

Revista Española
de la
Función Consultiva

CONSEJO ASESOR

Excma. Sra. D.ª Magdalena Valerio Cordero*
Presidenta del Consejo de Estado

Hble. Sr. D. Joan Vintró Castells
President del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya

D. Jaume Vernet i Llobet
President de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya

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

D. Felio José Bauzá Martorell
President del Consell Consultiu de les Illes Balears

Excma. Sra. D.ª María Jesús Gallardo Castillo
Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía

Hble. Sra. D.ª Margarita Soler Sánchez
Presidenta del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

D. Xavier de Pedro Bonet
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón

Excmo. Sr. D. José Ignacio Pérez Sáenz
Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja

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

Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Irizar Ortega
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

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

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

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

D. Agustín S. de Vega
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León

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

D. Javier de Manueles Muñoz
Presidente de la Comisión Jurídica de Extremadura

Ilma. Sra. D.ª 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, María del Carmen Pérez Cascales, Joan Carles Carbonell Mateu, Javier de Lucas Martín, Fernanda María Lapresta Gascón, 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, Faustino de Urquía Gómez, Asunción Ventura Franch.

Secretario
Fernando García Mengual

*Con fecha 13/02/2024 ha cesado como presidenta de la Institución. Al cierre de este número no ha tomado posesión de su cargo la nueva presidenta D.ª Carmen Calvo Poyato.

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

Revista Española de la
FUNCIÓN
CONSULTIVA

36

JULIO-DICIEMBRE
2021

XXI JORNADAS NACIONALES DE LA
FUNCIÓN CONSULTIVA



Edita: Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Maquetación: Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

ISSN: 2792-5641

Depósito Legal: V-4523-2

SUMARIO

PRESENTACIÓN -----	11
ESTUDIOS -----	13
XXI Jornadas Nacionales de la Función Consultiva. Consejo Consultivo de Canarias	15
ANTONIO DOMÍNGUEZ VILA. La Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de cambio climático y transición energética de Canarias	17
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. La responsabilidad del Estado-legislador tras la Sentencia TJUE de 28 de junio de 2022.....	37
RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE. Límites a las facultades de revisión de los actos administrativos nulos del artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo común. Examen de los criterios jurisprudenciales y doctrinales para su aplicación.	47
FRANCISCO. JOSÉ VILLAR ROJAS. La prohibición de ejercicio de la potestad de revisión de actos administrativos nulos.	69
Otros estudios	91
IGNACIO GRANADO HIJELMO. Quien puede lo más, puede lo menos.....	93
DICTÁMENES -----	157
CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA	
Dictamen 38/2022, de 27 de julio, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial instada ante la Administración Sanitaria por daños morales y extra patrimoniales derivados de la errónea identificación en el momento del nacimiento.	159
CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA	
Dictamen 117/2022, 1 de enero, sobre la consulta facultativa en relación a la legalidad de la creación de la sede electrónica del Consejo de Transparencia de la Región de Murcia.	181
CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS	
Dictamen 113/2022, de 26 de mayo, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Langreo formulada por los daños sufridos al ser atacada por un perro en la vía pública.	203

JURISPRUDENCIA----- 219

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 147/2022, del Tribunal Constitucional, de 29 de noviembre de 2022. 221

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia núm. 1360/2023, del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª), de 31 de octubre de 2023 (recurso 453/2022). 235

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS----- 267

RECENSIÓN del libro de Ana María Barrachina Andrés y Francisco Javier Durán García (Coordinadores), *Práctica Local Contencioso-administrativa*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2022.

Rafael D. Agulló Mateu 269

NORMATIVA DE INTERÉS----- 271

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

Reforma del Reglamento del Parlamento de Canarias..... 273

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística. 277

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

Ley 2/2023, de 14 de marzo, por la que se modifica la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia. .. 283

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL----- 287

Consejo de Estado 289

Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya 290

Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya.... 290

Consejo Consultivo de Canarias 291

Consell Consultiu de les Illes Balears 291

Consejo Consultivo de Andalucía 292

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana 293

Consejo Consultivo de Aragón 293

Consejo Consultivo de La Rioja 294

Consello Consultivo de Galicia	294
Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha	294
Consejo Jurídico de la Región de Murcia	295
Consejo Consultivo de Navarra.....	295
Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.....	295
Consejo Consultivo de Castilla y León	296
Consejo Consultivo del Principado de Asturias	296
Comisión Jurídica de Extremadura	296
Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.....	297
Escriben en este número -----	299
Consejo de Redacción-----	301
Instrucciones a las autoras y autores-----	303

TABLE OF CONTENTS

PRESENTATION -----	11
STUDIES -----	13
XXI National Consultative Function Days. Consultative Council of Canary Islands.....	15
ANTONIO DOMÍNGUEZ VILA. Law 6/2022, of December 27, on climate change and energy transition of the Canary Islands.....	17
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. The responsibility of the State-legislator after the CJEU Ruling of June 28, 2022.....	37
RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE. Limits on the powers of review of null administrative acts of article 110 of the Common Administrative Procedure Law. Examination of the jurisprudential and doctrinal criteria for its application.	47
FRANCISCO. JOSÉ VILLAR ROJAS. The prohibition of the exercise of the power to review null administrative acts.	69
Other studies.....	91
IGNACIO GRANADO HIJELMO. Who can do the most, can do the least.....	93
OPINIONS -----	157
CONSULTATIVE COUNCIL OF LA RIOJA.....	159
Opinion 38/2022, of July 27. Claim for financial liability filed with the Health Administration for moral and non-pecuniary damages derived from the erroneous identification at the time of birth and subsequent stay in the San Millán-San Pedro de Logroño hospital complex.....	159
LEGAL COUNCIL OF THE REGION OF MURCIA.....	181
Opinion 117/2022, of January 1, on the optional consultation in relation to the legality of the creation of the electronic headquarters of the Transparency Council of the Region of Murcia.	181
CONSULTATIVE COUNCIL OF THE PRINCIPALITY OF ASTURIAS.....	203
Opinion 113/2022, of May 26. Claim for financial liability filed before the Langreo City Council, for the damages suffered when being attacked by a dog on public roads.	203

CASE LAW ----- 219

CONSTITUTIONAL COURT

Sentence 147/2022 of the first chamber of the constitutional court, of November 29, 2022. appeal for protection 3209/2019. 221

SUPREME COURT

Sentence 1360/2023, of the supreme court (contentious-administrative chamber, section 3), of October 31, 2023 (recourse 453/2022). 235

BIBLIOGRAPHIC NOTES ----- 267

REVIEW of the book by Ana María Barrachina Andrés y Francisco Javier Durán García (Coordinators), *Práctica Local Contencioso-administrativa*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2022.

