos de la responsabilidad patrimonial que, tanto por su cantidad como por el volumen económico que implican las reclamaciones, más atención han generado.

La obra incluye un apartado final de conclusiones en las que el autor articula una extensa y profunda propuesta de reformulación de la responsabilidad patrimonial para que esta institución siga siendo efectiva para garantizar el estatuto jurídico de los ciudadanos en sus relaciones con los poderes públicos y se acomode a las exigencias de un Estado social de Derecho.

En definitiva, estamos ante un trabajo que por su objeto y la profundidad del análisis constituye está llamado a ser una referencia en el corpus doctrinal de la responsabilidad patrimonial de nuestro Derecho.

Fernando García Mengual
Letrado de las Corts Valencianes
Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir" y Universitat de València

2 Número 21.

Normativa de interés

NORMATIVA DE INTERÉS

En las referencias normativas que se han aprobado en los últimos meses y que afectan a los órganos consultivos, reseñamos la regulación del Consejo Consultivo de Canarias que se incorpora al Estatuto de Autonomía aprobado a finales de 2018, tras una larga tramitación.

También damos cuenta del nuevo Reglamento del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, consecuencia de la aprobación de la Ley de reforma de la Institución, en 2018, y también en relación con este Consejo, se transcriben los preceptos de la ley modificativa de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat Valenciana, aprobada a principios de 2019, y que afectan a las competencias del supremo órgano consultivo de la Administración valenciana.

Por último se incluye una referencia legislativa de Cantabria tanto por su afectación a las funciones del Consejo de Estado respecto a la Administración de dicha Comunidad Autónoma, como por su carácter regulador de la técnica normativa.

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

LEY ORGÁNICA 1/2018, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CANARIAS.

–EXTRACTO–

(Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 2068, del 6 de noviembre de 2018, y en el *Boletín Oficial de Canarias,* núm. 222, de 11 de noviembre de 2018)

[…]

CAPÍTULO VI
Órganos de relevancia estatutaria

[…]

Artículo 58. Consejo Consultivo de Canarias.

1. El Consejo Consultivo de Canarias es el supremo órgano consultivo de la Comunidad Autónoma de Canarias encargado de dictaminar sobre la adecuación a la

Constitución y al Estatuto de Autonomía de:

a) Las iniciativas legislativas.

b) Los decretos-leyes sometidos a convalidación del Parlamento.

c) Los proyectos de decretos legislativos.

d) La interposición de recursos de inconstitucionalidad por parte del Parlamento o del Gobierno, así como los planteamientos de conflictos de competencia.

e) Las demás cuestiones que determine su ley reguladora.

2. La ley garantizará su imparcialidad e independencia, y regulará su composición, funcionamiento y el estatuto de sus miembros.

[…]

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núms. 28 y 29, julio (2017) - junio (2018), págs. 453-454

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA

DECRETO 37/2019, DE 15 DE MARZO, DEL CONSELL, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DEL CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA

(Publicado en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*, núm. 8516, de 28 de marzo de 2019))

PREÁMBULO

El artículo 20.3 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, incluye al Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana entre las instituciones de la Generalitat. En concreto, el artículo 43 lo define como la Institución de la Generalitat de carácter público que actúa como órgano consultivo supremo del Consell, de la Administración autonómica y, en su caso, de las administraciones locales de la Comunitat Valenciana en materia jurídica; y, en cuanto al procedimiento para el nombramiento de sus miembros, funciones, facultades, estatuto y duración del mandato, contiene una reserva material a la Ley de Les Corts que lo regule. Además, conforme a lo previsto en el artículo 44.5, el desarrollo legislativo de esta institución estatutaria requiere su aprobación por una mayoría de tres quintas partes de la Cámara.

El Consell Jurídic Consultiu ya tenía existencia cuando entró en vigor la reforma del Estatuto de Autonomía. Fue la Ley de la Generalitat 10/1994, de 19 de diciembre, la que creó el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana como supremo órgano consultivo en materia jurídica que ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional, con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las mismas.

Esta ley ha sido objeto de modificación parcial por diversas normas: la Ley 14/1997, de 26 de diciembre, de medidas de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat; por la Ley 16/2003, de 17 de diciembre, de medidas de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat; la Ley 5/2005, de 4 de agosto, de reforma de la Ley de creación del Consell Jurídic Consultiu; la Ley 10/2006, de 26 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat; el Decreto del Consell 195/2011, de 23 de diciembre, que en uso de la habilitación contenida en la disposición adicional tercera de la Ley 10/1994, modifica la cuantía a partir de la cual es preceptivo el dictamen del Consell Jurídic en las reclamaciones en concepto de indemnización de daños y perjuicios frente a la Generalitat; la Ley 12/2017, de 2 de noviembre, de modificación de las leyes

reguladoras de las instituciones de la Generalitat para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en sus órganos; y, finalmente, la Ley 11/2018, de 21 de mayo, de modificación de la referida Ley 10/1994.

Por otra parte, mediante la Ley 6/2002, de 2 de agosto, de Generalitat, de Estatuto de los expresidentes de la Generalitat Valenciana, modificada por la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat Valenciana, se reconoció a los expresidentes de la Generalitat la condición de miembros natos del Consell Jurídic Consultiu.

En la disposición final primera de la Ley 10/1994 se recogía el mandato para que el Consell, a propuesta del Consell Jurídic Consultiu, aprobara el Reglamento de ejecución y desarrollo de la ley. Ese desarrollo se produjo inicialmente con la publicación en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana del Decreto 138/1996, de 16 de julio, del Consell, por el que se aprobó el Reglamento del Consell Jurídic Consultiu. Pero ese reglamento también ha sido objeto de modificaciones parciales, operadas por el Decreto del Consell 151/2003, de 29 de agosto; por el Decreto del Consell 161/2005, de 4 de noviembre, y por el Decreto del Consell 1/2016, de 15 de enero.

La mencionada Ley 11/2018, de la Generalitat que ha operado la última modificación de la Ley 10/1994, tiene como objetivo garantizar la debida independencia y transparencia del Consell Jurídic Consultiu, lo que pretende conseguir, fundamentalmente, mediante las siguientes medidas normativas: el reforzamiento del papel de Les Corts en la designación de las consejeras y los consejeros por elección, en el sentido de que las personas candidatas a integrarse en esta institución estatutaria se sometan a control parlamentario y de que cuatro de ellas se elijan por mayoría cualificada de Les Corts; que sea el propio Consell Jurídic quién determine qué persona de las elegidas ostenta la Presidencia de la institución; o que solo tengan posibilidad de reelección por un único mandato de cuatro años.

En la disposición adicional de la Ley 11/2018 se establece un plazo máximo de tres meses desde la aprobación de la ley para la modificación del reglamento del Consell Jurídic Consultiu para adaptarlo a su contenido. Durante los más de veinte años de vigencia del actual reglamento se han producido cambios legislativos que inciden sobre el mismo, el más importante de los cuales la reforma del Estatuto de Autonomía llevada a cabo en 2006, que, como ya se ha expuesto, lo configuró como una de las instituciones de la Generalitat.

De otra parte, han entrado en vigor importantes leyes que tienen incidencia directa sobre el reglamento, como las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y de régimen jurídico del sector público, respectivamente, o la Ley 9/2003, de la Generalitat, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres. A ello cabe añadir las diversas modificaciones parciales de que ha sido objeto dicho Reglamento a las que ya se ha hecho referencia.

Todo ello determina que se considere insuficiente una nueva modificación parcial del reglamento, que venga a sumarse a las ya realizadas, y que se estime necesaria la aprobación de un nuevo reglamento que, además de incorporar las adaptaciones precisas a la Ley 11/2018, de la Generalitat resulte ajustado a los cambios legislativos producidos y que, además, incorpore las correcciones técnicas que resulten precisas, lo que sin duda contribuirá a la seguridad jurídica y a facilitar su aplicación.

Por todo lo expuesto, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional de la Ley 11/2018, y en la disposición final primera de la Ley 10/1994, a propuesta del Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, y previa deliberación del Consell, en la reunión del 15 de marzo de 2019,

DECRETO

Artículo único. Aprobación del Reglamento del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Se aprueba el Reglamento del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, cuyo texto se inserta como anexo.

DISPOSICIÓN ADICIONAL

Única. Incidencia presupuestaria

La aplicación y desarrollo de este decreto no podrá tener incidencia alguna en la dotación de los capítulos de gasto asignados, y, en todo caso, deberá ser atendido con los medios personales y materiales de este.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Única. Derogaciones normativas

Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en el presente decreto.

Quedan derogadas expresamente las siguientes disposiciones reglamentarias:

a) El Decreto 138/1996, de 16 de julio, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

b) El Decreto 151/2003, de 29 de agosto, del Consell de la Generalitat, de modificación del Reglamento del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

c) El Decreto 161/2005, de 4 de noviembre, del Consell de la Generalitat, de reforma del Reglamento del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

d) El Decreto 1/2016, de 15 de enero, del Consell, de modificación del Reglamento del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Desarrollo normativo

La Presidencia del Consell Jurídic Consultiu desarrollará las previsiones de este reglamento y aprobará su estructura orgánica y funcional, previa deliberación del Pleno del Consell Jurídic Consultiu.

Segunda. Entrada en vigor

El presente decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana.

[…]

ANEXO

REGLAMENTO DEL CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA

ÍNDICE

[…]

TÍTULO I
Disposiciones generales

Artículo 1. Definición

1. El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, institución de la Generalitat de carácter público, es el supremo órgano consultivo en materia jurídica del Consell de La Generalitat, de la administración autonómica y, en su caso, de las administraciones locales radicadas en la Comunitat Valenciana.

También lo es de las universidades públicas de la Comunitat Valenciana y de las demás entidades, instituciones y corporaciones de derecho público de la Comunitat Valenciana no integradas en la administración autonómica.

2. El Consell Jurídic Consultiu tiene su sede en la ciudad de València.

Artículo 2. Autonomía e independencia

1. El Consell Jurídic Consultiu ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional, con el fin de garantizar su objetividad e independencia, la tutela de la legalidad y el Estado de Derecho.

2. El Consell Jurídic Consultiu precede a cualquier otro órgano consultivo autonómico y sustituye, en los mismos términos, al Consejo de Estado, salvo aquellos asuntos que expresamente le estén reservados a este último.

Artículo 3. Observancia del ordenamiento jurídico y cuestiones de oportunidad

El Consell Jurídic Consultiu velará por la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana y el resto del ordenamiento jurídico, en cuyas normas fundamentará sus dictámenes.

Excepcionalmente valorará aspectos de oportunidad y conveniencia, si así lo solicita expresamente la autoridad consultante.

El Consell Jurídic Consultiu podrá poner de manifiesto a la autoridad consultante la conveniencia de dictaminar acerca de la oportunidad, quedando interrumpido, en este caso, el plazo para emitir dictamen.

Artículo 4. Dictámenes

El Consell Jurídic Consultiu desarrollará la función consultiva mediante la emisión de dictámenes, por escrito, en los términos previstos en este reglamento.

Artículo 5. Fórmula aprobatoria en asuntos dictaminados

1. Las disposiciones normativas y resoluciones de la administración sobre asuntos dictaminados por el Consell Jurídic Consultiu expresarán si se adoptan conforme con su dictamen o si se apartan de él. En el primer caso se usará la fórmula «Conforme con el Consell Jurídic Consultiu»; en el segundo, la de «Oído el Consell Jurídic Consultiu».

2. Cuando la disposición normativa o resolución adoptada por la administración se apartare del dictamen del Consell Jurídic Consultiu pero se conformare enteramente de acuerdo con algún voto particular, se podrá emplear la fórmula «Oído el Consell Jurídic Consultiu y de acuerdo con el voto particular formulado por la Presidencia del Consell Jurídic Consultiu, por la consejera o el consejero, o por las consejeras o los consejeros».

Artículo 6. Comunicación de la decisión adoptada

1. La autoridad consultante comunicará al Consell Jurídic Consultiu, en el plazo de quince días siguientes a su adopción, las resoluciones o disposiciones

generales aprobadas tras la consulta.

2. La Secretaría General comunicará a la consejera o al consejero ponente que hubiera examinado el asunto, las resoluciones o disposiciones adoptadas «Oído el Consell Jurídic Consultiu», para que elabore un informe escrito en el que se especifiquen las diferencias de criterio entre el dictamen y la resolución o disposición. La consejera o el consejero dará cuenta de su informe al Consell Jurídic Consultiu, el cual acordará lo pertinente. Dicho informe se remitirá al archivo para su incorporación a la copia del dictamen correspondiente.

Artículo 7. Omisión de dictamen preceptivo

Cuando en el despacho de algún asunto se hubiera omitido indebidamente la petición de dictamen al Consell Jurídic Consultiu, la Presidencia del Consell Jurídic Consultiu lo significará a quien corresponda y, en todo caso, al President o la Presidenta de La Generalitat, para que lo haga saber a la autoridad correspondiente.

Artículo 8. Obligación de guardar secreto

Las personas que integran el Pleno, la persona titular de la Secretaría General, las letradas y los letrados y todo el personal del Consell Jurídic Consultiu tienen la obligación de guardar secreto sobre las propuestas, deliberaciones y sentido de los votos emitidos.

Los acuerdos y dictámenes aprobados por el Consell Jurídic Consultiu son públicos.

Artículo 9. Inhibición de las personas que integran el Pleno del Consell Jurídic Consultiu

1. Las personas que integran el Pleno tienen la obligación de inhibirse del conocimiento, deliberación y votación de los asuntos cuando concurra cualquiera de los motivos de abstención previstos en la legislación básica estatal sobre régimen jurídico del sector público.

2. La inhibición de una consejera o de un consejero deberá hacerse por escrito dirigido a la Presidencia del Consell Jurídic Consultiu antes de tomar conocimiento del asunto, o verbalmente al darse cuenta del mismo en la sección, comisión o Pleno, lo que se reflejará en el acta.

3. Si se plantearan dudas o discrepancias sobre si debe o no inhibirse alguna consejera o consejero, decidirá el Pleno del Consell Jurídic Consultiu en la propia sesión o en una independiente anterior a la deliberación sobre el asunto, a propuesta de la Presidencia.

Artículo 10. Control económico-financiero del Consell Jurídic Consultiu

El Consell Jurídic Consultiu someterá su gestión económico-financiera a la Sindicatura de Comptes de La Generalitat.

TÍTULO II
Composición del Consell Jurídic Consultiu

Sección primera

Composición del Consell Jurídic Consultiu

Artículo 11. Composición del Consell Jurídic Consultiu

1. El Consell Jurídic Consultiu está constituido por las consejeras y consejeros por elección y por las consejeras y consejeros natos, eligiéndose de entre los primeros la Presidencia. Estará asistido por la Secretaría General, que actuará con voz pero sin voto.

2. Las consejeras y los consejeros por elección serán siempre tres mujeres y tres hombres, debiéndose respetar dicha proporción en cada renovación, total o parcial, que se haga de tales cargos.