Rafael D. Agulló Mateu 269

REGULATIONS OF INTEREST ----- 271

CONSULTATIVE COUNCIL OF CANARY ISLANDS

Reform of the Regulations of the Parliament of the Canary Islands..... 273

CONSULTATIVE COUNCIL OF CASTILLA LA MANCHA

Legislative Decree 1/2023, of February 28, which approves the consolidated text of the Law on Territorial Planning and Urban Planning Activity..... 277

CONSULTATIVE COUNCIL OF GALICIA

Law 2/2023, of March 14, which modifies Law 3/2014, of April 24, of the Advisory Council of Galicia 283

INSTITUTIONAL INFORMATION ----- 287

State Council..... 289

Council for Statutory Guarantees of Catalonia..... 290

Legal Advisory Commission of Catalonia..... 290

Consultative Council of the Canary Islands 291

Consultative Council of the Balearic Islands..... 291

Consultative Council of Andalusia..... 292

Legal Consultative Council of Valencian Community 293

Consultative Council of Aragon 293

Consultative Council of La Rioja..... 294

Consultative Council of Galicia	294
Consultative Council of Castilla La Mancha	294
Legal Council of the Region of Murcia.....	295
Consultative Council of Navarra.....	295
Legal Advisory Commission of Euskadi	295
Consultative Council of Castile and Leon.....	296
Consultative Council of the Principality of Asturias.....	296
Legal Commission of Extremadura	296
Legal Advisory Commission of the Community of Madrid	297
Authors -----	299
Editorial Board -----	301
Instructions for the authors -----	303

PRESENTACIÓN

Desde la convicción del interés que posee la Revista Española de la Función Consultiva, presentamos el número 36, que en esta ocasión reúne en el apartado de *Estudios*, algunas de las ponencias que se presentaron en las XXI *Jornadas Nacionales de la Función Consultiva*, organizadas por el Consejo Consultivo de Canarias, celebradas en la ciudad de la Palma los días 22 y 23 de septiembre de 2022.

Además de estos estudios presentados en las mencionadas Jornadas, también se incluye un trabajo que con el título “*Quien puede lo más puede lo menos*”, analiza desde esta perspectiva la resolución de algunos conflictos jurídicos.

En la sección *Dictámenes*, se incluyen tres dictámenes de interés de los Consejos Consultivos de La Rioja, Murcia y Principado de Asturias. Dictámenes que versan, respectivamente, sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por daños morales y extra patrimoniales; sobre la competencia para la creación de la sede electrónica y registro electrónico; y, por último, sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños sufridos en la vía pública.

En la sección *Jurisprudencia*, se analizan dos sentencias. En primer lugar, una del Tribunal Constitucional en relación a la tutela judicial efectiva como consecuencia de no poder impugnar una actuación de la Agencia Tributaria por falta de conocimiento de la misma. En segundo lugar, otra del Tribunal Supremo sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por un establecimiento público como consecuencia de las medidas de contención impuestas en el marco de la declaración del primer estado de alarma en el contexto de la crisis sanitaria producida por Covid-19.

Finalmente, se da cuenta de la *normativa de interés* y de la actualización de la información institucional relativa a los cambios acaecidos en la composición de los Consejos Consultivos.

Agradecemos, nuevamente, a los autores y autoras que han participado en este ejemplar y al conjunto de los Consejos Consultivos por su colaboración.

ESTUDIOS

**XXI Jornadas Nacionales de la Función Consultiva. Consejo
Consultivo de Canarias**

22 y 23 de septiembre de 2022

LA LEY 6/2022, DE 27 DE DICIEMBRE, DE CAMBIO CLIMÁTICO Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA DE CANARIAS¹

Antonio Domínguez Vila

Profesor de Titular de Derecho Constitucional
de la Universidad de la Laguna

Abogado

Secretario Superior de Administración Local y
Administrador General de la CA de Canarias (excedente)

Sumario:

- I. LA INICIATIVA LEGISLATIVA.**
- II. CAMBIO CLIMÁTICO Y COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS.**
- III. OBJETO Y FINALIDADES DE LA LEY.**
- IV. PRINCIPIOS GENERALES.**
- V. PILARES DE LA LEY.**
- VI. ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS.**
- VII. LA PLANIFICACIÓN DE LA ACCIÓN CLIMÁTICA.**
- VIII. LA CLIMATIZACIÓN DEL URBANISMO.**
- IX. POLÍTICA PRESUPUESTARIA Y DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CANARIAS HAN DE DAR EJEMPLO A LA SOCIEDAD.**
- X. EMISIONES DE GASES DE EFECTO INVERNADERO.**
- XI. POLÍTICAS ENERGÉTICAS.**
- XII. POLÍTICAS DE TRANSPORTE Y MOVILIDAD SOSTENIBLE.**
- XIII. POLÍTICAS SECTORIALES.**
- XIV. DIFUSIÓN Y SENSIBILIZACIÓN SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO.**
- XV. RÉGIMEN SANCIONADOR.**
- XVI. DISPOSICIONES ADICIONALES, FINALES Y TRANSITORIAS.**
- XVII. EPÍLOGO.**

¹ Este trabajo trae causa de la ponencia presentada a las XXI JORNADAS NACIONALES DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA. LA PALMA SEPTIEMBRE DE 2022 INICIATIVA LEGISLATIVA. Ha sido ser reelaborada, por cuanto la Ley ha sido aprobada y ha entrado en vigor.

I. LA INICIATIVA LEGISLATIVA.

Al tiempo que se ponía en marcha el proceso legislativo estatal que dio lugar a la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, se encarga por la Viceconsejería de Transición Ecológica y Cambio Climático, a la sazón ocupada por Miguel Ángel Hernández Pérez, la redacción del proyecto de Ley de Cambio Climático de Canarias (en noviembre de 2019), a un equipo pluridisciplinar, coordinado por quien escribe estas líneas y configurado en torno al área de Derecho Constitucional de la ULL, con intervención de otros profesionales y profesores, entre los que se encontraba el profesor Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

En el trascurso del proceso de redacción y tramitación interna, fue imprescindible la colaboración de los técnicos de la Consejería, entre los que se debe destacar Adela Machado, Gustavo Pestana, Alberto de Armas, Patricia Galván, así como las directrices de los responsables políticos Miguel Ángel Pérez Hernández, José Luis Figueroa y el propio Consejero José Antonio Valbuena.

En todo el proceso de redacción se estuvo contrastando con la tramitación parlamentaria del texto estatal, para no incurrir en lo expresado por la STC 87/2019 sobre la Ley Catalana que tachó como inconstitucional que cada Comunidad Autónoma territorializara los objetivos de emisiones asignados «*como si de Estados miembros de la Unión Europea se tratara*», determinando así el contenido de políticas sobre las que no se ostentan competencias. En cambio, la Ley 7/2021 sí ha admitido después, que la normativa autonómica establezca objetivos más estrictos que los que se derivan del texto estatal, al amparo de las competencias autonómicas, para establecer normas adicionales de protección (art. 149.1. 23.^a CE) como veremos que hace, la ya vigente Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de Cambio Climático y Transición Energética de Canarias (en adelante LCC). En todo caso siempre será necesario el concurso legislativo de las Comunidades Autónomas por las competencias asumidas por estas en la materia territorial y medioambiental² y precisarse para el desarrollo de la planificación estatal.

II. CAMBIO CLIMÁTICO Y COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS.

El ejercicio de esta iniciativa legislativa, supuso un cambio de perspectiva, en Canarias, sobre política medioambiental pasando de una visión pasiva, museística, de conservacionismo y protección, a una activa de mitigar, adaptar y revertir los procesos de deterioro de los elementos del medio ambiente natural, agua, aire y tierra por la acción humana.

El proyecto de ley debía afrontar un nuevo paradigma en la política ambiental, acompañado, en cuanto al programa legislativo a que se comprometió la Consejería³, con la aprobación de los proyectos de ley sobre la regulación de la economía circular⁴ y

² En este sentido los artículos 153, 154, 156, 157 y 158 del Estatuto de Autonomía de Canarias aprobado por Ley Orgánica 1/2018.

³ <https://www.gobiernodecanarias.org/cmsweb/export/sites/transparencia/temas/accion-gobierno-normativa/normativa/programa-legislativo/doc/programa-legislativo-transparencia.pdf>

⁴ El proyecto de Ley Canaria de Economía Circular, que incluía la adaptación en materia de residuos a la nueva Ley estatal y sustituir la anterior ley canaria de 2011, se aprobó por el Consejo de Gobierno y se quedó pendiente del informe del Consejo Consultivo al final de la legislatura, no pudiendo remitirse al Parlamento

los residuos, en desarrollo de la nueva ley estatal Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular; el proyecto de ley de Biodiversidad y Recursos Naturales; además del proyecto de reforma de la Ley del Transporte Terrestre impulsado desde otra Consejería, referente a la movilidad y el transporte⁵.

En este sentido, es relevante resaltar la novedosa jurisprudencia del tribunal Constitucional Alemán (24 de marzo de 2021, BvR 2656/18) respecto a la constitucionalidad de su ley de cambio climático y la imposición de un deber especial de cuidado al legislador, por su responsabilidad frente a las generaciones futuras⁶

Como se afirma en la Exposición de Motivos de la LCC:

El cambio climático, concebido como el proceso en el que se produce un cambio de clima debido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera global y que se suma a la variabilidad natural del clima, observada durante períodos de tiempo siempre comparables, se pretende mitigar por medio de la acción climática, entendida como cualquier política, plan, programa o medida cuya intención sea reducir los gases de efecto invernadero, construir y generar resiliencia y adaptación al cambio climático, y financiados esos objetivos mediante un sistema de gobernanza climática.

Por **economía circular se entiende** impulsar la transición hacia un nuevo modelo económico que sustituya la economía lineal (producción-consumo-destrucción) por la economía circular, en el que se fomente el uso racional de los recursos, se alargue la vida útil de los productos mediante el ecodiseño, el reciclado y la reparación; se

de Canarias.

⁵ Según la ECAC, el sector eléctrico y el del transporte son, con diferencia, los que más GEI emiten. En el anteproyecto de modificación de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias se disponían los siguientes planes de movilidad:

- a) Plan Estratégico de Movilidad y Transportes
- b) Planes Insulares de Movilidad Sostenible y Transportes
- c) Planes locales o supramunicipales de Movilidad Sostenible y Transportes
- d) Planes de centros y actividades

⁶ *4. Bajo determinadas condiciones, la Ley Fundamental impone la obligación de asegurar la libertad fundamental garantizada por los derechos fundamentales a lo largo del tiempo y de distribuir de forma proporcional entre generaciones las posibilidades de disponer de la libertad. En su dimensión subjetiva y como garantías de libertad sin límites temporales, los derechos fundamentales brindan protección contra un traslado unilateral hacia el futuro de la carga de reducción de gases de efecto invernadero indicada por el art. 20a LF. Además, en su dimensión objetiva, el mandato de protección estipulado en el art. 20º LF incluye la necesidad de tratar los fundamentos naturales de la vida con mucho cuidado y dejarlos para la posteridad en una condición tal que las generaciones siguientes que deseen seguir preservando estos fundamentos no se vean obligadas a emprender una abstinencia radical. La preservación de la libertad en el futuro requiere también que la transición a la neutralidad climática se inicie de forma oportuna. En términos concretos, esto exige que se deben formular lo antes posible especificaciones transparentes que indiquen cómo se configurará la reducción de gases de efecto invernadero de una forma tal que ofrezcan una orientación a los procesos de desarrollo e implementación necesarios y proporcionen un nivel suficiente de presión sobre estos procesos y seguridad en su planificación.*

minimice la generación de residuos; se optimice el potencial de la energía renovable; se cierre el ciclo integral del agua y se fomente el desarrollo sostenible.^{7 8}

La **biodiversidad** tiene por finalidad en una perspectiva más tradicional del medio ambiente natural, la conservación y fomento de la diversidad biológica y geológica, la utilización sostenible de sus componentes, el acceso ordenado a sus recursos genéticos y bioquímicos y la participación justa y equitativa en las cargas y beneficios que se deriven de su utilización.

El anterior programa legislativo obedece al mandato de los derechos estatutarios previstos en el reciente Estatuto de Autonomía (EAC) aprobado por la L.O. 1/2018 en los apartados 14, 15, 16 y 17 del artículo 37:

14. La protección efectiva de los recursos naturales estratégicos básicos de Canarias, especialmente el agua y los recursos energéticos, asegurando su control público por las administraciones canarias, en el marco de su competencia.

*15. La preservación y mejora de la calidad medioambiental y la biodiversidad del Archipiélago como patrimonio común **para mitigar los efectos del cambio climático.***

16. El ahorro energético y la promoción de las energías renovables, en especial en lo que se refiere la política de transportes y comunicaciones.

17. La garantía de que las instituciones públicas velarán por el bienestar animal, luchando contra el maltrato y protegiendo de manera particular a aquellas especies en peligro de extinción y endemismos con presencia en el Archipiélago.

La competencia compartida asumida en el artículo 153.1 ñ) que corresponde al desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación estatal en materia de medio ambiente, comprende en todo caso, las medidas que en el ámbito de sus competencias, puedan adoptarse para la lucha contra el cambio climático. Materia transversal según la

⁷ Conforme la define el apartado 12 del artículo 4 de la LCC: *12. Economía circular: economía en la que se maximizan los recursos disponibles, tanto materiales como energéticos, para que permanezcan el mayor tiempo posible en el ciclo productivo. La economía circular aspira a reducir todo lo posible la generación de residuos y a aprovechar al máximo aquellos cuya generación no se haya podido evitar.*

⁸ *El sistema de planificación del proyecto de Ley de Economía Circular y Residuos era el siguiente:*

- a) La Estrategia Canaria de Economía Circular.*
- b) Estrategia Canaria de Economía Azul*
- c) El Plan de Acción de Economía Circular.*
- d) Estrategias insulares y municipales de economía circular*

Instrumentos de planificación en materia de residuos:

- a) Plan Integral de Residuos de Canarias.*
- b) Planes Directores Insulares de Residuos.*
- c) Programas municipales de Prevención y Gestión de Residuos, realizados por los municipios en el ámbito de su competencia.*

Exposición de Motivos de la LCC que incide, en otros títulos competenciales, como pueden ser los de transportes (artículo 160 EAC), turismo (artículo 129 EAC), agricultura y ganadería (artículo 130 EAC), industria (artículo 124 EAC), comercio (artículo 126 EAC), recursos hídricos (artículo 152 EAC), ordenación del litoral (artículo 157 EAC), urbanismo y vivienda (artículo 158 EAC), montes y gestión forestal (artículo 130 EAC), salud (artículo 141 EAC), servicios sociales (artículo 142 EAC), emergencias y protección civil (artículo 149 EAC), educación (artículo 133 EAC) investigación (artículo 135 EAC), energía (artículo 163 EAC) y economía (artículo 165 y ss), que Canarias ha de ejercer con respeto a la competencia estatal para establecer las bases y llevar a cabo la coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13.^a CE), así como para determinar las bases del régimen energético (artículo 149.1.25.^a CE) y por último la competencia exclusiva para establecer la organización y el régimen de funcionamiento de su Administración, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.18.^a CE (artículo 104 EAC).