Artículo 12. Duración del cargo y renovación

1. La Presidencia y las consejeras y los consejeros por elección se nombrarán por un período de cuatro años, pudiendo reelegirse por un único mandato de otros cuatro años, computándose el período desde el día de la toma de posesión.

2. En caso de producirse vacante durante la vigencia del mandato, la consejera o el consejero se designará por el sistema establecido en el artículo 3 de la Ley 10/1994, de la Generalitat por lo que reste del mandato, sin perjuicio de la posibilidad de renovación al finalizar el mandato si ha tenido una duración inferior a cuatro años.

3. La persona titular de la Presidencia y las consejeras y los consejeros por elección, antes de tomar posesión de sus respectivos cargos, deberán jurar o prometer ante el president o la presidenta de la Generalitat fidelidad a la Constitución, al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana y a las instituciones de autogobierno valencianas, y deberán guardar secreto de las deliberaciones del Consell Jurídic Consultiu.

4. La fórmula a utilizar para el juramento o promesa será la siguiente: «Juro o prometo, por mi conciencia y honor que ejerceré el cargo de Presidenta o Presidente (o consejera o consejero) del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, con fidelidad a la Constitución, al Estatuto de Autonomía, al resto del ordenamiento jurídico y a las instituciones de gobierno valencianas y guardaré secreto de las deliberaciones del Consell Jurídic Consultiu, actuando en todo momento, con independencia y

objetividad para mejor servicio al pueblo valenciano».

Artículo 13. Asistencia a las sesiones de las personas miembros del Consell de la Generalitat

El president o la presidenta de la Generalitat y las demás personas integrantes del Consell podrán asistir a las sesiones del Consell Jurídic Consultiu para informar ante el mismo cuando lo consideren conveniente.

Artículo 14. Incompatibilidades de las personas integrantes del Pleno del Consell Jurídic Consultiu

1. Las personas que integran el Pleno del Consell Jurídic Consultiu se someterán al régimen de incompatibilidades establecido con carácter general para los altos cargos de la administración, con la excepción de las actividades docentes e investigadoras.

2. La Presidencia y las consejeras y los consejeros por elección serán incompatibles con cualquier mandato representativo, cargo político o administrativo, y con el desempeño de funciones directivas de un partido político, sindicato o asociación patronal.

3. Todas las personas integrantes del Pleno del Consell Jurídic Consultiu tienen la obligación de presentar en la Secretaría General declaración jurada de no hallarse incursas en causa de incompatibilidad, expresando qué otras actividades pretenden compatibilizar con el ejercicio de su función en el Consell Jurídic Consultiu, con obligación de renovar esa declaración cuando se produjeran alteraciones de la situación existente.

4. Cuando se nombre a una funcionaria o a un funcionario para los cargos de Presidencia, consejera o consejero o Secretaría General se le declarará, en su caso, en la situación administrativa que corresponda con arreglo a la legislación de función pública.

5. En la aplicación de las incompatibilidades se tendrá especial consideración del carácter de administración no activa del Consell Jurídic Consultiu.

6. Las actividades de carácter privado no sujetas a retribución serán compatibles si no afectan a intereses susceptibles de dictamen preceptivo.

Artículo 15. Cese de las personas integrantes del Pleno del Consell Jurídic Consultiu

1. La Presidencia y las consejeras y los consejeros por elección, durante el período de su mandato, son inamovibles y solo podrán cesar en su condición:

a) Por defunción

b) Por renuncia
c) Por extinción del mandato

d) Por incapacidad o inhabilitación declaradas por resolución judicial firme

e) Por pérdida de la condición política de valenciana o valenciano

f) Por incompatibilidad e incumplimiento de su función

2. El cese se comunicará a la institución que hubiera nombrado a la consejera o al consejero que haya cesado para que proceda a un nuevo nombramiento.

3. El supuesto previsto en el número f) del epígrafe anterior será valorado por el Pleno del Consell Jurídic Consultiu que, con audiencia previa a la consejera o al consejero a quien afecte, adoptará el acuerdo que corresponda por mayoría absoluta y, en el supuesto de que decida el cese, lo comunicará a la Institución que hubiera hecho el nombramiento para que proceda como en los otros supuestos.

Artículo 16. Retribuciones, indemnizaciones y derechos pasivos

Las personas que integran el Pleno del Consell Jurídic Consultiu percibirán las retribuciones que se determinen en su Presupuesto, en la forma y manera que acuerde el Pleno, así como las indemnizaciones por gastos o ayudas adicionales que se establezcan en las Bases Reguladoras del Presupuesto aprobadas por el Pleno.

Sección segunda

De la Presidencia

Artículo 17. Elección de la Presidencia del Consell Jurídic Consultiu

1. La Presidencia del Consell Jurídic Consultiu se elegirá de entre las consejeras y los consejeros por elección que se propongan para dicho cargo, mediante votación secreta.

2. La elección de la Presidencia se realizará cada vez que se renueve la totalidad de las consejeras y los consejeros electivos, llevándose a cabo tal elección en el Pleno que se celebrará dentro de los cinco días siguientes a la toma de posesión de sus cargos. Dicho Pleno, que tendrá como único punto del orden del día la elección de la Presidencia, será convocado, presidido y moderado por la consejera o el consejero electivo que sea de mayor edad.

3. En el caso de que la Presidencia quedara vacante antes de la finalización del mandato por cualquiera de las causas legalmente previstas para su cese se procederá a una nueva elección por el plazo que restase de mandato.

4. En el caso de que la Presidencia quedara vacante por extinción del mandato, la nueva elección se llevará a cabo, una vez se haya renovado la totalidad del Consell Jurídic Consultiu, en los términos previstos en el apartado primero.

Artículo 18. Procedimiento de elección de la Presidencia

1. Se realizará una primera votación entre las personas candidatas y resultará elegida la que obtenga la mayoría absoluta de los votos.

2. De no obtenerse dicha mayoría, se realizará una segunda votación entre las personas más votadas y resultará elegida la persona que obtenga la mayoría simple de los votos.

3. En caso de producirse empate en la segunda votación, la Presidencia será elegida mediante sorteo entre las personas que hayan obtenido más apoyos en la primera votación.

4. Realizada la elección se dará traslado del resultado de la misma al president o presidenta de la Generalitat para que proceda a su nombramiento

Artículo 19. Sustitución y vacante de la Presidencia

En caso de ausencia, enfermedad o si no se produce por cualquier causa la elección y durante el tiempo en el que se mantenga esta situación transitoria, las funciones de la Presidencia serán ejercidas por la consejera o el consejero por elección de mayor antigüedad y, en caso de igualdad en la antigüedad, por la de mayor edad de ellas, quien ostentará la condición de vicepresidenta o vicepresidente.

Artículo 20. Tratamiento de la Presidencia

La persona titular de la Presidencia tendrá el tratamiento de Honorable, que conservará aún después de cesar en el cargo salvo que se la remueva por incumplimiento de su función, por incompatibilidad no aceptada, o por inhabilitación declarada por resolución judicial firme.

Artículo 21. Funciones de la Presidencia

Corresponderán a la Presidencia, además de aquellas funciones no atribuidas a otros órganos del Consell Jurídic Consultiu, las siguientes:

a) Ostentar la representación del Consell Jurídic Consultiu.

b) Autorizar con su firma los dictámenes emitidos por el Consell Jurídic Consultiu, así como aquellos escritos dirigidos a la Presidencia de La Generalitat y a las Consellerias y a las demás autoridades.

c) Fijar el orden del día, convocar y presidir las sesiones del Consell Jurídic Consultiu.

d) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del Consell Jurídic Consultiu.

e) Elevar anualmente a la Presidencia de la Generalitat y a Les Corts una memoria en la que se detallen las actividades del Consell Jurídic Consultiu en cada ejercicio.

f) Ejercer las facultades ordinarias en materia de contratación del Consell Jurídic Consultiu, dentro de los límites legales presupuestarios.

g) Suscribir, en su caso, convenios de colaboración, con otras entidades públicas o privadas, dentro del respeto a la legislación básica estatal y a la legislación valenciana.

h) Resolver los recursos administrativos que se interpongan contra las resoluciones o actos administrativos dictados por la Presidencia o por la Secretaría General del Consell Jurídic Consultiu.

i) La declaración de lesividad, a propuesta del Pleno, de los actos administrativos anulables del Consell Jurídic Consultiu, con carácter previo a su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

j) La revisión de oficio, a propuesta del Pleno, de los actos administrativos del Consell Jurídic Consultiu que fueren nulos de pleno derecho, con sujeción al procedimiento previsto en la legislación básica de procedimiento administrativo común.

k) Interpretar el reglamento y adoptar las medidas necesarias para el funcionamiento del Consell Jurídic Consultiu.

l) Aprobar motivadamente, previa deliberación del Pleno, el anteproyecto de presupuesto del Consell Jurídic Consultiu para su remisión a la persona titular de la conselleria con competencia en materia de hacienda a fin de su inclusión en los de La Generalitat.

m) Aprobar, previa deliberación del Pleno, las cuentas anuales del Consell Jurídic Consultiu.

n) Autorizar el gasto y proponer y ordenar los pagos necesarios para el correcto funcionamiento del Consell Jurídic Consultiu, conforme a las Bases de Ejecución de su presupuesto.

o) Ejercer, con respecto al Consell Jurídic Consultiu, las funciones que la

legislación de hacienda y de patrimonio de La Generalitat atribuye a las personas titulares de las consellerias en relación con sus departamentos, siendo de su exclusiva incumbencia las relativas a ejecución y liquidación del presupuesto.

p) Ostentar la jefatura de todos los servicios del Consell Jurídic Consultiu y asumir respecto al mismo las atribuciones propias de las personas titulares de las consellerias de acuerdo con la legislación vigente, excepción hecha de las que sean inherentes a la condición de miembro del Consell.

Artículo 22. Relaciones con otras Instituciones

Las relaciones del Consell Jurídic Consultiu con el Estado, Comunidades Autónomas y otros entes públicos se mantendrán a través de la Presidencia de la Generalitat o de la conselleria que corresponda, excepción hecha de las relaciones con el Consejo de Estado y con los Consejos consultivos autonómicos, que se realizarán a través de la Presidencia del Consell Jurídic Consultiu.

Artículo 23. Funciones de la Presidencia en relación con el Pleno

A la persona titular de la Presidencia, como miembro del Consell Jurídic Consultiu que preside sus sesiones, le corresponde:

a) Abrir y levantar las sesiones.

b) Moderar el desarrollo de los debates, suspenderlos por causas justificadas y conceder o denegar las peticiones de intervención.

c) Proponer el despacho de asuntos que no figuren en el orden del día, siempre que estuvieren reunidos, de manera presencial, la persona titular de la Secretaría General y todos los miembros del Pleno.

d) Retirar de la sesión los asuntos que requieran mayor estudio.

e) Dirimir con su voto de calidad los empates en la adopción de acuerdos.

Artículo 24. Funciones de la Presidencia en la dirección de las sesiones

Como persona que dirige las sesiones del Consell Jurídic Consultiu, le corresponde:

a) Figurar a la cabeza del Consell Jurídic Consultiu en los actos corporativos.

b) Autorizar con su firma toda comunicación oficial que se dirija al Consell, a las Consellerias, a Les Corts, a otras instituciones de La Generalitat, al Consejo de Estado o a otros Consejos consultivos autonómicos o a cualesquiera instituciones públicas o privadas.

c) Constituir comisiones y secciones en los términos previstos en este reglamento.

d) Recibir el juramento o promesa, ante la Presidencia de La Generalitat, de las consejeras y los consejeros, al tomar posesión de sus cargos.

e) Conceder o denegar las audiencias a las personas que tengan la condición de interesadas en el procedimiento. La audiencia se acordará, de oficio o a instancia de parte, mediante resolución, que deberá ser motivada en caso de denegación. De su resultado no será necesario dar cuenta a la autoridad consultante.

f) Reclamar de la autoridad consultante los antecedentes e informes que estime necesarios.

g) Recabar, directamente o por conducto de la autoridad consultante, los informes técnicos orales o escritos a que se refiere el artículo 15.2 de la Ley 10/1994, del Consell Jurídic Consultiu.

h) Designar individualmente, a petición del Consell de la Generalitat, a una letrada o un letrado del Consell Jurídic Consultiu para el desempeño de cometidos especiales y participación en comisiones de estudio sobre cuestiones de singular relevancia o interés público, siempre que resulten adecuadas a su formación.

Artículo 25. Funciones de la Presidencia en ejercicio de la Jefatura superior del personal, servicios y dependencias

Como titular de la Jefatura superior del personal, servicios y dependencias del Consell Jurídic Consultiu, corresponde a la Presidencia:

a) Convocar los procesos selectivos del personal de la institución que corresponda.

b) Aprobar, previa deliberación del Pleno, la estructura administrativa del Consell Jurídic Consultiu.

c) Aprobar, previa deliberación del Pleno, la relación de puestos de trabajo.

d) Ejercer las facultades sobre personal al servicio del Consell Jurídic Consultiu según lo dispuesto en la legislación de función pública de la Comunitat Valenciana y en este reglamento.

e) Nombrar, en su caso, a las funcionarias y los funcionarios del Consell Jurídic Consultiu y al personal eventual y laboral con los requisitos establecidos en las leyes.

Sección tercera

De las consejeras y los consejeros por elección

Artículo 26. Forma de designación de las Consejeras y los Consejeros por elección

1. De las seis consejeras y consejeros por elección que componen el Consell Jurídic Consultiu, dos se designarán por decreto del Consell de La Generalitat y cuatro por Les Corts, mediante acuerdo adoptado por mayoría de las tres quintas partes de sus miembros, todos ellos entre profesionales y científicos y científicas que se hayan distinguido en el campo del Derecho, con más de quince años de ejercicio profesional, o entre juristas de reconocido prestigio y con experiencia en asuntos de Estado o autonómicos, y que tengan la condición política de valencianos o valencianas.

2. Las personas candidatas a ser elegidas por Les Corts tendrán que comparecer ante la Comisión Parlamentaria pertinente para acreditar su idoneidad. La Comisión elevará al Pleno de Les Corts una propuesta de candidatas y candidatos garantizando la paridad en relación con la totalidad de las personas que integran el Consell Jurídic Consultiu, para su votación.

Artículo 27. Tratamiento de las consejeras y los consejeros por elección

Las consejeras y los consejeros por elección tendrán el tratamiento de Ilustrísima o Ilustrísimo, que conservarán aún después de cesar en el cargo salvo que se les remueva por incumplimiento de su función, por incompatibilidad no aceptada, o por inhabilitación declarada por resolución judicial firme.