III. OBJETO Y FINALIDADES DE LA LEY.

El objeto de la ley es actuar sobre el cambio climático mediante su **mitigación** y **adaptación** para conseguir la neutralidad en carbono y reducción de los gases de efecto invernadero, llevando a cabo simultáneamente una transición energética que ambiciona conseguirse en un plazo más corto (2030) que el propuesto por la ley estatal.

Las finalidades u objetivos de la ley (artículo 3) son los siguientes:

- a) La mitigación y adaptación a los efectos del cambio climático
- b) La reducción progresiva de la utilización y el consumo de combustibles fósiles
- c) El establecimiento de un modelo energético basado en el uso racional de la energía, el incremento planificado y ordenado de las energías renovables
- d) La promoción de la educación, la formación, la innovación, la investigación en materia de mitigación, adaptación y gobernanza de la acción climática.
- e) La consecución de un balance neutro de emisiones de gases de efecto invernadero en las islas, teniendo presente el hecho insular y la situación ultraperiférica de Canarias.

Para la consecución de estos objetivos la norma (artículo 5) efectúa un llamamiento al sector público y a la sociedad civil para que se corresponsabilicen en la aplicación de las políticas de acción climática, exigiendo al Gobierno de Canarias, al resto de las administraciones públicas y sector público, que prediquen con el ejemplo impulsando la reducción de emisiones.

IV. PRINCIPIOS GENERALES.

En este tipo de normas en las que se pretende modificar la cultura que subyace en todo un sector del ordenamiento jurídico y las actuaciones públicas y privadas, son importantes los principios que informaran el sentido de la concreta regulación prevista en la misma. En la LCC dichos principios se enuncian en torno a la prevención y precaución, participación, la responsabilidad compartida, transparencia, eficiencia y seguridad energéticas, movilidad sostenible, colaboración pública y privada, cooperación y colaboración interadministrativa, igualdad, resiliencia, no regresión.

V. PILARES DE LA LEY.

La estructura central de la LCC se asienta sobre los siguientes pilares:

- a) Una nueva organización administrativa del área medioambiental del Gobierno de Canarias.
- b) Un sistema de planificación de acción climática, mediante la configuración de un sistema de planes sectoriales distintos y separados de la planificación territorial y urbanística⁹.
- c) Implantación de políticas sectoriales por el carácter transversal de la Ley
- d) Impulso de la transparencia, la participación ciudadana y la educación
- e) Ser no solo un texto propositivo de mandatos, políticas y remisión a la planificación, sino que se pretende una norma con contenido obligacional coercitivo y por lo tanto contar con un sistema sancionador administrativo.

VI. ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS.

Siguiendo el criterio de la simplificación administrativa, se pretende economizar en la creación de nuevos órganos, eliminando otros anteriores que no han dado los resultados pretendidos en su creación, como el Observatorio del Paisaje (Disposición Derogatoria Única). Comoquiera que la LCC, entre sus finalidades, pretende la reorganización de la administración medioambiental del Gobierno de Canarias establece solo la creación de los siguientes órganos:

a) Para la coordinación de las políticas de acción climática en el seno de los departamentos del Gobierno de Canarias se crea la Comisión Interdepartamental de Acción Climática, Energía y Agua (artículo 10) que no tiene por qué generar puestos de trabajo ni nombramientos políticos.

b) Como único órgano de nueva creación, se encuentra la Agencia Canaria de Acción Climática, Energía y Agua, como una administración, con autonomía administrativa y económica, adscrita al departamento competente en materia de cambio climático para llevar a cabo la acción climática mediante la planificación, evaluación, autorizaciones, coordinación, asesoramiento, registro e inventario. Aunque no está en la LCC –ni podía estarlo– existía el compromiso del Viceconsejero Miguel Ángel Hernández Pérez de encomendar a la Agencia, las funciones que desarrollaba su órgano directivo en materia de medio ambiente a las que se podría añadir ahora, al ampliarse en la tramitación parlamentaria su denominación a Agua y Energía, las que hasta ahora desarrollaban las Direcciones Generales de Agua y Energía de la Consejería, con lo cual debería producirse una importante reducción y simplificación de órganos políticos.

De resto, la organización administrativa que demanda la LCC, se contrae a atribuir competencias en planificación y ejecución a los dos escalones político-territoriales existentes ya en Canarias, los Cabildos (artículo 12) y los Ayuntamientos (artículo 13)

⁹ El informe del Consejo Consultivo de Canarias, al proyecto de ley, se manifestó en contra de esta idea, insistiendo que la planificación de la acción climática debe de insertarse en el contenido del planeamiento territorial y urbanístico

Respecto a la subrogación por parte de los Cabildos Insulares de la competencia municipal para la elaboración y tramitación de los Planes de Acción para el Clima y la Energía Sostenible el proyecto de ley la preveía, en los términos que estableciera la legislación de régimen local, dado que la posibilidad de subrogación de los Cabildos en las competencias de los Ayuntamientos se recoge en los artículos 7.4 y 36 de la Ley de Bases de Régimen Local, los artículos 10 y 11 de la Ley 8/2015, de 1 de abril de Cabildos Insulares y el art 117 de la Ley 4/2017 del Suelo y los Espacios Naturales de Canarias. Sin embargo, el Consejo Consultivo en su Dictamen¹⁰ consideraba que dicha posibilidad no se encontraba prevista ni en el Estatuto, ni en la Ley de Cabildos 8/2015 ni en la de Municipios de Canarias 7/2015. A pesar de ello, el texto aprobado de la LCC recoge en el artículo 12:

d) Subrogarse en la competencia municipal para la elaboración y tramitación de los planes de Acción para el Clima y la Energía Sostenible (Paces) en caso de inactividad de los ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, en los términos previstos en la legislación de régimen local y con las siguientes garantías. La subrogación se llevará a cabo previa audiencia al ayuntamiento, retomando y activando las actuaciones en el estado en que se encuentren.

Al igual que se hizo en la Ley 11/2019, de 25 abril, de Patrimonio Cultural de Canarias su artículo 37.7:¹¹

VII. LA PLANIFICACIÓN DE LA ACCIÓN CLIMÁTICA.

Como se apuntó anteriormente, el sistema de planificación de la Ley, se concibe, de manera expresa al margen del sistema de planificación urbanístico y territorial de la Ley del Suelo y Espacios Naturales de Canarias 7/2014. El equipo redactor tenía meridianamente claro que la acción climática no debía de: i) ni insertarse como contenido adicional en los planes del sistema de planeamiento territorial y urbanístico de la Ley 4/2017, ii) ni tampoco, incrementar su sistema de planificación. Los motivos se pueden resumir en la densidad del contenido que ya soportan los planes territoriales y urbanísticos, en la dificultad procedimental de su tramitación y aprobación que está teniendo como resultado la imposibilidad de la adaptación, tramitación y aprobación, en los últimos tiempos, de la mayoría del planeamiento territorial insular y general municipal de Canarias.

Por el contrario, el Consejo Consultivo, en su dictamen (pág. 62) parece posicionarse por la interconexión entre ambos sistemas, al dictaminar sobre el posicionamiento jerárquico de las figuras de planeamiento de acción climática, en relación con el sistema de planeamiento urbanístico y territorial. En concreto se plantea (pág. 64) cual debe ser la relación jerárquica entre la Estrategia Canarias de Acción Climática (ECAC) y las Directrices de Ordenación previstas en los artículos 87 y siguientes de la ley 4/2017 y entre los Planes Insulares y Municipales de Acción para el Clima y la Energía y los Planes Insulares y Planes Generales Municipales.

¹⁰ Página 61.

¹¹ 7. En caso de inactividad municipal en la elaboración o modificación de los planes especiales de protección de los conjuntos históricos en el plazo de dos años desde su declaración, el cabildo insular deberá proceder a la subrogación en lugar del ayuntamiento.

Para el Consejo Consultivo ambas figuras ofrecen similitudes: *“El legislador del PL deberá tomar nota de estas coincidencias, y habrá de valorar la probable aparición de duplicidades e incluso contradicciones. La iniciativa legislativa que se dictamina no aclara la prelación o identidad jerárquica entre las Directrices de Ordenación y la ECAC, lo que habrá de ser expresamente resuelto. Tal cometido podrá abocar a considerar, y señalarlo expresamente en el PL, que la ECAC se identifica con el instrumento de ordenación regulado en el art. 87 de la Ley 4/2017, o que es una figura distinta. En este último caso, habrá de regularse su posicionamiento jerárquico en el conjunto del sistema de planeamiento de Canarias”*.

Sin embargo, respecto a jerarquización y territorialización de los planes, los recogidos en la LCC establecen un sistema de planificación completamente independiente con los de la ordenación territorial y urbanística, por lo tanto, no se pueden estructurar jerárquicamente con estos. Concurrirán en los sujetos pasivos de las acciones, pero desde perspectivas distintas. En cuanto a la posible duplicidad o solapamiento entre la ECAC y las Directrices, tampoco es tal, puesto que estas, tanto por su objeto como por su contenido, solo conectan con la ECAC en la ordenación del desarrollo sostenible y el equilibrio ambiental de Canarias, materias en las que, ya con el art. 81 de la Ley 4/2017, la ordenación de los usos del suelo deberá atender a toda la política de cambio climático; además el apartado 2 del art. 9 del mismo texto legal establece que *“2. Los planes y programas previstos en la legislación sectorial prevalecerán sobre los establecidos en la presente ley, en los términos que aquella legislación disponga”* por lo tanto, la ECAC se encontraría *“por encima”* de las Directrices, o más correctamente las Directrices deberán atender a las prescripciones de la ECAC. Idéntico razonamiento deberá aplicarse a la relación entre los Planes de acción insulares y municipales para el clima y la energía y los instrumentos insulares y municipales de ordenación territorial y urbanística.

El sistema de planificación que diseña la LCC se ordena en dos bloques, el primero comprendido por la Estrategia Canaria de Acción Climática (ECAC) y la Estrategia Canaria de Transición Justa y Justicia Climática (ECTJ). La ECAC es el instrumento marco de planificación regional en materia de acción climática, con un plazo de vigencia de veinte años que tiene por objeto establecer, a largo del plazo, el conjunto de medidas en que se concretará la contribución de Canarias al cumplimiento de los compromisos en materia de acción climática, a cuyas determinaciones deberán ajustarse el conjunto de planes, programas y políticas sectoriales. Entre sus objetivos, adelantando el objetivo de descarbonización de la economía canaria para 2030, está la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, la mejora de eficiencia energética, la implantación de energías de origen renovable y la movilidad sostenible. Ya ha sido aprobada por Decreto del Gobierno de Canarias número 80/2023, de 18 de mayo (BOC de 31 de mayo).

El segundo bloque se compone de los instrumentos que desarrollan las dos estrategias anteriores ordenados jerárquicamente:

- a) El Plan Canario de Acción Climática.*
- b) Planes de acción insulares y municipales para el clima y la energía.*
- c) El Plan de Transición Energética de Canarias.*

El de carácter superior es el Plan Canario de Acción Climática, de ámbito regional, que contendrá el conjunto de acciones dirigidas a la consecución en plazo, de los objetivos fijados en la Estrategia Canaria de Acción Climática. Dicho instrumento tiene una parte informativa o de diagnóstico y una parte normativa, de carácter vinculante. De esta, destaca la determinación de las actuaciones para la consecución de los objetivos de mitigación, adaptación y resiliencia, tendrá una vigencia de diez años y su procedimiento de aprobación se detalla en el artículo 14.6 de la Ley, sin perjuicio de su desarrollo reglamentario. A la fecha de redacción de estas líneas se encuentra en tramitación una vez redactado.¹²

El Plan de Transición Energética de Canarias (artículo 18) contiene el conjunto de medidas dirigidas a la consecución en plazo, de los objetivos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. Este conjunto de acciones deberá ser desarrollo de las directrices que, al efecto, haya establecido la Estrategia Canaria de Acción Climática. En cuanto a su contenido desarrolla las políticas energéticas de los artículos 4 a 44 del proyecto de la LCC. Resulta especialmente relevante que deberá contener los criterios de localización de las instalaciones de energía renovable (en aplicación del art 21.2 de la Ley 7/2022), lo que despejará muchas dudas respecto a su implantación en las diversas categorías de suelo rústico que se plantean actualmente, la asignación de cuotas de emisiones entre los distintos sectores de actividad, islas y municipios, la previsión de los objetivos de reducción de emisiones y la programación temporal de la implantación de fuentes de generación de energía de origen renovable en el sistema eléctrico regional. Tendrá una vigencia de diez años y el artículo 18.5 de la ley detalla su procedimiento de aprobación que se llevará a cabo por Decreto del Gobierno de Canarias, sin perjuicio de su desarrollo reglamentario. Actualmente se ha sometido a información pública la versión inicial del mismo (PTECan-2030), junto con su Estudio Ambiental Estratégico y Anexos por cuarenta y cinco días hábiles (BOC núm. 97 de 19 de mayo de 2023).¹³

Los Planes insulares y municipales de acción para el clima y la energía (artículo 19), abordarán en su respectivo ámbito competencial las medidas de mitigación y adaptación que sean necesarias para la consecución de los objetivos y el desarrollo de las directrices fijadas en la ECAC. Deberán concretar las medidas de política sectorial establecidas en la LCC que recaigan en su ámbito competencial, acomodar los objetivos y las estrategias para la mitigación y la adaptación al cambio climático e incluirán las posibles modificaciones adecuadas del planeamiento urbanístico y las ordenanzas municipales, acompañando un cronograma de implantación y ejecución, incluyendo un Plan de Movilidad Urbana Sostenible en los términos que establezca la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. La LCC les habilita para modificar con sus medidas el planeamiento territorial y urbanístico, así como las ordenanzas municipales que dificulten su efectividad, con el límite de que los planes municipales no podrán ser incompatibles con el planeamiento insular de aplicación (artículo 19.4), lo que remarca su subordinación jerárquica del plan municipal al insular. Se detalla su procedimiento de tramitación, sin perjuicio de su desarrollo reglamentario y adecuación a la legislación de régimen local (artículo 19.5 y 6) teniendo una vigencia de diez años. Como se ha

¹² Se puede consultar en: <https://www.gobiernodecanarias.org/cambioclimatico/plan-canario-accion-climatica/>

¹³ https://www.gobiernodecanarias.org/energia/info-publica/PTECan_VersionInicial/

expuesto antes, los Cabildos podrán subrogarse en la competencia municipal para la redacción y tramitación de los planes municipales.