Artículo 28. Funciones y obligaciones de las consejeras y los consejeros por elección

Las consejeras y los consejeros por elección tienen las siguientes funciones y obligaciones:

a) Asistir, con voz y voto, a las sesiones del Pleno siempre que hubieran sido convocados con la antelación mínima prevista en este reglamento, debiendo excusar su asistencia cuando esta les fuere imposible.

b) Participar en los debates de las sesiones del Consell Jurídic Consultiu, así como discutir los dictámenes en el Pleno, proponiendo su modificación, aceptación o desestimación, así como proponer que sean retirados o que queden sobre la mesa o se amplíen sus antecedentes.

c) Formular votos particulares, por escrito y con sujeción a lo previsto en este reglamento. En caso de que no hayan asistido a la sesión en la que se haya debatido el asunto, no podrán formular votos particulares.

Artículo 29. Otras funciones de las consejeras y los consejeros por elección

A las consejeras y los consejeros por elección les corresponde asimismo:

a) Presidir las comisiones y secciones a que estuvieran adscritos, dirigiendo sus deliberaciones y autorizando las actas correspondientes.

b) Decidir como consejera o consejero ponente, sobre los proyectos de dictamen de que den cuenta los letrados y las letradas y, en caso de rechazarlos, encomendar su redacción a otro letrado o letrada que designe la persona titular de la Presidencia.

c) Oír, en trámite de audiencia, las observaciones o alegaciones que les hicieren las personas interesadas, o autorizar a tal fin al letrado o la letrada correspondiente. Esta audiencia la acordará la persona titular de la Presidencia únicamente cuando la Consejera o el Consejero ponente considere necesario aclarar algún extremo de las observaciones o alegaciones que, en su caso, se hayan formulado por escrito por las personas interesadas.

Artículo 30. Funciones excepcionales

La Presidencia del Consell Jurídic Consultiu podrá designar individualmente, previo dictamen favorable del Pleno, a consejeras o consejeros para el desempeño de cometidos especiales y participación en comisiones de estudio para cuestiones de singular relevancia o interés público. En estos casos, sus opiniones o informes no serán atribuibles al Consell Jurídic Consultiu.

Sección cuarta
De las consejeras y los consejeros natos

Artículo 31. Condición de consejeras y consejeros natos

Las consejeras y consejeros natos son las personas que cumplen los requisitos establecidos en la Ley 6/2002, de 2 de agosto, de la Generalitat, del Estatuto de los ex Presidentes de la Generalitat.

Artículo 32. Solicitud y límites temporales de la condición de consejeras y consejeros natos

Las consejeras y los consejeros natos ostentarán su condición cuando lo soliciten tras su cese en la Presidencia de la Generalitat, siempre que no incurran en causa de incompatibilidad, y ejercerán sus funciones con los límites temporales establecidos en el artículo 4 de la Ley reguladora del Estatuto de los expresidents de la Generalitat.

Artículo 33. Incompatibilidades de las consejeras y los consejeros natos

Además de los supuestos de incompatibilidad legalmente previstos, la condición de consejera y consejero nato es incompatible con el ejercicio de cualquier

puesto de responsabilidad ejecutiva en las administraciones públicas.

Artículo 34. Tratamiento de las Consejeras y los Consejeros natos

Las consejeras y los consejeros natos tienen el tratamiento vitalicio de Molt Honorable Senyora o Molt Honorable Senyor, conforme dispone el artículo 2 de la Ley reguladora del Estatuto de los expresidents de la Generalitat.

Artículo 35. Funciones de las consejeras y los consejeros natos

1. Las consejeras y los consejeros natos asistirán a las sesiones del Consell Jurídic Consultiu, con voz pero sin voto, no computándose, en consecuencia, su asistencia a efectos del quórum de constitución legalmente exigido.

2. Las consejeras y los consejeros natos tendrán derecho a que conste en acta su parecer en relación con los dictámenes que se aprueben.

Sección quinta
De la Secretaría General

Artículo 36. Nombramiento de la persona titular de la Secretaría General

1. La persona titular de la Secretaría General será nombrada por el Consell de la Generalitat, a propuesta de la Presidencia del Consell Jurídic Consultiu.

2. El nombramiento se publicará en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*.

3. La persona titular de la Secretaría General tomará posesión del cargo en reunión del Pleno del Consell Jurídic Consultiu y prestará juramento o promesa en la forma prevista en este reglamento. En dicha sesión la letrada o el letrado mayor ejercerá la función de la Secretaría General.

Artículo 37. Sustitución de la Secretaría General

La Secretaría General será sustituida, en caso de vacante, ausencia o enfermedad, por la letrada o el letrado mayor y, en su defecto, por la letrada o el letrado que designe la Presidencia del Consell Jurídic Consultiu.

Artículo 38. Tratamiento y retribuciones de la persona titular de la Secretaría General

La Secretaría General tendrá el tratamiento de Ilustrísima o Ilustrísimo y percibirá las retribuciones y asignaciones que se consignen en el presupuesto del Consell Jurídic Consultiu, en la forma y manera que acuerde el Pleno, así como las indemnizaciones por gastos o ayudas adicionales que se establezcan en las Bases

Reguladoras del Presupuesto del Consell Jurídic Consultiu aprobadas por el Pleno.

Artículo 39. Funciones de la Secretaría General

1. La persona titular de la Secretaría General despachará con la Presidencia con la periodicidad que esta determine y, en su caso, con las consejeras y los consejeros, siempre que lo requiera la buena marcha de los asuntos del Consell Jurídic Consultiu.

2. A la Secretaría General le corresponden las funciones de Secretaria o Secretario del Pleno, la jefatura directa de personal y del régimen interior de los servicios y dependencias del Consell Jurídic Consultiu, sin perjuicio de la superior autoridad de la Presidencia y de las atribuciones del Pleno y de las consejeras y los consejeros.

Artículo 40. Funciones de la Secretaría General en relación con el Pleno

En relación con el Pleno a la Secretaría General le corresponden las siguientes funciones:

a) Preparar y cursar el orden del día de las sesiones del Consell Jurídic Consultiu, sometiéndolo a la previa aprobación de la Presidencia.

b) Efectuar la convocatoria de las sesiones del Pleno, por orden de la Presidencia, así como las citaciones de sus miembros.

c) Recibir las peticiones de datos, rectificaciones o cualquiera otra clase de escritos de las personas miembros del Consell Jurídic Consultiu, de los que el Pleno deba tener conocimiento.

d) Asistir con voz pero sin voto a las sesiones del Pleno.

e) Firmar con la Presidencia los dictámenes aprobados por el Consell Jurídic Consultiu y las modificaciones que en ellos se introduzcan.

f) Preparar el despacho de los asuntos, redactar y autorizar las actas de las sesiones.

g) Llevar el libro de actas del Pleno, foliado y visado por la persona titular de la Presidencia del Consell Jurídic Consultiu, así como la documentación de actuaciones que se estime pertinente.

h) Expedir certificaciones de actas, acuerdos, dictámenes y sus copias, con el visto bueno de la persona titular de la Presidencia.

i) Extender las certificaciones de asistencia que procedan o se le soliciten.

Artículo 41. Funciones de la Secretaría General en relación con el personal

1. La Secretaría General ejerce la jefatura directa de personal y, en razón de tal, le corresponden las competencias que en general tienen atribuidas las personas titulares de las Subsecretarías de la administración de la Generalitat con respecto a sus consellerias, salvo aquellas que aparezcan atribuidas a la Presidencia o a los consellers o las conselleres, siendo sus actos susceptibles de recurso ante la Presidencia, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa.

2. La Secretaría General ostentará, asimismo, la jefatura del cuerpo de letradas y letrados del Consell Jurídic Consultiu.

Artículo 42. Otras funciones de la Secretaría General

A la Secretaría General le corresponden también las siguientes funciones:

a) Elaborar el anteproyecto de presupuesto debidamente documentado, que aprobará la Presidencia, previa deliberación del Pleno, para su remisión a la conselleria competente en hacienda a fin de integrarse como sección dentro de los Presupuestos Generales de La Generalitat.

b) Elaborar anualmente el proyecto de Memoria de actividad del Consell Jurídic Consultiu.

c) Formar, actualizar y valorar el Inventario de los bienes muebles y derechos de propiedad incorporal que haya adquirido o tenga adscritos el Consell Jurídic Consultiu.

d) Llevar el Registro de altos cargos del Consell Jurídic Consultiu.

e) Velar, en el ámbito del Consell Jurídic Consultiu, por la implementación de la administración electrónica, la protección de las personas físicas respecto al tratamiento y circulación de sus datos personales y la adecuada gestión de las tecnologías de la información y de las comunicaciones.

f) Distribuir los asuntos sometidos a consulta entre los letrados y las letradas.

g) Controlar el registro de entrada y salida de documentos.

h) Vigilar los servicios de archivo y biblioteca.

i) Llevar un Registro de disposiciones normativas que afecten al Consell Jurídic Consultiu y otro de las resoluciones recaídas en los expedientes sometidos a su consulta.

j) Coordinar las acciones de la Unidad de igualdad del Consell Jurídic Consultiu.

Sección sexta
Disposiciones comunes

Artículo 43. Emblema del Consell Jurídic Consultiu

El Consell Jurídic Consultiu tendrá como emblema el que aparece en el apéndice de este reglamento, siendo su lema «Secundum patriae supremas leges».

Artículo 44. Uso de la toga

La persona titular de la Presidencia, los consejeros y las consejeras, la persona titular de la Secretaría General y las letradas y los letrados vestirán toga en los actos en que así sea determinado por la Presidencia.

Artículo 45. Insignias de los miembros del Consell Jurídic Consultiu

1. Las insignias de los miembros del Consell Jurídic Consultiu serán las siguientes:

a) La de la Presidencia, collar con medalla y placa dorados y bastón de mando como símbolo de autoridad.

b) La de las consejeras y los consejeros, medalla y placa dorada.

c) La de la Secretaría General, medalla y placa plateada.

d) La de las letradas y los letrados, botón de solapa.

2. Las medallas, placas y botones llevarán el emblema del Consell Jurídic Consultiu.

Artículo 46. Tarjeta de acreditación de la condición de miembro del Consell Jurídic Consultiu

Todas las personas que integran el Pleno dispondrán de una tarjeta que, firmada por la Presidencia, acredite su condición de miembro del Consell Jurídic Consultiu.

TÍTULO III
Del personal del Consell Jurídic Consultiu

Sección primera
De las Letradas y los Letrados

Artículo 47. Ingreso en el Cuerpo de letradas y letrados del Consell Jurídic Consultiu

1. El ingreso en el cuerpo de letradas y letrados del Consell Jurídic Consultiu se realizará mediante oposición, de conformidad con las bases y programa que aprobará el Pleno para cada convocatoria.

2. La fecha de comienzo de los ejercicios deberá estar comprendida en tiempo no inferior a cuatro meses, contados desde la publicación de la convocatoria en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana.

3. La composición del Tribunal se determinará en las bases de la oposición y deberá respetar el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres. En todo caso, el funcionamiento y la composición del Tribunal deberán sujetarse a la normativa básica estatal y a la legislación autonómica valenciana sobre órganos técnicos de selección de personal.

4. La Secretaría General mantendrá actualizada la relación, por orden de antigüedad, de los miembros del Cuerpo de letradas y letrados, que será aprobada por la Presidencia, oído el Pleno.

Artículo 48. Funciones del personal del Cuerpo de letradas y letrados

Corresponden a las letradas y los letrados las siguientes funciones:

a) Estudiar, preparar y redactar fundadamente los proyectos de dictámenes e informes que se les asigne sobre los asuntos sometidos a consulta del Consell Jurídic Consultiu.

b) Informar puntualmente a la consejera o al consejero ponente, o, en su caso, a las consejeras o los consejeros que se hayan designado, sobre los asuntos confiados a su estudio, dar lectura a la ponencia redactada y usar la palabra en las secciones o comisiones, con la venia de la consejera o el consejero ponente, cuantas veces lo estimen oportuno, o cuando se les requiera para ello.

c) Asistir, cuando se les requiera para ello, a las sesiones del Pleno e informar a petición de cualquier consejera o consejero, con la venia de la Presidencia y en los términos previstos en este reglamento.

d) Prestar asistencia jurídica al Consell Jurídic Consultiu.

e) Despachar con las consejeras o los consejeros los asuntos que consideren necesario.

Artículo 49. Letrada o letrado Mayor.

1. La Presidencia, oído el Pleno, designará un letrado o una letrada mayor entre el personal funcionario de carrera del Cuerpo de letradas y letrados de la institución.

2. Serán funciones de la letrada o el letrado mayor, entre otras, las siguientes:

a) La emisión de informe en los expedientes de contratación del Consell Jurídic Consultiu, cuando así se disponga en la normativa vigente o así lo solicite el órgano de contratación.

b) La emisión de informe de resolución sobre los recursos administrativos cuya competencia corresponda a la Presidencia o al Pleno.

c) La emisión, en el ámbito del Consell Jurídic Consultiu, de informe jurídico en aquellos casos en los que las disposiciones vigentes establezcan el carácter preceptivo de un informe jurídico de la Abogacía de la Generalitat, en la Administración del Consell, o del servicio jurídico, en el ámbito de otras administraciones públicas.

3. En caso de vacante, ausencia o enfermedad se procederá a la sustitución en el ejercicio de sus funciones por el letrado o la letrada de carrera con más antigüedad en el Cuerpo y, en caso de concurrir diversas personas en esta condición, por quien hubiera obtenido mayor puntuación en las pruebas selectivas de acceso al mismo.

Artículo 50. Ausencia de despacho del Cuerpo de letradas y letrados con las personas interesadas

Las letradas y los letrados no tienen despacho con el público, pero, en trámite de audiencia, podrán oír, con la autorización de la consejera o el consejero ponente, las observaciones o alegaciones que les hiciesen las personas interesadas, sin manifestar nada en cuanto se relacione con el fondo de los asuntos.

Artículo 51. Funciones excepcionales de las letradas y los letrados

La Presidencia, a petición del Consell, podrá designar individualmente a una letrada o un letrado del Consell Jurídic Consultiu para el desempeño de cometidos especiales o de participación en comisiones de estudio sobre cuestiones de singular relevancia o interés público, siempre que resulten adecuadas a su formación.

En estos casos sus opiniones o informes no se considerarán atribuibles al Consell Jurídic Consultiu.

Artículo 52. Régimen de dedicación

Las letradas y los letrados ejercerán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva, quedando sujetos a las incompatibilidades que correspondan de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de la función pública valenciana.

Sección segunda
Del personal de administración y servicios

Artículo 53. Estructura administrativa del Consell Jurídic Consultiu

La Presidencia, previa deliberación del Pleno, aprobará la estructura administrativa del Consell Jurídic Consultiu respetando las previsiones contenidas en los artículos siguientes.

Artículo 54. Personal de administración y servicios

1. La plantilla de Personal y sus modificaciones serán elaboradas por la Secretaría General y aprobadas por el Pleno del Consell Jurídic Consultiu.