En la D.A. 1ª de la LCC se detallan los plazos en los que deberá aprobarse este sistema de planificación de acción climática:

D.A Primera Plazos para la aprobación de la planificación frente al cambio climático y consecuencias de su incumplimiento

1. La aprobación de la planificación frente al cambio climático deberá producirse en los siguientes plazos:

a) El acuerdo de inicio del procedimiento de elaboración de la Estrategia Canaria de Acción Climática deberá producirse en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de la presente ley y su aprobación deberá producirse en el plazo de un año a partir de este acuerdo de inicio.¹⁴

b) Los acuerdos de inicio de los procedimientos de elaboración de la Estrategia Canaria de Transición Justa y Justicia Climática, del Plan Canario de Acción Climática y del Plan de Transición Energética de Canarias deberán producirse en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la Estrategia Canaria de Acción Climática y su aprobación deberá producirse en el plazo de dos años a partir de la adopción de dichos acuerdos de inicio.¹⁵

c) Los planes insulares y municipales de acción climática deberán aprobarse en el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la Estrategia Canaria de Acción Climática.¹⁶

2. Si una vez cumplido el plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de la Estrategia Canaria de Acción Climática no se hubiera producido la aprobación de los correspondientes planes insulares o municipales de acción climática, serán de aplicación las medidas temporales de competencia insular o municipal que el Plan Canario de Acción Climática considere como perentorias a los efectos del cumplimiento en plazo de los objetivos planteados en la Estrategia Canaria de Acción Climática.

A tales efectos, y en caso de que el Plan Canario de Acción Climática considere necesario el establecimiento de tales medidas temporales, este deberá especificarlas en su contenido, de conformidad con lo regulado en el artículo 17. Una vez aprobado el correspondiente plan insular o municipal de acción climática, aquellas medidas temporales perderán su vigencia.

3. Si una vez cumplido el plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de la Estrategia Canaria de Acción Climática no se hubiera producido la aprobación de los correspondientes planes municipales de acción climática, y sin perjuicio de la efectividad de lo dispuesto en el apartado anterior, el

¹⁴ Como se ha expuesto antes, ya está aprobada.

¹⁵ Ya están en elaboración, por lo que el plazo para su aprobación ya está corriendo.

¹⁶ Al estar aprobada la ECAC este plazo ya está corriendo.

cabildo insular correspondiente, previa audiencia al municipio, podrá subrogarse en aquella competencia.

VIII. LA CLIMATIZACIÓN DEL URBANISMO.

Durante el proceso de redacción de la LCC se debate acerca de si, las medidas y obligaciones consistentes en introducir la perspectiva climática en la planificación urbanística, deberían de llevarse a cabo mediante una modificación de la Ley 4/2017 o no. Se opta por no abordar la reforma de una norma tan reciente que todavía está desplegando sus efectos, ya que la experiencia normativa reciente nos aconseja no intentar una codificación del urbanismo en una macro-norma de difícil aplicación. Asimismo, no se debería repetir los errores padecidos con el TR 1/2000 de la Ley de Ordenación del Territorio, en cuanto a la adaptación, en plazos temporales determinados, de los instrumentos de ordenación a las nuevas regulaciones. De igual manera que el planificador territorial y urbanístico tiene que acudir a la legislación y planificación sectorial en materias como Costas, Patrimonio Cultural, Aguas, Carreteras, etc., deberá tener en cuenta la legislación de cambio climático.

En todo caso la perspectiva climática de la planificación urbanística ya viene exigida por la Ley básica estatal Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética en su artículo 21 que exige de la planificación urbanística y territorial que tengan en cuenta:

a) La consideración, en su elaboración, de los riesgos derivados del cambio climático, en coherencia con las demás políticas relacionadas.

b) La integración, en los instrumentos de planificación y de gestión, de las medidas necesarias para propiciar la adaptación progresiva y resiliencia frente al cambio climático.

c) La adecuación de las nuevas instrucciones de cálculo y diseño de la edificación y las infraestructuras de transporte a los efectos derivados del cambio climático, así como la adaptación progresiva de las ya aprobadas, todo ello con el objetivo de disminuir las emisiones.

d) La consideración, en el diseño, remodelación y gestión de la mitigación del denominado efecto «isla de calor», evitando la dispersión a la atmósfera de las energías residuales generadas en las infraestructuras urbanas y su aprovechamiento en las mismas y en edificaciones en superficie como fuentes de energía renovable.

2. Para garantizar que las nuevas instalaciones de producción energética a partir de las fuentes de energía renovable no producen un impacto severo sobre la biodiversidad y otros valores naturales, se establecerá una zonificación que identifique zonas de sensibilidad y exclusión por su importancia para la biodiversidad, conectividad y provisión de servicios ecosistémicos, así como sobre otros valores ambientales. A tal fin el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico elaborará y actualizará periódicamente una herramienta cartográfica que refleje esa zonificación, y velará, en coordinación con las Comunidades Autónomas, para que el despliegue de los proyectos de energías renovables se lleve a cabo, preferentemente, en emplazamientos con menor impacto.

Asimismo, modifica dicha Ley estatal básica, la letra c) del artículo 20.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en los siguientes términos:

c) Atender, teniendo en cuenta la perspectiva de género, en la ordenación de los usos del suelo, a los principios de accesibilidad universal, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente.

En la consideración del principio de prevención de riesgos naturales y accidentes graves en la ordenación de los usos del suelo, se incluirán los riesgos derivados del cambio climático, entre ellos:

a) Riesgos derivados de los embates marinos, inundaciones costeras y ascenso del nivel del mar.

b) Riesgos derivados de eventos meteorológicos extremos sobre las infraestructuras y los servicios públicos esenciales, como el abastecimiento de agua y electricidad o los servicios de emergencias.

c) Riesgos de mortalidad y morbilidad derivados de las altas temperaturas y, en particular, aquellos que afectan a poblaciones vulnerables. Estos datos se ofrecerán desagregados por sexo.

d) Riesgos asociados a la pérdida de ecosistemas y biodiversidad y, en particular, de deterioro o pérdida de bienes, funciones y servicios ecosistémicos esenciales.

e) Riesgos de incendios, con especial atención a los riesgos en la interfaz urbano-forestal y entre las infraestructuras y las zonas forestales.

En suma, el planeamiento urbanístico deberá analizar los riesgos derivados del cambio climático y proponer la adopción de las medidas de mitigación, adaptación y reversión que establezca, en el marco de las leyes estatal, la LCC en concreto los artículos 20 a 22 y en su desarrollo la ECAC y los planes.