2. El Consell Jurídic Consultiu proveerá las plazas con arreglo a lo dispuesto en la legislación de la función pública valenciana y según las bases que apruebe el Pleno para cada convocatoria, en las que se tendrán en cuenta las medidas y recomendaciones en materia de igualdad para la función pública valenciana.

Artículo 55. Dependencia de los Servicios Administrativos

De la Secretaría General dependerán los distintos Servicios Administrativos de acuerdo con lo dispuesto en la estructura administrativa del Consell Jurídic Consultiu.

Artículo 56. Distribución del personal según necesidades

El personal de administración será distribuido por la Secretaría General de acuerdo con las necesidades de los servicios.

Artículo 57. Unidad de Igualdad

El Servicio de Coordinación y Documentación del Consell Jurídic Consultiu, bajo la coordinación de la Secretaría General, asumirá las funciones de la Unidad de igualdad, a la que corresponden las siguientes atribuciones:

a) Redactar el Informe de impacto de género de la normativa propia del Consell Jurídic Consultiu.

b) Proponer al Pleno medidas para la consecución de la igualdad efectiva en materia de género y conciliación de la vida familiar y laboral, desde el punto de vista

de la gestión de personal, y de entre ellas la redacción de un Plan singular de Igualdad.

c) Proponer la impartición de formación para la mejora de la calidad del servicio público, que deberá incluir contenidos sobre igualdad efectiva y prohibición de cualquier tipo de discriminación.

Artículo 58. Aspirantes con diversidad funcional

En el marco de la normativa valenciana en materia de función pública, el Consell Jurídic Consultiu asegurará medidas adecuadas en el procedimiento selectivo para garantizar la participación de aspirantes con diversidad funcional, en condiciones de igualdad.

Artículo 59. Conciliación de la vida familiar y laboral

El régimen de la jornada general, permisos, licencias y vacaciones del personal del Consell Jurídic Consultiu deberá tender a favorecer la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, cuando sea consecuencia del ejercicio del derecho de conciliación de la vida familiar y laboral, y en el marco del Plan de Igualdad que deberá aprobarse por la institución.

TÍTULO IV

Funcionamiento del Consell Jurídic Consultiu

Sección primera
Del Pleno

Artículo 60. Funcionamiento del Pleno del Consell Jurídic Consultiu

1. El Consell Jurídic Consultiu actúa en Pleno, que se reunirá periódicamente, y siempre que lo convoque la Presidencia, para entender de los asuntos de su competencia.

2. La convocatoria, que incluirá el orden del día junto con la documentación necesaria para su deliberación, se cursará con dos días hábiles de antelación como mínimo, salvo casos urgentes en que dicho plazo mínimo será de veinticuatro horas, cursándola, en ambos supuestos, en nombre de la Presidencia, la Secretaría General.

Artículo 61. Ubicación de los miembros del Pleno en las sesiones

Las personas miembros del Consell Jurídic Consultiu se colocarán en las sesiones por el siguiente orden: en la cabecera de la mesa, la Presidencia del Consell Jurídic Consultiu. A su derecha e izquierda, correlativamente, las consejeras y los consejeros por elección, por su orden de antigüedad o, en su caso, por su mayor edad, y las consejeras y los consejeros natos, por su orden de toma de posesión.

Enfrente de la Presidencia se colocará la Secretaría General. Si asistiera alguna letrada o algún letrado, informará situándose junto a la Secretaría General.

Artículo 62. Sesiones públicas

Serán públicas las sesiones en que se discuta sobre la memoria a elevar al Consell y a Les Corts, y aquellas otras en que la Presidencia del Consell Jurídic Consultiu, con motivo de la toma de posesión de alguno de los miembros del mismo, o para conmemorar algún acontecimiento, así lo decida. La sesión no será pública en la parte en que se proceda a la lectura del acta de la sesión anterior, ni en la que se dé cuenta de algún expediente sometido a consulta.

Artículo 63. Celebración de las sesiones, deliberaciones y adopción de acuerdos

1. La válida celebración de las sesiones y de las deliberaciones y la toma de acuerdos por el Consell Jurídic Consultiu requiere de la asistencia presencial de las personas titulares de la Presidencia y de la Secretaría General o, en su caso, de quien, respectivamente, las supla, así como de al menos la mitad de las consejeras y los consejeros por elección.

2. No será necesaria la previa convocatoria si, estando reunidas, de manera presencial, la Secretaría General y la totalidad de las consejeras y los consejeros, tanto por elección como natos, deciden por unanimidad constituirse válidamente como órgano colegiado para la celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de acuerdos.

3. El Pleno deliberará sobre los asuntos incluidos en el orden del día o aquellos que proponga la Presidencia según lo dispuesto en el artículo 21.c) de este reglamento.

4. No podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que asistan todos los miembros del órgano colegiado y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría.

5. Los proyectos de dictamen que hayan de ser objeto de estudio en la sesión deberán haber sido repartidos a los miembros del Consell Jurídic Consultiu con la convocatoria y, en todo caso, al menos con dos días hábiles de anticipación al día de celebración de la sesión, salvo casos urgentes en que dicho plazo mínimo será de veinticuatro horas.

6. Si se tratara de un dictamen sobre un proyecto de disposición general, también se acompañará copia del proyecto de norma objeto de dictamen.

7. Los expedientes de los asuntos sometidos a consulta quedarán en la Secretaría General, a disposición de las consejeras y los consejeros, a partir de la

convocatoria.

8. Si algún proyecto de dictamen fuera desestimado, la propia Ponencia deberá elaborar un nuevo proyecto de dictamen, salvo que su Ponente no aceptara tal cometido, en cuyo caso se pasará a una ponencia especial a designar por la Presidencia, oído el Pleno.

9. Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos. En caso de empate decidirá el voto de calidad de la persona titular de la Presidencia.

10. Salvo en caso de inhibición, la Presidencia y las consejeras y los consejeros por elección no podrán abstenerse en las votaciones de los asuntos de la competencia del Consell Jurídic Consultiu.

11. Para la votación se seguirá el orden inverso al de colocación de las consejeras y los consejeros por elección, pasando de izquierda a derecha, y votando en último lugar la Presidencia.

12. Las consejeras y los consejeros presentes y, en su caso, las letradas y los letrados, podrán intervenir en el debate en los términos que fije la Presidencia, respetándose, en todo caso, el derecho de réplica por alusiones.

Artículo 64. Votos particulares

1. Los dictámenes se aprobarán por unanimidad o por mayoría.

2. Las consejeras y los consejeros por elección podrán presentar votos particulares cuya presentación deberán anunciar antes de concluir la sesión.

3. Los votos particulares pueden ser discrepantes, cuando se vote en contra del dictamen, o concurrentes, cuando se vote a favor del dictamen pero se discrepe de su argumentación jurídica.

4. El voto particular deberá entregarse en la Secretaría General por escrito dentro de un plazo no superior a 5 días hábiles siguientes al de la sesión. Dicho plazo podrá ser reducido o ampliado por la Presidencia atendiendo, respectivamente, a la urgencia y a la complejidad del dictamen.

5. Los votos particulares se adjuntarán al dictamen.

Artículo 65. Explicación de voto.

Las consejeras y los consejeros que decidan no formular voto particular o adherirse al que se formule por otra consejera o consejero, podrán pedir que consten en acta los motivos de su discrepancia.

Artículo 66. Dictamen sobre la mesa hasta la próxima sesión

Cualquier consejera o consejero por elección podrá pedir que un dictamen quede sobre la mesa hasta la próxima sesión; pero si se tratase de un asunto urgente o que hubiera permanecido sobre la mesa una sesión o en el que existan problemas de plazo para evacuar el dictamen, la Presidencia podrá denegar la petición.

Artículo 67. Remisión de los dictámenes a la Autoridad consultante

Los dictámenes serán remitidos a la Autoridad consultante, firmados por las personas titulares de la Presidencia y de la Secretaría General, y en ellos se indicará al margen los nombres de quienes hayan asistido a la deliberación y votación, con expresión de si han sido aprobados por unanimidad o por mayoría y, en su caso, si ha decidido el voto de calidad de la Presidencia, adjuntándose los votos particulares que hubiera.

Artículo 68. Elaboración y aprobación del acta

1. El acta de la sesión se aprobará en la reunión del Pleno inmediatamente siguiente.

2. Celebrada la reunión, la Secretaría General elaborará el acta con el visto bueno de la Presidencia y la remitirá, con un día al menos de antelación a la celebración de la siguiente sesión, a través de medios electrónicos, a las personas que integran el Pleno, quienes podrán manifestar por los mismos medios su conformidad o reparos al texto remitido.

Sección segunda
De las Secciones Permanentes y las Comisiones

Artículo 69. Las Secciones Permanentes

1. El Consell Jurídic Consultiu contará con cinco Secciones Permanentes, cada una de ellas presidida por una consejera o un consejero por elección e integrada por una o más letradas o letrados, cuyo cometido será la elaboración de los proyectos de dictamen.

Cuando la Presidencia asuma la ponencia de un asunto formará sección con la letrada o el letrado que designe.

2 La Presidencia, previa deliberación del Pleno, aprobará las normas de reparto de los asuntos entre las diversas secciones.

Artículo 70. Las Comisiones

1. Por acuerdo del Pleno podrán formarse comisiones cuando la naturaleza de los asuntos a dictaminar así lo aconseje.

2. Las comisiones estarán integradas por dos o más consejeras y consejeros y presididas por quien designe la Presidencia. De las mismas formarán parte una o más letradas o letrados y tendrán los cometidos que les encomiende la Presidencia

Sección tercera
De las consultas al Consell Jurídic Consultiu

Artículo 71. Consultas preceptivas y facultativas

1. La consulta será preceptiva en los supuestos en que así lo exija la Ley de creación del Consell Jurídic Consultiu y en todos los casos en que una ley de aplicación en el ámbito de la Comunitat Valenciana establezca el carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado o de los Órganos Consultivos Autonómicos equivalentes. En el resto de casos, la consulta será facultativa.

El Consell Jurídic Consultiu publicará periódicamente en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana la relación de las disposiciones que preceptúen su dictamen.

2. Los asuntos sobre los que haya dictaminado preceptivamente el Consell Jurídic Consultiu no podrán remitirse a informe de ningún otro órgano de la administración de La Generalitat, salvo que se trate del informe que la persona titular de la Subsecretaría de la conselleria proponente deba realizar con carácter previo al sometimiento de algún asunto al Consell o al president o la presidenta de la Generalitat.

3. No se considerará cumplido el trámite de solicitud de dictamen preceptivo cuando la norma aprobada, la decisión adoptada, o el convenio o acuerdo de cooperación suscrito sea distinto del que ha sido sometido a consulta, salvo que la variación sea de escasa entidad o derive de las propias observaciones del dictamen emitido.

Artículo 72. Dictámenes vinculantes y no vinculantes

Los dictámenes del Consell Jurídic Consultiu no serán vinculantes salvo que las leyes u otras normas con rango de ley dispongan lo contrario.

Artículo 73. Competencia y procedimiento para la petición de dictamen

1. El Consell Jurídic Consultiu emitirá dictamen en todos los asuntos que con carácter preceptivo sometan a su consulta el president o la presidenta de la Generalitat, el Consell de la Generalitat o la consellera o el conseller competente.

2. Cuando el Consell Jurídic Consultiu lo estime oportuno, por tener noticia de alguna novedad que afecte al interés común de la Generalitat en sus bienes o

derechos, se dirigirá al president o la presidenta de la Generalitat, dando cuenta de la misma a fin de que, si lo estima pertinente, solicite dictamen directamente o a través de la consellera o el conseller competente por razón de la materia.

3. Las administraciones locales, las universidades públicas y las demás entidades y corporaciones de derecho público de la Comunitat Valenciana solicitarán directamente el dictamen del Consell Jurídic Consultiu, en los casos en que este fuera preceptivo conforme a las disposiciones legales.

4. El Consell Jurídic Consultiu también emitirá dictamen en todos aquellos asuntos que con carácter facultativo le sean sometidos a consulta por el presidente o la presidenta de la Generalitat, por el Consell, la consellera o el conseller competente y por Les Corts.

5. En el caso de las consultas facultativas que se formulen a propuesta de Les Corts se estará a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de creación del Consell Jurídic Consultiu.

6. Las corporaciones locales, las universidades públicas y las demás entidades y corporaciones de derecho público de la Comunitat Valenciana, podrán formular, debidamente razonadas, consultas facultativas, por medio de la consellera o el conseller competente por razón de la materia objeto del dictamen, quien decidirá lo pertinente acerca de su remisión al Consell Jurídic Consultiu.

Artículo 74. Petición del dictamen y subsanación de expedientes incompletos

1. Las consultas al Consell Jurídic Consultiu deberán ser cursadas mediante un oficio de petición de dictamen, firmado por quien ostente la representación legal de la administración pública, universidad pública o corporación de derecho público consultante.

2. En el caso de que la consulta fuera preceptiva, a la petición firmada habrá de adjuntarse el correspondiente proyecto normativo, Propuesta de acuerdo o de Resolución, Borrador de recurso de inconstitucionalidad o de conflicto constitucional de competencias o de conflicto en defensa de la autonomía local, o Proyecto de convenio o acuerdo de cooperación a celebrar con otras Comunidades Autónomas, según proceda.

Asimismo, habrá de adjuntarse una copia auténtica del expediente tramitado, completo y foliado, acompañado de un índice de los documentos que contenga.

3. La consulta preceptiva deberá formularse con carácter previo a la aprobación de la norma, a la adopción del acto administrativo, o a la suscripción del convenio o acuerdo de cooperación con otras Comunidades Autónomas, según

corresponda.

Si la causa de la preceptividad del dictamen es la interposición de un recurso de inconstitucionalidad o de un conflicto constitucional de competencias por la Generalitat ante el Tribunal Constitucional, o del planteamiento ante el mismo tribunal de un conflicto en defensa de la autonomía local, o de la resolución de un conflicto de atribuciones entre distintos departamentos del Consell de la Generalitat, la petición del dictamen deberá realizarse con carácter previo a la interposición del recurso, al planteamiento del conflicto constitucional, o a la resolución del conflicto de atribuciones, según sea el caso.

4. Si la consulta fuera de carácter facultativo, a la petición firmada de dictamen por la Autoridad Consultante y, en su caso, a la autorización de la consulta por la consellera o el conseller competente por razón de la materia, se habrán de acompañar cuantos antecedentes fueran necesarios para la emisión del dictamen.

5. El Consell Jurídic Consultiu podrá solicitar de la Autoridad consultante que se complete el expediente que le ha sido remitido con cuantos antecedentes e informes estime necesarios para poder emitir adecuadamente su dictamen, en cuyo caso quedará en suspenso la emisión del dictamen conforme a lo indicado en el artículo 76.2 de este reglamento.

Artículo 75. Informe ante el Consell Jurídic Consultiu

El Consell Jurídic Consultiu puede invitar a informar ante él, por escrito u oralmente, a los organismos o personas que tengan competencia técnica notoria en las cuestiones relacionadas con los asuntos sometidos a consulta.