La LCC en los artículos 21 y 22, mandata a las administraciones públicas a promover un nuevo modelo territorial y urbanístico dirigido a la consecución de los objetivos establecidos en la misma. En concreto las nuevas áreas residenciales que se propongan en los diferentes instrumentos de ordenación, deberán responder al principio de máxima autosuficiencia energética; se han de desarrollar modelos compactos de ocupación del territorio y unos usos más eficientes e intensivos de terrenos ya urbanizados; se impulsa a seleccionar y clasificar aquellos espacios ya urbanizados u ocupados por infraestructuras y servicios que ofrezcan mayor potencialidad para situar o compartir superficies susceptibles de utilización para infraestructuras de energías renovables.

En materia de arquitectura y vivienda, las administraciones públicas deberán impulsar la introducción de criterios bioclimáticos, soluciones constructivas de alta eficiencia energética, la previsión de puntos de recarga de vehículos eléctricos en las nuevas edificaciones, así como su introducción en las existentes.

En desarrollo de la LCC, en la ECAC se determinan las siguientes estrategias a tener en cuenta para el urbanismo, en cuanto a la **mitigación**, con el objetivo de avanzar hacia ciudades con balance neutro de emisiones de gases de efecto invernadero y que garanticen la integración con el entorno, la calidad de vida de los ciudadanos y el adecuado desarrollo de las actividades socioeconómicas:

línea estratégica 1: planeamiento urbanístico integral e integrado orientado a la neutralidad de emisiones y a la máxima eficiencia de los recursos

línea estratégica 2: hacia una ciudad compacta con mixticidad de usos, eficiente e inteligente

línea estratégica 3: autoconsumo energético y eficiencia de los recursos en las urbanizaciones

En materia de arquitectura y vivienda, en cuanto a la **mitigación**, con el objetivo prevé la descarbonización del sector para el horizonte 2040, alcanzando el consumo de energía casi nulo del parque edificado:

línea estratégica 1: autoconsumo energético y eficiencia en las edificaciones

línea estratégica 2: construcciones, métodos y sistemas constructivos eficientes

En lo referente a la **adaptación**, la ECAC se propone los siguientes objetivos para el modelo territorial y el urbanismo y la arquitectura:

Para el horizonte 2030 se deberá analizar con un mayor detenimiento el riesgo de desastres vinculados al cambio climático, con el propósito de incrementar la resiliencia del territorio, en consonancia con las prioridades establecidas en el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres.

Para el horizonte 2040 se plantea un modelo territorial canario resiliente y plenamente adaptado a los inevitables impactos del cambio climático

Como objetivo sectorial del modelo territorial, un territorio resiliente que garantice la calidad de vida de la sociedad canaria, y como líneas estratégicas:

línea estratégica 1: la investigación del cambio climático en el territorio canario para responder localmente de manera sistémica, inteligente y rápida frente a los riesgos de este fenómeno

línea estratégica 2: el fortalecimiento de la resiliencia territorial integrando la acción climática en los instrumentos de ordenación y de planificación urbanística, considerando su transversalidad con la igualdad de género y la equidad social

línea estratégica 3: un modelo territorial resiliente con la naturaleza como aliada

Como objetivo sectorial para el urbanismo, la arquitectura la vivienda el alcanzar ciudades verdes y resilientes, con las siguientes líneas estratégicas:

línea estratégica 1: ciudades canarias verdes

línea estratégica 2: ciudades canarias resilientes

línea estratégica 3: edificaciones adaptadas al cambio climático

IX. POLÍTICA PRESUPUESTARIA Y DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CANARIAS HAN DE DAR EJEMPLO A LA SOCIEDAD.

Se establece, como objetivo a alcanzar en 2025, un indicador del 2 % de inversión anual del PIB regional como objetivo a dedicar a medidas de acción climática en el conjunto de la economía canaria (artículo 23), evidentemente sujeto a la coyuntura económica y revisable.

En materia de contratación (artículo 24), los órganos de contratación de las Administraciones Públicas de Canarias y de los demás entes del sector público incluirán en los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas particulares de sus contratos de adquisición de servicios, suministros y de ejecución de obras, criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución y cláusulas que contribuyan a alcanzar los objetivos que en materia de acción climática (artículo 24). La eficiencia energética en la adquisición o arrendamiento de inmuebles y vehículos por parte de las administraciones canarias (artículos 26 y 27), así como en la contratación de eventos (artículo 28) y en el suministro eléctrico (artículo 29). De igual manera se deberá adquirir productos, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético (artículo 30) con las excepciones que deberán justificarse.

X. EMISIONES DE GASES DE EFECTO INVERNADERO.

Por medio de la LCC (artículo 33) se crea el Registro Canario de la Huella de Carbono como instrumento autonómico para el desarrollo de las disposiciones relativas a la reducción de emisiones de gases y se habilita al Gobierno de Canarias a establecer mecanismos de compensación de emisiones para aquellas empresas no sujetas al régimen de comercio de emisiones mediante la participación o aportación en proyectos de absorción de CO₂ (artículo 32).

XI. POLÍTICAS ENERGÉTICAS.

La LCC impulsa la redacción del El Plan de Transición Energética de Canarias para conseguir un modelo energético sostenible, basado en la eficiencia energética y las energías renovables (artículo 36).

En línea con la idea de dar ejemplo, la LCC (artículos 36 y 37) exige que las administraciones públicas canarias deberán renovar anualmente, al menos, el 5% de la superficie edificada y climatizada del parque inmobiliario que tenga en propiedad. Asimismo, todos los edificios que pertenezcan o estén ocupados por las administraciones públicas de Canarias y su sector público institucional y todos aquellos en los que se presten servicios públicos deberán contar con planes de gestión energética.

Todas las instalaciones públicas deberán tener equipos de producción eléctrica y de distribución de energía térmica de fuentes renovables antes del 2030.

En cuanto al sector privado el Gobierno de Canarias promoverá y facilitará el uso eficiente de la energía, la gestión de la demanda y el uso de energía procedente de fuentes renovables en el ámbito de la edificación nueva y en la rehabilitación, para ello se llevará a cabo (artículos 38 y 41):

- a) *La simplificación de los procedimientos administrativos.*
- b) *El establecimiento de incentivos para que los propietarios con pisos en régimen de alquiler instalen autoconsumo en sus viviendas.*
- c) *La regulación de los derechos de los consumidores a convertirse en autoconsumidores, a vender la energía a valor de mercado y a la instalación de sistemas de almacenamiento.*
- d) *Establecimiento de medidas ejemplarizantes desde la Administración en materia de autoconsumo.*

En cuanto a la producción de energía eléctrica, su almacenamiento y las redes de transporte y distribución, la LCC (artículos 43 a 45) asegura la integración de la producción mediante energías renovables en los sistemas de almacenamiento, en cuanto a las redes deberán prever la maximización de la penetración renovable en los sistemas eléctricos canarios.

Se fomentará la producción de biocombustibles (artículo 46).