Sección cuarta
De los dictámenes del Consell Jurídic Consultiu

Artículo 76. Plazo para la emisión del dictamen

1. Los dictámenes del Consell Jurídic Consultiu han de ser emitidos en un plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de la petición del dictamen, en la forma y con la documentación a la que se refiere el artículo 74 de este reglamento.

Cuando en el escrito de remisión de los expedientes se haga constar la urgencia del dictamen y se motive esta, el plazo máximo para su emisión será de diez días hábiles.

2. En el supuesto previsto en el artículo 15.1 de la Ley del Consell Jurídic Consultiu y 74.5 de este reglamento, el plazo para la emisión del dictamen quedará en suspenso hasta la recepción de los documentos solicitados.

3. Durante los períodos de vacaciones se establecerán por el Pleno del Consell Jurídic Consultiu los turnos que garanticen el normal despacho de los

expedientes sometidos a consulta.

Artículo 77. Contenido de los dictámenes del Consell Jurídic Consultiu

1. En los dictámenes se expondrán separadamente los antecedentes de hecho, las consideraciones de derecho y la conclusión o conclusiones, que en casos justificados podrán formularse de modo alternativo o condicional. Tales conclusiones irán siempre precedidas de la frase: «El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana es del parecer...»

2. La forma de los dictámenes descrita en el número anterior no será necesaria cuando la consulta solicitada tuviera por finalidad que el Consell Jurídic Consultiu proponga nuevas formas posibles de actuación administrativa, la elaboración o reforma, sin actuaciones previas, de anteproyectos de disposiciones generales, o cuando las alternativas o condiciones posibles fueran múltiples.

3. En los dictámenes sobre proyectos normativos se podrán formular observaciones y sugerencias de distinta entidad, así como acompañar a su dictamen un nuevo texto, en el que figure íntegramente redactado el que a su juicio deba aprobarse.

Las observaciones esenciales son el reparo del Consell Jurídic Consultiu a aquellos preceptos de un proyecto normativo que pudieran comprometer la plena observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el resto del Ordenamiento jurídico.

La inobservancia de las observaciones esenciales comportará que la resolución que se adopte deba seguir la fórmula «Oído el Consell Jurídic Consultiu».

4. Cuando el Consell Jurídic Consultiu aprecie la necesidad de apercibimiento, corrección disciplinaria, incoación o averiguación de responsabilidades de empleados públicos, lo hará constar mediante la fórmula «acordada», en forma separada del cuerpo del dictamen, que no se publicará, dictándose en tal caso la resolución «conforme con», u «oído» el Consell Jurídic Consultiu «y lo acordado», siguiéndose entonces las actuaciones correspondientes.

Sección quinta

De otras decisiones del Consell Jurídic Consultiu

Artículo 78. Mociones

El Consell Jurídic Consultiu, a iniciativa del Pleno, podrá formular mociones que se elevarán al Consell.

Tales mociones tendrán por objeto elevar las propuestas que el Consell

Jurídic Consultiu juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugiera. Para su elaboración, la Presidencia podrá constituir una comisión.

Artículo 79. Memoria anual

Anualmente, el Consell Jurídic Consultiu elevará al Consell y a Les Corts una Memoria en la que detalle su actividad en el ejercicio anterior y que podrá recoger las observaciones sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulten de los asuntos consultados, y las sugerencias de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la administración.

Artículo 80. Doctrina Legal

El Consell Jurídic Consultiu publicará, omitiendo los datos personales, recopilaciones de la doctrina legal sentada en sus dictámenes y demás decisiones adoptadas.

TÍTULO IV
Reforma del Reglamento del Consell Jurídic Consultiu

Artículo 81. Reforma del Reglamento del Consell Jurídic Consultiu

1. La iniciativa de reforma del reglamento del Consell Jurídic Consultiu podrá ser presentada por la Presidencia o por, al menos, tres miembros electivos del Pleno. La persona que ocupe la Presidencia, oído el Pleno, determinará el procedimiento y los plazos para tramitar la reforma.

2. La propuesta de reforma del reglamento deberá ser aprobada por la mayoría absoluta del Pleno.

APÉNDICE
EMBLEMA DEL CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA

LEY 1/2019, DE 5 DE FEBRERO, DE LA GENERALITAT, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 5/2014, DE 25 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, URBANISMO Y PAISAJE DE LA COMUNITAT VALENCIANA

–EXTRACTO–

(Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 51, del 28 de febrero de 2019, y en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana, núm. 8481, de 7 de febrero de 2019))

[…]

Artículo único. Modificación de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat Valenciana

1. Se modifican los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 13, 14, 16, 17, 21, 24, 25, 29, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 76, 77, 79, 81, 82, 85, 88, 92, 93, 96, 99, 103, 104, 106, 110, 111, 113, 114, 117, 118, 121, 122, 124, 125, 127, 130, 131, 132, 143, 144, 147, 149, 151, 152, 153, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 183, 184, 185, 186, 187, 190, 193, 194, 195, 196, 197, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 221, 222, 223, 225, 236, 238, 241 y 255; además se renumeran y refunden varios artículos, también se modifican el título del Capítulo IV del Libro I y el título del Capítulo III del Título IV de Libro II; asimismo, se modifican la disposición adicional segunda, las disposiciones transitorias segunda y séptima; los anexos I, IV y VI, y los apartados I y III del Preámbulo, todo ello de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, en los términos establecidos en el anexo a la presente ley.

2. Se añaden los artículos 3, 49 bis, 76 bis, 86 bis, 180 bis, 187 bis, 187 ter, 187 quater, 187 quinquies y 211 bis, así como las disposiciones adicionales cuarta, quinta, sexta, séptima y octava y otras cinco que serán la novena, la décima, la undécima, la duodécima y la decimotercera, la disposición transitoria décimo tercera y otras tres que serán la decimocuarta, la decimoquinta y la decimosexta, la disposición final tercera y el anexo X y otros tres que serán el XI, el XII y el XIII a la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, en los términos establecido en el anexo a esta ley.

3. Se corrigen los errores ortográficos, gramaticales y de remisión a otros

preceptos de los artículos 54, 76, 96, 106, 131 y anexo I.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Innecesariedad de adaptación del planeamiento urbanístico

1. Los municipios no estarán obligados a promover un expediente de adaptación de su planeamiento urbanístico a la presente ley.

2. Los municipios podrán tramitar cuantas modificaciones de los instrumentos de planeamiento urbanístico consideren oportunas para su adecuación a la presente ley.

3. La aprobación de los planes parciales, de los planes de reforma interior o de los planes especiales, que modifiquen las determinaciones de los planes generales o normas subsidiarias de planeamiento vigentes a la entrada en vigor de esta ley, requiere la homologación del sector correspondiente, que podrá efectuarse como documento de homologación independiente o conjuntamente al aprobar cada uno de los referidos instrumentos, siempre que estos contengan los documentos específicos y las determinaciones necesarias con este fin.

4. Asimismo, los municipios pueden interesar de la conselleria competente en urbanismo y ordenación del territorio que declare la homologación a la presente ley de los planes generales o normas subsidiarias de planeamiento o del planeamiento vigente de alguno de sus sectores. Dicha homologación se producirá por resolución de la citada conselleria, tras su tramitación por el procedimiento del capítulo II o capítulo III, del título III, del libro I de la ley en función de la incidencia ambiental de su contenido.

Segunda. Régimen aplicable a las actuaciones territoriales estratégicas aprobadas

Las actuaciones territoriales estratégicas aprobadas antes de la entrada en vigor de esta ley se ejecutarán en los términos en que se aprobaron. El procedimiento de modificación de estas actuaciones territoriales estratégicas se regirá en lo relativo a la ordenación urbanística y territorial por la normativa vigente en el momento en que se aprobó, y en lo relativo a la normativa sectorial que resulte de aplicación se regirá por la legislación vigente en el momento del inicio de la información al público de dicha modificación.

[…]

Sexta. Programas tramitados con la Ley urbanística valenciana

A partir de la entrada en vigor de esta ley, los municipios ya no podrán adjudicar ningún programa de actuación integrada que haya sido tramitado al amparo de la Ley 16/2005, de 26 de noviembre, de la Generalitat, urbanística valenciana, salvo aquellos que cuenten con aprobación y adjudicación municipal condicionada a

la aprobación por la conselleria competente en materia de urbanismo del instrumento de planeamiento que los acompaña, en cuyo caso podrán concluir su tramitación de acuerdo con aquella ley.

Séptima. Aplicación a programas aprobados con anterioridad

El artículo 164 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, será también de aplicación a los programas de actuación integrada aprobados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley.

Octava. Pérdida de vigencia y cese en la producción de efectos de las memorias ambientales

Las memorias ambientales emitidas al amparo de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, perderán su vigencia y cesarán en la producción de los efectos que le son propios si, una vez notificadas al promotor, no se hubiera procedido a la adopción o aprobación del plan o programa en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la ley de modificación Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, de la Comunitat Valenciana.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Única. Derogación normativa

Se deroga la disposición transitoria sexta, Suspensión temporal de la reserva mínima de suelo para vivienda protegida, de la LOTUP.

DISPOSICIÓN FINAL

Única. Entrada en vigor

La presente ley entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana.

ANEXO

Relación completa, en su nueva redacción, de los preceptos que se modifican de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje

[…]

Cuarenta y cuatro. El artículo 63 queda redactado como sigue:

Artículo 63. Modificación de los planes y programas

1. Los planes y programas se revisarán o modificarán por el procedimiento previsto en esta ley con carácter general para su aprobación salvo previsión legal específica.

2. Los planes parciales, los planes especiales y los planes de reforma interior, con carácter general, no podrán modificar determinaciones del plan general estructural. De forma excepcional y debidamente justificada, se podrán establecer modificaciones puntuales que tengan por objeto ajustar estas determinaciones al análisis más detallado del territorio propio de su escala, sujetándose a las siguientes condiciones:

a) Si la modificación incide sobre la ordenación estructural y tiene, o puede tener, efectos significativos sobre el medio ambiente y el territorio para que así lo determine el órgano ambiental y territorial en la consulta preceptiva, se tramitarán de acuerdo al precedente capítulo II.

b) Si no precisan evaluación ambiental o esta finaliza por el procedimiento simplificado con un informe ambiental y territorial, se tramitarán de acuerdo al precedente capítulo III. No obstante, deberán cumplir las condiciones vinculantes que, en su caso, haya impuesto el informe ambiental y territorial.

3. Las nuevas soluciones propuestas deberán mantener el equilibrio del planeamiento vigente entre las dotaciones públicas y el aprovechamiento lucrativo, suplementando, en su caso, la red primaria y la red secundaria de dotaciones, de forma que cumplan con los criterios de calidad, capacidad e idoneidad exigidos según el anexo IV de esta ley.

No será necesario suplementar la supresión, total o parcial, de aquellos usos que, aun estando calificados por el planeamiento vigente como equipamiento público, el uso público implantado en su día no responda hoy a la prestación de servicios públicos. Las superficies destinadas a dichos usos no serán computables para el cálculo del estándar dotacional global.

A los efectos de verificar mantenimiento del equilibrio preexistente entre las dotaciones públicas y el aprovechamiento lucrativo, así como el mantenimiento del estándar global dotacional, únicamente se considerarán las zonas verdes calificadas en el planeamiento vigente que cumplan las condiciones funcionales y de calidad exigidos para ellas en el anexo IV de esta ley. Se exceptúan de esta regla general los supuestos de incremento de edificabilidad en suelo urbano regulados en el artículo 36.

4. La revisión y modificación de la Estrategia territorial de la Comunitat Valenciana se llevará a cabo mediante el procedimiento previsto en la presente ley. No obstante, deberá procederse a su actualización periódicamente mediante la puesta al día de los datos e informaciones de base utilizados para su elaboración, incluida su representación cartográfica y el seguimiento de sus indicadores de cumplimiento.

Esta actualización se formalizará mediante resolución de la persona titular de la conselleria competente en materia de ordenación del territorio que se publicará en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana y se divulgará a través de la página web de la referida conselleria.

5. Cuando se produzca una modificación en planes u otros instrumentos de planeamiento urbanístico que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de zonas verdes o espacios libres se requerirá un dictamen previo del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, con carácter previo a la aprobación del plan.

6. La tramitación de cualquier plan que incremente la edificabilidad residencial prevista en el planeamiento requerirá la justificación por el ayuntamiento del cumplimiento de las prescripciones contenidas en el artículo 180 bis y de la necesidad de incrementar la edificabilidad residencial para satisfacer nuevas demandas de este uso.

7. Tendrá, en todo caso, la consideración de modificación de la ordenación pormenorizada de planeamiento, a los efectos de esta ley, el cambio de un uso dotacional de la red primaria o secundaria de los previstos en el plan, por otro igualmente dotacional público, destinado a la misma o distinta administración pública. Se precisará informe de las administraciones públicas afectadas por la alteración de dicho uso.

[…]

Ciento doce. Se añade el artículo 187 quinquies:

Artículo 187 quinquies. Actuación fuera de las áreas de actuación delimitadas

En caso de incumplimiento de los deberes de rehabilitación o edificación en los plazos indicados por el plan fuera de los ámbitos de actuación regulados en el artículo 179 de esta ley, los ayuntamientos también podrán aplicar las facultades establecidas en este capítulo siempre y cuando justifiquen las razones de interés público que obligan a su tramitación, y la existencia de demanda de la edificación correspondiente. Debiendo obtener dictamen favorable del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, de forma previa a decretar el incumplimiento, sobre la efectiva existencia del incumplimiento y sobre la concurrencia de razones de interés público que justifiquen la aplicación del presente artículo.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA

LEY 5/2018, DE 22 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL GOBIERNO, DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA

–EXTRACTO–

(Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 302, del 15 de diciembre de 2018, y en el *Boletín Oficial de Cantabria*, núm. 235, de 3 de diciembre de 2018)

[…]

Artículo 12. Atribuciones como Presidente del Gobierno de Cantabria.

El Presidente, como responsable de la dirección y coordinación de las actuaciones del Gobierno de Cantabria, tiene las siguientes atribuciones:

a) Fijar las directrices generales de la acción de gobierno y asegurar su continuidad y cumplimiento.

b) Impulsar el programa legislativo del Gobierno.

c) Ejercer la superior coordinación de la elaboración de normas de carácter general.

d) Firmar los decretos aprobados por el Consejo de Gobierno.

e) Dictar los decretos a los que se refieren los artículos 16, 32, 36, 37 y 64 de esta Ley, así como aquellos otros que determine la legislación vigente.

f) Firmar los protocolos y convenios que autorice el Consejo de Gobierno en los supuestos en los que éste no faculte expresamente a un Consejero.

g) Recabar de los Consejeros la información oportuna acerca de su gestión, así como de los programas de sus respectivas Consejerías.

h) Encomendar a un Consejero el despacho de una Consejería en el caso de ausencia, enfermedad, impedimento o cese del titular de la misma.

i) Convocar las reuniones del Consejo de Gobierno, fijar el orden del día, presidir, suspender y levantar sus sesiones y dirigir sus debates y deliberaciones.

j) Resolver los conflictos de competencias entre distintas Consejerías cuando no se hubiese alcanzado acuerdo entre sus titulares, oído el Consejo de Gobierno.

k) Plantear ante el Parlamento, previa deliberación del Gobierno, la cuestión de confianza.

l) Proponer la celebración de debates generales en el Parlamento de Cantabria entre ellos el debate sobre la orientación política al que se refiere el artículo 39.2 de esta Ley.

m) Acordar la disolución del Parlamento de Cantabria, la convocatoria de elecciones al Parlamento de Cantabria, así como convocar al Parlamento electo, en los términos regulados por el Estatuto de Autonomía y la normativa aplicable en la materia.

n) Solicitar el dictamen del Consejo de Estado, u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en los supuestos en que proceda.

ñ) Las demás que expresamente le atribuyan las normas vigentes.

[…]

CAPÍTULO VI

De la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno

Artículo 45. Del ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria del Gobierno.

1. El Gobierno ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de conformidad con los principios y reglas establecidos en la legislación del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en el presente Capítulo.

2. El Gobierno, al inicio de cada periodo de sesiones, informará al Parlamento de Cantabria de la previsión de iniciativas legislativas y disposiciones reglamentarias a desarrollar en dicho periodo legislativo.

Artículo 46. Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas.

1. En el ejercicio de su iniciativa normativa, el Gobierno velará para que las normas que se aprueben resulten adecuadas, con objetivos claros, accesibles y transparentes y se ajusten a los criterios de competencia, necesidad, eficacia,

proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, eficiencia y simplicidad.

2. El principio de proporcionalidad exige que la iniciativa normativa sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado. De dicho extremo se dejará constancia, en su caso, en la correspondiente Memoria de Impacto de Análisis Normativo.

3. El principio de seguridad jurídica determina que las facultades normativas se ejerzan de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco estable y predecible, que genere confianza en la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas.

4. El principio de simplicidad exige que toda iniciativa atienda a la consecución de un marco normativo claro y poco disperso que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo.

5. Para garantizar la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de la iniciativa normativa, ésta debe partir de una identificación clara de los fines y objetivos perseguidos que, además de plasmarse en la Memoria de Impacto de Análisis Normativo, se expondrán en el preámbulo o exposición de motivos de la norma.

6. En aplicación del principio de transparencia, el Gobierno posibilitará el acceso actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en la legislación de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.

7. Cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

8. En todo caso, se procurará mantener un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos.

9. Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno. La atribución directa a los titulares de las consejerías del Gobierno tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante.

Las leyes podrán habilitar directamente a las Entidades de Derecho Público la potestad de aprobar normas cuando la naturaleza de la materia así lo exija.

Artículo 47. Inderogabilidad singular de los reglamentos.

Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar

lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aunque aquéllas procedan de órganos que tengan igual o superior rango a los órganos que aprueben éstas.

Artículo 48. Principios de jerarquía y competencia.

1. La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria no podrá dictar disposiciones generales contrarias a la Constitución, al Estatuto de Autonomía, o a las leyes, ni regular, salvo autorización expresa de una ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia del Parlamento.

2. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior.

Artículo 49. Revisión y mejora regulatoria.

1. La Administración de la Comunidad Autónoma revisará periódicamente su normativa propia para verificar su adaptación a los principios de buena regulación y comprobar el grado de cumplimiento de objetivos previstos, la corrección del coste inicialmente contemplado y la justificación de las cargas eventualmente impuestas.

La revisión y evaluación, que corresponderá a cada una de las Consejerías por razón de la materia, se efectuará de forma coordinada y su resultado se plasmará en un informe elaborado por la Consejería de Presidencia que se hará público en el Portal de Transparencia cada 2 años.

2. En el último trimestre de cada año, a propuesta de la Consejería de Presidencia y previa comunicación del resto de Consejerías, el Gobierno aprobará el Plan Normativo a que se refiere la legislación básica del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 50. De la forma y jerarquía de las disposiciones de carácter general.

1. Las disposiciones de carácter general del Gobierno y de sus miembros revisten las formas siguientes:

a) Decretos Legislativos: las disposiciones que contienen legislación delegada dictada en ejercicio de una delegación legislativa.

b) Decretos del Presidente del Gobierno: las disposiciones de carácter general del Presidente del Gobierno dictadas en ejercicio de las facultades que le atribuye el Estatuto de Autonomía y, en su caso, las leyes. Estos Decretos irán firmados por el propio Presidente del Gobierno.

c) Decretos acordados en Consejo de Gobierno: las disposiciones aprobadas

por el Consejo de Gobierno que, por tener carácter normativo, deban adoptar dicha forma jurídica. Estos Decretos irán firmados por el Presidente del Gobierno y el Consejero o Consejeros de quienes proceda la iniciativa.

d) Órdenes: las disposiciones de los Consejeros. Cuando la disposición afecte a varias Consejerías, la forma será la de Orden del Consejero que tenga atribuidas las funciones de Presidencia, dictada a propuesta de los Consejeros interesados.

2. Las disposiciones de carácter reglamentario adoptarán el siguiente orden jerárquico:

a) Disposiciones aprobadas por Decreto del Presidente del Gobierno o acordadas en Consejo de Gobierno.

b) Disposiciones aprobadas por Orden de los Consejeros.

Artículo 51. Pautas y criterios para la elaboración de normas con rango de ley y de reglamentos.

1. El procedimiento de elaboración de los proyectos de ley, proyectos de decreto legislativo y normas reglamentarias se iniciará en la Consejería o Consejerías competentes mediante la elaboración del correspondiente texto y se ajustará a las pautas, criterios y trámites de los apartados siguientes.

2. A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes y dictámenes preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

3. Durante el referido proceso se llevarán a cabo los trámites de consulta, audiencia e información pública que determine la legislación básica. Para la realización de cada uno de estos trámites deberá señalarse un tiempo suficiente que en ningún caso será inferior a quince días.

4. En los supuestos de tramitación urgente de proyecto o anteproyectos normativos no será necesario realizar la consulta previa a su elaboración.

5. Concluido el trámite de consulta previa a la elaboración del proyecto o anteproyecto normativo, la Consejería competente elaborará con carácter preceptivo una Memoria de Análisis del Impacto Normativo, que incluirá, entre otros extremos que se juzguen convenientes, referencia a la oportunidad de la propuesta, posibles alternativas, tabla de normas afectadas, título competencial que ampara la propuesta, impacto económico y presupuestario, coste de ejecución previsto con posible desagregación de cargas administrativas y un resumen de las principales aportaciones efectuadas durante el referido trámite de consulta previa.

6. Evacuados, en su caso, los trámites de consulta, audiencia e información públicas, el proyecto o anteproyecto normativo, será remitido al titular de la Secretaría General de la Consejería proponente que recabará un informe de la Asesoría Jurídica sobre la legalidad del mismo.

Terminada la redacción del texto normativo de que se trate y cumplidos los extremos contemplados en los apartados anteriores, cuanto se trate de proyectos de ley, proyectos de decreto legislativo o normas reglamentaras con forma de decreto, el Secretario General de la Consejería proponente remitirá el proyecto a las Secretarías Generales de las demás Consejerías a los efectos de la emisión por éstas del correspondiente informe, que deberá ser emitido en el plazo de diez días.

7. Cuando la propuesta normativa afecte a la organización administrativa de la Administración General de la Comunidad Autónoma o al régimen de personal funcionario no docente o laboral de régimen general, se recabará informe previo de la Consejería competente en materia de Presidencia. Asimismo, cuando la propuesta suponga aumento de gasto público o pueda incidir en el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria requerirá informe previo de la Consejería competente en materia de Hacienda. Si transcurridos quince días desde la recepción de estas solicitudes no se hubiere formulado ninguna objeción, se podrá continuar la tramitación.

8. Cuando se trate de proyectos de ley, proyectos de decreto legislativo o normas reglamentarias con forma de decreto, una vez transcurrido el plazo señalado en el apartado anterior la Consejería proponente remitirá el proyecto, con toda la documentación adicional generada, a la Dirección General del Servicio Jurídico así como, en su caso, a los órganos consultivos cuyo dictamen tenga carácter preceptivo conforme a las normas vigentes o cuya opinión se estime conveniente para garantizar el acierto y legalidad del proyecto normativo de que se trate. El dictamen de estos órganos consultivos, en su caso, se emitirá en el plazo de quince días si se trata de órganos dependientes de la Comunidad Autónoma o en el previsto en su propia normativa cuando el órgano consultivo dependa o esté vinculado a otra Administración. Salvo en el supuesto de que se requiera informe del Consejo de Estado, de solicitarse dictamen a un órgano consultivo será, en todo caso, previo al informe de la Dirección General del Servicio Jurídico que emitirá el suyo con posterioridad y en el plazo de quince días desde la solicitud por parte de la Consejería proponente.

9. Cuando se trate de proyectos de ley a remitir al Parlamento el texto irá acompañado de una Exposición de Motivos que exprese los que hubieren dado origen a su elaboración, así como los fines en cada caso perseguidos. Asimismo, el proyecto irá acompañado de la documentación a que se refiere esta Ley y la legislación sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

10. Cuando se trate de proyectos de ley, proyectos de decreto legislativo o normas reglamentarias con forma de decreto el expediente administrativo con toda la

documentación derivada del procedimiento al que se refieren los apartados anteriores será conservado en formato electrónico en la Consejería que tenga atribuidas las funciones de Presidencia.

Artículo 52. Tramitación urgente de iniciativas normativas.

1. El Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero a quien corresponda la iniciativa normativa, podrá acordar la tramitación urgente del procedimiento en los siguientes casos:

a) Cuando fuere necesario para que la norma entre en vigor en el plazo establecido por las leyes o exigido para la trasposición de directivas de la Unión Europea.

b) Cuando concurran circunstancias extraordinarias que, no habiéndose podido prever, exijan la aprobación urgente de la norma.

La Memoria del Análisis de Impacto Normativo que acompañe a la iniciativa normativa dejará constancia del acuerdo de tramitación urgente, así como de las circunstancias que le sirvan de fundamento.

2. La tramitación por vía de urgencia implicará que:

a) Todos los plazos previstos en esta o en otras normas se reducirán a la mitad.

b) No será precisa la consulta pública a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.

3. La falta de emisión en plazo de un dictamen o informe preceptivo no impedirá la continuación del procedimiento, sin perjuicio de su incorporación al mismo cuando se produzca su recepción.

Artículo 53. Publicación.

Para que produzcan efectos jurídicos, las disposiciones administrativas de carácter general, habrán de publicarse en el «Boletín Oficial de Cantabria» y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del Código Civil.

[…]

CAPÍTULO III

Anulación, revisión y revocación de actos y disposiciones

Sección 1.ª Principio general

Artículo 145. Remisión a la legislación estatal del Procedimiento

Administrativo Común.

La anulación, revisión y revocación de los actos y disposiciones en vía administrativa se regirá por lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las especialidades propias derivadas de la organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria que se regulan en la presente Ley.

Sección 2.ª Recursos administrativos

Artículo 146. Principio general.

1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2. Contra los actos firmes en vía administrativa sólo procederá el recurso extraordinario de revisión cuando concurran alguna de las circunstancias previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 147. Fin de la vía administrativa.

1. En la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria ponen fin a la vía administrativa:

a) Todos los actos y las resoluciones dictadas por el Presidente de la Comunidad Autónoma, por el Consejo de Gobierno y por sus Comisiones Delegadas.

b) Los actos de los Consejeros.

c) Los actos de todos los órganos administrativos cuando resuelvan recursos de alzada.

d) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.

e) Las demás resoluciones a las que se refiere la Ley del Procedimiento Administrativo Común y aquellas otras en las que una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.

2. Los actos y las resoluciones emanadas de órganos colegiados, excepto los del Consejo de Gobierno, se considerarán a efectos de la interposición de recursos, como dictados por su Presidente.

3. En los organismos públicos y entidades derecho público vinculados o dependientes de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, ponen fin a la vía administrativa los actos emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa.

Artículo 148. Recurso de alzada.

1. Las resoluciones y actos de los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria a que se refiere el apartado 1 del artículo 146 que no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior del que los dictó.

Asimismo, procede el recurso de alzada contra las resoluciones de los órganos internos de los organismos públicos excepto los emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, que agotarán la vía administrativa salvo que por ley se disponga otra cosa, en cuyo caso la alzada impropia procederá ante los titulares de las Consejerías a las que se adscriba o vincule el organismo de que se trate.

En el caso de que una Ley atribuya a las sociedades mercantiles o fundaciones autonómicas el ejercicio de potestades administrativas, las decisiones adoptadas por sus máximos órganos de gobierno serán recurribles en alzada ante el titular de la Consejería a la que la sociedad o fundación se halle vinculada o de la que dependa.

2. El recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el competente para resolverlo.

Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano que dictó el acto impugnado, éste deberá remitirlo al competente en el plazo de diez días, con su informe y con una copia completa y ordenada del expediente. El titular del órgano que dictó el acto recurrido será responsable directo del cumplimiento de lo previsto en el párrafo anterior.

3. Contra la resolución de un recurso de alzada no cabrá ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión, en los casos establecidos en la legislación básica estatal.

4. A estos efectos tendrán la consideración de órgano superior.

a) Los Consejeros respecto de los actos de los Secretarios Generales y Directores Generales.

b) Los Secretarios Generales y Directores Generales en virtud de su competencia material, respecto de los actos dictados por las unidades administrativas

que de ellos dependan.

5. Los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos.

6. La jerarquía en el resto de los órganos administrativos vendrá determinada por las disposiciones de su estructura orgánica.

Artículo 149. Recurso potestativo de reposición.

1. Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. Contra la resolución de un recurso de alzada, reposición, extraordinario de revisión o cualquier otro recurso administrativo no podrá interponerse recurso potestativo de reposición.

3. No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente, o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

Artículo 150. Recurso extraordinario de revisión.

1. Contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión cuando se den las circunstancias que establece la legislación estatal.

2. Será competente para conocer del recurso extraordinario de revisión el órgano administrativo que haya dictado el acto o la resolución objeto del recurso.

Artículo 151. Reclamaciones económico-administrativas.

1. Los actos de gestión, liquidación y recaudación de tributos propios de la Comunidad Autónoma de Cantabria y de otros ingresos de Derecho público de la misma, así como los de reconocimiento o liquidación de obligaciones tributarias y cuestiones relacionadas con las operaciones de pago de las mismas realizadas con cargo a la Tesorería General de la Comunidad Autónoma de Cantabria, son susceptibles de reclamación económico-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interponer previamente con carácter potestativo recurso de reposición en los términos previstos en la legislación específica.

2. El conocimiento y resolución de las reclamaciones económico-administrativas corresponderá a la Junta Económico-Administrativa.

No se admitirán reclamaciones respecto de los actos dictados en aquellos procedimientos en los que la resolución del titular de la Consejería competente en materia de Hacienda ponga fin a la vía administrativa.

3. La composición de la Junta Económico-Administrativa se determinará en función del número y la naturaleza de las reclamaciones y su funcionamiento se ajustará a los principios de legalidad, gratuidad, inmediación y rapidez.

4. Las resoluciones de la Junta Económico-Administrativa pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles en vía contencioso-administrativa.

Sección 3.ª Requerimientos previos

Artículo 152. Requerimientos previos.

1. En los litigios entre Administraciones públicas no cabe interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, el Gobierno, a propuesta motivada de la Consejería o Consejerías afectadas, y previo informe de la Dirección General del Servicio Jurídico, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material o inicie la actividad a que esté obligada.

2. El Gobierno será el órgano competente para conocer de los requerimientos que otras Administraciones dirijan a la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Los acuerdos en esta materia serán adoptados por el Gobierno a propuesta motivada de la Consejería o Consejerías afectadas, y previo informe de la Dirección General del Servicio Jurídico.

Sección 4.ª Revisión de oficio de actos y disposiciones

Artículo 153. Revisión de oficio de actos y disposiciones nulos.

1. Corresponde al órgano autor del acto o disposición incoar el procedimiento de revisión de oficio, así como tramitar, en su caso, las solicitudes de los interesados.

2. Corresponde en todo caso al Gobierno resolver los procedimientos de revisión de oficio de disposiciones y actos nulos.

3. En el caso de las entidades de derecho público corresponde al Gobierno resolver los procedimientos de revisión de oficio de los actos y disposiciones dictadas por el máximo órgano de dirección unipersonal o colegiada. En otro caso, la resolución corresponde a los máximos órganos rectores de la entidad.

Artículo 154. Declaración de lesividad.

1. Los procedimientos para declarar la lesividad de los actos anulables serán incoados por el órgano autor del acto.

2. La declaración previa de lesividad para los actos anulables se adoptará siempre por el Gobierno.

Sección 5.ª Revocación de actos y rectificación de errores

Artículo 155. Revocación y rectificación.

La revocación de los actos de gravamen o desfavorables y la rectificación de los errores materiales, de hecho, o aritméticos corresponderá al propio órgano administrativo que haya dictado el acto.

[…]

Artículo 159. Especialidades en materia de responsabilidad patrimonial.

1. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial se tramitarán con arreglo a lo dispuesto en la legislación estatal, con las especialidades derivadas de la organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

2. Sin perjuicio del preceptivo dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico cuando, de acuerdo con su normativa reguladora, éste sea necesario, en los expedientes de responsabilidad patrimonial deberá emitirse informe por el servicio que tenga encomendado el asesoramiento jurídico de la Consejería que haya instruido el procedimiento o de la que dependa el organismo público que lo haya sustanciado.

3. Cuando la cuantía de las indemnizaciones reclamadas determine que el procedimiento de responsabilidad patrimonial deba ser resuelto por el Gobierno será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado.

4. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial serán resueltos por el Consejero respectivo hasta el límite establecido para la contratación respecto de los contratos de obras y por el Gobierno en los demás casos o cuando expresamente se disponga por ley. En las entidades de derecho público la reclamación se resolverá por los órganos a quien corresponda según la norma de creación de los mismos.

[…]

CAPÍTULO VI
De la contratación

Artículo 166. Régimen.

Los contratos que celebre la Administración General y el Sector Publico Institucional de la Comunidad Autónoma se regirán por la legislación básica del Estado y por la normativa autonómica de desarrollo de la misma.

Artículo 167. Órganos de contratación.

1. Los Consejeros son los órganos ordinarios de contratación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Cantabria, sin perjuicio de las facultades que en esta materia tiene atribuidas el Gobierno, y están facultados para celebrar en su nombre los contratos en el ámbito de su competencia.

2. La ley de creación de las entidades de derecho público determinará los órganos de contratación de sus respectivos entes, pudiendo fijar los titulares de las Consejerías a que se hallen adscritos la cuantía a partir de la cual será necesaria su autorización para la celebración de los contratos.

Artículo 168. Autorización del Gobierno.

1. Será necesaria la autorización del Gobierno para la celebración de los contratos, en los siguientes supuestos:

a) Cuando el presupuesto fuera indeterminado, siempre que no impliquen gastos de carácter periódico o de tracto sucesivo, o superior a la cantidad que se fije en las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

b) En los contratos que tengan un plazo de ejecución superior a un año y hayan de comprometerse fondos de futuros ejercicios económicos.

2. En los contratos que, de acuerdo con lo previsto en los párrafos anteriores, requieran la autorización del Gobierno, ésta se producirá con carácter previo a la aprobación del expediente de contratación que, al igual que la aprobación del gasto, corresponderá al órgano de contratación.

3. El Gobierno podrá reclamar discrecionalmente el conocimiento y autorización de cualquier otro contrato. Igualmente, el órgano de contratación podrá elevar un contrato no comprendido en los supuestos precedentes a la consideración del Gobierno.

4. Cuando el Gobierno autorice la celebración del contrato deberá autorizar igualmente su modificación y resolución, así como su prórroga, salvo que esta última no suponga incremento de gasto.

5. Las facultades de contratación podrán ser objeto de desconcentración mediante decreto aprobado por el Consejo de Gobierno.

6. El régimen de autorizaciones exigibles a los contratos privados patrimoniales se rige por lo dispuesto en la legislación del Patrimonio de la

Comunidad Autónoma.

Artículo 169. Aprobación de pliegos.

1. Corresponde al Gobierno, previo informe de la Dirección General del Servicio Jurídico, y del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente, por este orden, la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales.

2. Asimismo, le corresponde al Gobierno la aprobación de los pliegos de prescripciones técnicas generales, los de cláusulas administrativas particulares en los que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a las previstas en aquéllos, así como la aprobación de modelos tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares, y de contratos tipo de general aplicación a los contratos de naturaleza análoga.

3. Corresponde a los Consejeros, previo informe de la unidad de asesoramiento jurídico de su Consejería respectiva, la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que hayan de servir de base a cada contrato, salvo que se utilicen modelos tipo en cuyo caso no será necesario informe jurídico.

4. Corresponde a los Consejeros aprobar los proyectos técnicos y los pliegos de prescripciones técnicas particulares.

5. Las entidades de derecho público, ejercerán las competencias a que se refieren los apartados precedentes de conformidad con su normativa reguladora.

Artículo 170. Competencias procedimentales.

1. Corresponden a la Consejería o entidad de derecho público competente por razón de la materia, a través del órgano que tenga asignada la función, las actuaciones administrativas preparatorias del contrato, su adjudicación, la ejecución del mismo, su seguimiento y su control.

2. Corresponde a la Consejería que tenga atribuidas las competencias en materia de Presidencia, a través de los órganos que tengan asignada la función, la tramitación de los expedientes de contratación y de los expedientes correspondientes a la adjudicación, suspensión, modificación y extinción de los contratos, sin perjuicio de los trámites que correspondan a los órganos de las Consejerías u organismos públicos promotores de la contratación.

Artículo 171. Contratos menores.

1. Quedan exceptuados de lo previsto en el artículo anterior los denominados contratos menores, definidos así por su cuantía, que será la que establezca el Gobierno, dentro siempre de los límites máximos que fije la legislación estatal sobre contratación pública. La tramitación del expediente corresponderá a los Secretarios Generales de las distintas Consejerías que tengan competencia por razón

de la materia.

2. La tramitación del expediente en las entidades de derecho público corresponderá a los órganos determinados por su normativa reguladora.

3. Los contratos menores serán publicados en el «Boletín Oficial de Cantabria» con una periodicidad trimestral.

Artículo 172. Garantías.

1. La prestación de garantías por los licitadores y adjudicatarios de los contratos se realizará en las formas previstas en la legislación de contratos del Sector público y se constituirán en la Tesorería General a disposición de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

2. Por resolución del titular de la Consejería que tenga atribuidas las competencias en materia de Presidencia se autorizará la devolución de las garantías cuando legalmente proceda.

Artículo 173. Formalización de contratos.

Cada órgano de contratación será el facultado para formalizar todos los contratos que correspondan al ámbito de su competencia.

Artículo 174. Registro público de contratos.

La Consejería que tenga atribuidas las competencias en materia de Presidencia gestionará un registro público de los contratos que celebre tanto la Administración como las Entidades del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria y dará cuenta de los contratos celebrados, de sus modificaciones, prórrogas o variaciones de plazo y de su extinción en los términos establecidos en la legislación contractual del sector público y demás que resulte aplicable. Su contenido será publicado en el Portal de Transparencia.

Artículo 175. Contratación centralizada.

1. El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria promoverá la contratación centralizada. Así podrá declarar la contratación centralizada de los suministros, obras y servicios que se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas por los órganos y entidades del sector público autonómico.

2. El acuerdo por el que se declare la contratación centralizada determinará tanto la clase de bienes, obras o servicios a que se refiere como los órganos y entidades del sector público autonómico cuyas necesidades se trata de satisfacer.

3. La Consejería que tenga atribuidas las competencias en materia de

Presidencia operará como central de compras, salvo que en el acuerdo previsto en el apartado anterior se prevea otra cosa, correspondiendo la financiación de los contratos al organismo peticionario.

Artículo 176. Prerrogativas de la Administración.

1. Corresponde al órgano de contratación dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley y en la legislación básica, ostentar la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

2. Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

3. En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista.

4. Los acuerdos a que se refieren los apartados anteriores deberán ser adoptados previo informe de la unidad de asesoramiento jurídico correspondiente de cada Consejería o, en su defecto, de la Dirección General del Servicio Jurídico.

5. No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente, en los casos previstos en la legislación de contratos del Sector Público.

Artículo 177. Mesa de Contratación.

1. Existirá una Mesa de Contratación común para la Administración General de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que ejercerá las funciones que le encomiende la legislación vigente en todas aquellas Consejerías en las que no se cree una Mesa de Contratación propia.

2. La Mesa de Contratación común para la Administración General estará integrada por:

a) El Presidente, que será el titular de la Consejería de Presidencia o persona de su departamento en quien delegue.

b) Cuatro vocales, que serán desempeñados por un Director General, o persona que lo supla, de la Consejería a que el contrato se refiera; un Letrado de la Dirección General del Servicio Jurídico; el Interventor General o su delegado, y un funcionario técnico especializado en la materia del contrato, designado por el órgano de contratación de la Consejería al que el contrato se refiera.

c) El Secretario, que será desempeñado por el Jefe de la unidad de contratación de la Consejería de Presidencia, o persona de su unidad en quien delegue.

Asimismo, la Mesa de Contratación común de la Administración General actuará como Mesa de Contratación del sistema autonómico de contratación centralizada, salvo en aquellas Consejerías que dispongan de mesa de contratación.

3. La Mesa de contratación propia de cada Consejería estará constituida por un presidente, un mínimo de cuatro vocales y un secretario, designados por el órgano de contratación, el último entre funcionarios del mismo. Entre los vocales deberá figurar necesariamente un Letrado de la Dirección General del Servicio Jurídico y un Interventor, que podrá ser sustituido por un funcionario de la Intervención General designado por su titular.

[…]

Disposición adicional séptima. Habilitación al Gobierno para reducir los supuestos de silencio negativo o desestimatorio.

Se habilita al Gobierno para proceder, mediante decreto, a la adaptación de los procedimientos en los que el silencio administrativo tiene efectos desestimatorios, a los efectos de otorgarles efectos estimatorios.

Se exceptúan aquellos supuestos en los que los efectos desestimatorios vengan establecidos por una norma estatal o de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional que resulte de aplicación a la Comunidad Autónoma de Cantabria.

En ningún caso se podrán establecer por decreto del Gobierno nuevos supuestos de desestimación por silencio.

[…]

Información Institucional

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL

En las páginas que siguen se da cuenta de los cambios que se han dado en la composición de algunos de los órganos consultivos. La práctica totalidad de las alteraciones en la formación de los plenos de los órganos consultivos que se reseñan responden a modificaciones de carácter puntual debido a renuncias de algunos miembros y su correspondiente sustitución. Pero también se consignan la renovación total de los Consejos Consultivos de Castilla y León y del Principado de Asturias, tras la finalización de los mandatos de los anteriores miembros.

CONSEJO DE ESTADO

Presidenta

Excma. Sra. D.ª María Teresa Fernández de la Vega Sanz

Consejeros y Consejeras Permanentes

Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina
Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón
Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret
Excmo. Sr. D. Alberto Aza Arias
Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego
Excma. Sra. D.ª Victoria Camps Cervera
Excmo. Sr. D. Enrique Alonso García

Consejeros natos y Consejeras natas

Excmo. Sr. D. Santiago Muñoz Machado
Excmo. Sr. D. Manuel Pizarro Moreno
Excmo. Sr. D. Marcos Peña Pinto
Excma. Sra. D.ª María José Segarra Crespo
Excmo. Sr. D. Fernando Alejandre Martínez
Excma. Sra. D.ª Victoria Ortega Benito
Excmo. Sr. D. Antonio Pau Pedrón
Excma. Sra. D.ª Consuelo Castro Rey
Excma. Sra. D.ª María Yolanda Gómez Sánchez
Excmo. Sr. D. Pablo Hernández de Cos

Consejeros electivos y Consejeras electivas

Excma. Sra. Dª. Amelia Valcárcel Bernaldo de Quirós
Excmo. Sr. D. Juan José Laborda Martín
Excmo. Sr. D. José Antonio Ortega y Díaz-Ambrona
Excmo. Sr. D. Juan Carlos Rodríguez Ibarra
Excmo. Sr. D. José María Michavila Núñez

Excmo. Sr. D. Jordi Guillot i Miravet
Excma. Sra. D.ª María Emilia Casas Baamonde
Excma. Sra. D.ª Elisa Pérez Vera
Excma. Sra. D.ª Soraya Sáenz de Santamaría Antón

Secretaria General
Excma. Sra. D.ª Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

Presidente
D. Albert Lamarca i Marquès

Miembros
D.ª Maria Mercè Darnaculleta i Gardella
D. Francesc Esteve i Balagué
D.ª Marta Franch i Saguer
D. Alfredo Galán Galán
D. Francesc Homs i Molist
D. Marc Marsal i Ferret
D. Carles Mundó i Blanch
D. Joan Pagès i Galtés
D.ª Eva Pons i Parera
D.ª Sonia Ramos i González
D. Ferran Requejo i Coll
D. Lluís Saura i Lluvià
D. Joan Manuel Trayter i Jiménez
D. Antoni Vaquer i Aloy

Secretaria
D.ª Francesca Mas i Casanovas

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Presidente
Excmo. Sr. D. Juan B. Cano Bueso

Consejeros electivos y Consejeras electivas
Ilma. Sra. D.ª Eva Blanco Argente del Castillo
Ilma. Sra. D.ª Ana Cañizares Laso
Ilmo. Sr. D. Joaquín Cifuentes Díez
Ilmo. Sr. D. José Manuel Jareño Rodríguez-Sánchez
Ilma. Sra. D.ª Soledad López Fernández
Ilmo. Sr. D. Fernando Yélamos Navarro

Consejeros electivos y Consejeras electivas con dedicación exclusiva
Ilma. Sra. D.ª Begoña Álvarez Civantos
Excmo. Sr. D. Rafael Escuredo Rodríguez
Ilma. Sra. D.ª María Jesús Gallardo Castillo
Ilmo. Sr. D. Juan Gorelli Hernández
Ilma. Sra. D.ª María del Mar Moreno Ruiz
Ilmo. Sr. D. Ángel Rodríguez-Vergara Díaz

Consejeros natos y Consejeras natas
Ilmo. Sr. D. Jesús Jiménez López
Ilmo. Sr. D. Joaquín José López-Sidro
Ilmo. Sr. D. Rafael López Cantal
Excmo. Sr. D. Vicente A. Oya Amate
Excma. Sra. D.ª Ana Tárrago Ruiz

Secretaria General
D.ª M.ª Angustias Linares Rojas

CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA

Presidente
Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén

Consejeros
Excmo. Sr. D. Manuel Martínez Ripoll
Excmo. Sr. D. Luis Alberto Gálvez Muñoz

Letrado-Secretario General
D. Manuel Mª Contreras Ortiz

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN

Presidente
D. Agustín S. de Vega

Consejero electivo
D. Francisco Ramos Antón

Consejera electiva
D.ª María del Valle Ares González

CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

Presidenta
D.ª Begoña Sesma Sánchez

Consejeras y Consejero
D.ª María Isabel González Cachero
D. Jesús Enrique Iglesias Fernández
D.ª Eva María Menéndez Sebastián
D.ª Dorinda García García

Secretario General
D. Agustín Iriondo Colubi

ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO DE LA *REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA*

Deiane Agirrebaltzategi Sánchez
Letrada de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi desde el año 2007. Asesora jurídica de la Dirección de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento del Gobierno Vasco durante los años 2002 a 2006. Máster en Derechos fundamentales y poderes públicos por la Universidad del País Vasco. Actualmente está cursando el Máster Interuniversitario en Derecho de la Administración Pública impartido por la Universitat Rovira i Virgili y la Universidad de Zaragoza.

Concepción Barrero Rodríguez
Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla.

Patricia Boix Maño
Letrada Mayor del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana
Profesora Asociada, Departamento Derecho de la Universitat de València.

Beatriz Bosch Marco
Abogada. Profesora de Derecho Constitucional de la Universitat de València

Vanessa Brea Lago
Licenciada en Derecho por la Universidad de Santiago.
Funcionaria del Cuerpo Superior de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Galicia (A1).
Título de Directivo Público Profesional.
Secretaria del Pleno y de las Secciones del Consello Consultivo de Galicia.

Juan Cano Bueso
Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía desde Febrero de 2002 y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Almería. Con anterioridad fue Secretario General y Letrado Mayor del Parlamento durante las tres primeras legislaturas (1982-1994), Secretario de la Junta Electoral de Andalucía (1985-1994) y Consejero del Consultivo de Andalucía (1996-2002).
Es autor de más de 100 publicaciones entre ellas de cincuenta y seis monografías (sólo o en colaboración) y más de 30 artículos en revistas especializadas.
Asimismo, ha sido Vocal de la Junta Directiva de la Asociación Española de Derecho Constitucional, miembro del Patronato del Centro de Estudios Andaluces, Medalla de Oro del Ilustre Colegio de Abogados de Melilla en octubre 2010, Medalla de Oro de la Universidad de Almería en marzo 2010, Director de la Cátedra Rafael Escuredo de Estudios sobre Andalucía, desde febrero de 2011 y forma parte del Consejo Editorial de varias revistas jurídicas de prestigio.

Carlos Fernández Esquer
Investigador predocotoral (FPI-UAM) de la Universidad Autónoma de Madrid

Fernando García Mengual
Letrado de las Corts Valencianas.
Doctor en Derecho. Profesor asociado de Derecho Constitucional en la Universitat de València y en la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir». Ha sido Secretario General del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (2013-2018).
Autor de varios artículos en obras colectivas y publicaciones periódicas especializadas en Derecho Constitucional.

Felipe Iglesias González
Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid

Agustín Iriondo Culubi
Letrado del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Beatriz Martín Lorenzo
Letrada del Consejo Consultivo de Castilla y León desde el año 2010 y del Tribunal de Recursos Contractuales de Castilla y León desde su puesta en funcionamiento en 2012. Pertenece al Cuerpo de Letrados de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León desde 1994, en la que ha desarrollado la función contenciosa de representación y defensa en juicio de los intereses de la Comunidad Autónoma en la Asesoría Jurídica de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Zamora, y la función consultiva en las Asesorías Jurídicas de las Consejerías de Fomento, de Industria, Comercio y Turismo, de Administración Autonómica y de Justicia e Interior y como Letrada Jefe en la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León. Ha cursado el programa de Doctorado «Derecho y Economía Públicos» e impartido docencia en la Escuela de Práctica Jurídica en el curso anual sobre «Derecho de la Comunidad de Castilla y León», en la Universidad de Valladolid.

Óscar Mateos y de Cabo
Profesor titular de Derecho Constitucional de la Unversidad Rey Juan Carlos.

Roberto Pérez Sánchez
Letrado Vocal y Secretario de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid

Carmen María Salgueiro Moreira
Licenciada en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, con obtención del Premio Extraordinario Fin de Carrera. En el año 2007 accede por oposición al Cuerpo Superior de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, escala de letrados. Ha ocupado los puestos de letrada del Gabinete Territorial

de Santiago de Compostela de la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia, de letrada asesora de la Consellería de Economía e Industria, de letrada del Consello Consultivo de Galicia y de Jefa de Gabinete de Desarrollo Legislativo de la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia.
Es colaboradora en la impartición de cursos de la Escuela Gallega de Administración Pública y de la Agencia Gallega de Conocimiento en Salud, y ha prestado también colaboración en materia formativa en las Universidades de Santiago de Compostela y A Coruña. Así mismo es autora de artículos publicados en la revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia y en el libro Ley 39/2015 comentada por letrados de la Xunta de Galicia.

Alba Soriano Arranz
Graduada en derecho y ciencias políticas y de la administración pública por la Universitat de València, tiene también un máster en Economía Política Internacional de la London School of Economics y el máster de abogacía de la Universitat Oberta de Catalunya. Actualmente es investigadora en formación en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universitat de València.

José Suay Rincón
Nacido en Valencia el 10 de agosto de 1960. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (con Tesis de Licenciatura) y Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia) (con Tesis Doctoral galardonada con el Premio Luigi Ravà, a la mejor tesis en Derecho Público). Es Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria desde 1991. Fue antes Profesor Titular de la misma disciplina en la Universidad Complutense de Madrid (1986-1991) y Profesor de la Universidad San Pablo CEU (1989-1991). Ha impartido docencia en las Licenciaturas de Derecho, Ciencias Económicas y Empresariales y Políticas y Sociología, así como en las Diplomaturas de Relaciones Laborales y de Turismo y en el Grado de Derecho y de Turismo. Ha cubierto diversas estancias en universidades extranjeras, como investigador (Friburgo, Alemania) y como profesor visitante (Ferrara, Italia). Autor de cuatro monografías (entre otras, una, sobre el principio de igualdad; y otra, sobre sanciones administrativas) y de más de un centenar de publicaciones (obras colectivas y artículos de revistas). Tiene reconocidos cuatro sexenios como complemento de investigación. Evaluador externo de distintas revistas (entre ellas, la Revista de Administración Pública y la Derecho Urbanístico) e instituciones (MEC y ANEP). Ha impartido también más de cien conferencias a lo largo de toda la geografía española (en instituciones de todo tipo). Director de tesis doctorales, ha sido miembro asimismo de diversos tribunales de tesis y de oposiciones (plazas de profesorado: Titulares de Universidad, Cátedras de Escuela Universitaria y Cátedras de Universidad, Letrados del Parlamento de Canarias y del Consejo Consultivo de Canarias). Ha sido Director de los Departamentos de Ciencias Jurídicas y de Derecho Público de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, así como miembro de su Claustro y de su Junta de Gobierno. También ha sido Magistrado (Suplente) de la Sala de lo Contencioso administrativo de Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Durante diez años, fue Consejero del Consejo Consultivo de

Canarias y Secretario de su Pleno. Es Magistrado por el turno de juristas de reconocido prestigio de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, donde quedó adscrito inicialmente a su Sección Quinta (Urbanismo y Ordenación del Territorio, Medio Ambiente y Dominio Público Marítimo-Terrestre); después pasó a integrar su Sección Primera para la Admisión de los nuevos recursos de casación; y con posterioridad regresó a su sección originaria (que, por otra parte, suma a las anteriores su competencia sobre otras materias, Expropiación Forzosa, Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador y de la Administración, Nacionalidad, Asilo y Extranjería, Propiedades Especiales, Extradición e Indultos). Recientemente, ha sido nombrado de nuevo Consejero del Consejo Consultivo de Canarias.

CONSEJO DE REDACCIÓN DE LA REFC

Margarita Soler Sánchez
Presidenta del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Profesora Titular de Derecho Consitucional de la Universitat de València.

Enrique F. Fliquete Lliso
Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.
Abogado. Doctor en Derecho.
Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universitat de València.

Faustino de Urquía Gómez
Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.
Magistrado emérito de la Audiencia Provincial de Alicante.

Asunción Ventura Franch
Consejera Jurídica Consultiva de la Comunitat Valenciana.
Profesora Titular de Derecho Consitucional de la Universitat Jaume I de Castelló.

Mª Carmen Pérez Cascales
Consejera Jurídica Consultiva de la Comunitat Valenciana. Abogada.

Joan Carles Carbonell Mateu
Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.
Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de València.

Francisco Camps Ortiz
Consejero nato del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.
Expresidente de la Generalitat Valenciana.
Doctor en Derecho.

Joan Tamarit i Palacios
Secretario General del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.
Abogado.

Vicente Garrido Mayol
Presidente de honor del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat de València. Abogado.

José R. Díez Cuquerella
Consejero-Vicepresidente emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Fiscal en excedencia. Abogado.

Vicente Cuñat Edo
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universitat de València. Abogado.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Alberto Jarabo Calatayud
Magistrado.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Ana Castellano Vilar
Abogada.
Consejera emérita del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Joan Ignasi Pla i Durà
Abogado. Técnico de Administración General en excedencia.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

María Luisa Mediavilla Cruz
Magistrada.
Ex Consejera Jurídica Consultiva de la Comunitat Valenciana.

Federico Fernández Roldán
Técnico Superior de la Generalitat Valenciana.
Ex Consejero Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana.

Secretario:
Fernando García Mengual
Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir» y de la Universitat de València.

NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA *REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA* PARA LOS AUTORES

1. Temas de interés. La *Revista Española de la Función Consultiva (REFC)* publica trabajos de investigación originales sobre la función consultiva en el ámbito jurídico.

2. Envío de originales. Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en castellano, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia), y además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM a la dirección:

Revista Española de la Función Consultiva
Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana
Palacio de Santa Bárbara
Pza. de San Nicolás, 2
46001 València

bien por correo electrónico a la dirección
refc@gva.es

3. Formato. Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12, con interlineado doble en el cambio de párrafo. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título (y su traducción al inglés), sumario del artículo, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 150 palabras cada uno y entre tres y cinco palabras clave (en los dos idiomas).

4. Normas de edición:

a) Bibliografía. Las referencias bibliográficas, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en versales, del autor, bajo el título "Bibliografía" y al final del original. Ejemplo:

Ruiz Miguel, Carlos, Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos. Madrid: Dykinson, 1995.

Bosch Benítez, Oscar, Consejo de Estado y Consejo Consultivo de Canarias: problemas de articulación de la competencia consultiva en el Estado autonómico. *Actualidad Administrativa*, 1987, nº 44, pp. 2.497-2.511.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: Cano Bueso (2010a) y Cano Bueso (2010b).

b) Notas a pie de página. Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice.

c) Citas. Las citas irán entrecomilladas. Si exceden de tres líneas irán separadas del cuerpo principal del texto, sangradas, a espacio sencillo. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

5. Proceso de publicación. La *Revista Española de la Función Consultiva* acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción.

El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos atendiendo a los informes de, al menos, dos evaluadores externos y anónimos. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación no excederá de seis meses. Esta decisión se comunicará al autor y, en caso afirmativo, se le indicará el número de la REFC en el que se incluirá el trabajo.

Los artículos que sean devueltos por no cumplir con las normas de publicación podrán ser reenviados de nuevo una vez hechas las oportunas modificaciones.

Los artículos que hayan sido solicitados a sus autores por la REFC y aquellos que deriven de ponencias y comunicaciones en Jornadas y Seminarios no serán sometidos al proceso al que se refiere esta norma.

6. *Copyright*. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) expresamente y por escrito a la *REFC,* en exclusiva*,* los derechos de reproducción. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.

7. Reseñas. La REFC no publica reseñas ni recensiones de libros, salvo las expresamente solicitadas.

8. Advertencia. Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

9. Responsabilidad. De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. La publicación de los diferentes artículos no implica adhesión ni conformidad de la REFC con las opiniones mantenidas por los autores.

REVISTA ESPAÑOLA DE LA

Función Consultiva

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Suscripción anual (dos números):

- España: 30 € (gastos de envío incluidos).
- Europa: 44 € (gastos de envío incluidos).
- Países no europeos: 66 € (gastos de envío incluidos).

DATOS DEL SUSCRIPTOR

Nombre _____ NIF/CIF _____
Dirección _____
Localidad _____ Código postal _____
Provincia _____ E-mail _____
Teléfono _____ Fax _____

FORMA DE PAGO

- Ingreso en la cuenta corriente de Caixabank: ES90 2100 6621 8522 0018 2947
- Transferencias internacionales: ES90 2100 6621 8522 0018 2947

La suscripción no quedará formalizada hasta recibir copia del comprobante del ingreso realizado.

FECHA Y FIRMA

Remitir el boletín de suscripción a:

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Biblioteca.
Palacio de Santa Bárbara. Plaza de San Nicolás, 2. València 46001.
E-mail: refc@gva.es

Adquisición de ejemplares sueltos en Llibreries Llig:

C/ Navellos, 15
46003 València
Tel.: 963 424 756
Fax: 963 425 855
E-mail: llig@gva.es

C/ Major, 78
(Casa dels Caragols)
12001 Castellón de la Plana
Tel.: 964 358 270
Fax: 964 358 271

Av. del Doctor Gadea, 10
(Casa de las Brujas)
03001 Alicante
Tel.: 965 935 408
Fax: 965 935 405