XII. POLÍTICAS DE TRANSPORTE Y MOVILIDAD SOSTENIBLE.

La LCC introduce la perspectiva climática y exige medidas desde la acción climática a distintas políticas sectoriales, pero esta materia debe de tratarse separadamente, por su importancia. Se mandata (artículo 47) a las administraciones públicas a la elaboración y aprobación de planes de movilidad y transporte con unos criterios y requisitos, que se amplían en lo que se determine en la legislación de transporte terrestre.¹⁷ Se exigen planes de movilidad sostenible a:

- a) Los grandes centros generadores de movilidad públicos y privados en un plazo máximo -que ya está corriendo- de cinco años desde la aprobación de la Estrategia Canaria de Acción Climática (artículo 48).
- b) Las universidades públicas y privadas de Canarias¹⁸ deberán establecer planes de movilidad sostenible con escalonamiento horario del comienzo y terminación de las actividades (artículo 49), que permitan reducir la intensidad del tráfico generado por aquellas actividades en un plazo máximo -que ya está corriendo- de cuatro años desde la aprobación de la Estrategia Canaria de Acción Climática.

Además, la disposición adicional tercera de la LCC insta a las administraciones públicas competentes: Consejería de Educación y Universidades, a valorar la pertinencia de prohibir o condicionar el uso del vehículo privado en aquellos centros educativos que así lo requieran, por sus características especiales atendiendo a criterios de cantidad de población estudiantil afectada, ubicación del centro, interferencia con otros nodos

¹⁷ Por parte de la Dirección General de Transportes Terrestres se encargó a un equipo coordinado también por quien suscribe estas líneas, la modificación de la actual Ley de Ordenación del Transporte Terrestre de Canarias, en armonización con la LCC.

¹⁸ Esta determinación es especialmente necesaria y acuciante en la isla de Tenerife, por el colapso circulatorio diario de la autopista TF-5, en cuya causa tiene que ver entre otros factores, el desplazamiento del alumnado a la ULL.

importantes de comunicación.¹⁹ También los Ayuntamientos, competentes en materia de tráfico,²⁰ en el caso de concentración de vehículos en centros educativos públicos o privados, podrán adoptar medidas de ordenación para garantizar la movilidad sostenible.

En desarrollo de lo previsto en la ley estatal, la LCC exige que las administraciones públicas reserven plazas de aparcamientos en las vías públicas y en los aparcamientos públicos, cualquiera que sea su forma de gestión, para vehículos de bajas o nulas emisiones. Del mismo modo planificarán la implantación de una red adecuada y suficiente en las vías públicas, de puntos de recarga de vehículos eléctricos y de puntos de repostaje de combustibles alternativos de origen no fósil, en un plazo de cinco años y fomentarán su establecimiento en las comunidades de propiedad horizontal y viviendas unifamiliares. Asimismo, todos los edificios de nueva construcción de titularidad de las administraciones públicas canarias contarán con puntos de recarga de vehículos eléctricos en todas las plazas de aparcamiento.

Respecto a la sustitución del parque de vehículos de combustión interna por otros con emisiones contaminantes directas nulas (artículo 52) las administraciones públicas y los entes del sector público institucional canario deberán sustituir sus vehículos de combustión interna por vehículos con emisiones contaminantes directas nulas, en un plazo máximo de diez años desde la entrada en vigor de la LCC. En cuanto a las empresas de alquiler de vehículos con o sin conductor que operen en canarias, deberán hacerlo en un plazo de quince años.

XIII. POLÍTICAS SECTORIALES.

Siguiendo con su espíritu transversal descrito en la Exposición de Motivos, por la aficción que el cambio climático produce en todos los sectores de la actividad humana y por ende de la acción de las administraciones públicas, en concreto a diversos títulos competenciales de materias diversas:

...//...

Además incide, para preceptos concretos, en otros títulos competenciales, como pueden ser los de transportes (artículo 160 EAC), turismo (artículo 129 EAC), agricultura y ganadería (artículo 130 EAC), industria (artículo 124 EAC), comercio (artículo 126 EAC), recursos hídricos (artículo 152 EAC), ordenación del litoral (artículo 157 EAC), urbanismo y vivienda (artículo 158 EAC), montes y gestión forestal (artículo 130 EAC), salud (artículo 141 EAC), servicios sociales (artículo 142 EAC), emergencias y protección civil (artículo 149 EAC), educación (artículo 133 EAC), investigación (artículo 135 EAC), energía (artículo 163 EAC) y economía (artículo 165 y ss.), que Canarias ha de ejercer con respecto a la competencia estatal para establecer las bases y llevar a cabo la coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13ª. CE), así como para determinar las bases del régimen energético (artículo 149.1.25ª. CE).

¹⁹ Extremo que deberán abordar en su plan de movilidad sostenible.

²⁰ Artículo 25.2.g) de la Ley de Bases de Régimen Local.

Con carácter general se exige que, en cualquier plan o proyecto, en la evaluación ambiental del mismo se debe de tener en cuenta la perspectiva del cambio climático y en concreto:

- a) La vulnerabilidad de dicho proyecto frente a los impactos del cambio climático en especial en el caso de nuevas infraestructuras.
- b) La evaluación de la contribución a las emisiones de gases d efecto invernadero de los nuevos proyectos.

De las medidas impuestas se pueden destacar la necesidad de elaborar un plan de transición energética los operadores que determine la ECAC.

En cada uno de los sectores, tanto en la planificación como en la gestión introducir la perspectiva climática y de reducción de emisiones.

XIV. DIFUSIÓN Y SENSIBILIZACIÓN SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO.

El Título IV de la LCC impone a las administraciones públicas canarias una serie de obligaciones en cuanto a la transparencia de la información sobre las políticas climáticas, el fomento de la participación ciudadana y la colaboración y compartición interadministrativas de los datos

En cuanto a las medidas de sensibilización y divulgación de las campañas de acción climática, la Agencia Canaria de Acción Climática, Energía y Agua desarrollará un plan de sensibilización para fomentar el cumplimiento de los objetivos de la LCC y en general todas las administraciones públicas canarias la obligación de promover campañas de formación, sensibilización y comunicación ciudadana para la acción climática.

Asimismo, se hace especial incidencia (artículos 73 a 76) en la formación de las nuevas generaciones coordinando con la Consejería de Educación la cualificación del profesorado y la introducción en los currículos de la enseñanza no universitaria y universitaria, de idéntica manera se impulsa (artículo 77) la investigación, el desarrollo y la innovación en la acción climática y la transición ecológica.

XV. REGIMEN SANCIONADOR.

La LCC es una ley finalista de resultados, en el sentido de imponer mandatos y obligaciones de resultado a los poderes públicos. Pero también, desde la LCC y especialmente a la aprobación de su sistema de planificación de acción climática, se introducen obligaciones y mandatos a los operadores económicos y ciudadanos, por lo que, como toda norma imperativa, debe de conllevar un sistema sancionador (Título V), con una habilitación del ejercicio de la función inspectora a las administraciones competentes.

XVI. DISPOSICIONES ADICIONALES, FINALES Y TRANSITORIAS.

No tiene menor importancia las disposiciones adicionales de la LCC que determinan los plazos para la aprobación de la planificación frente al cambio climático y consecuencias de su incumplimiento, cuestión que se ha tratado anteriormente y obliga al Gobierno de Canarias a rendir cuentas al Parlamento de Canarias.

En sus disposiciones transitorias, se convalidan las actuaciones anticipatorias de la Consejería competente en la elaboración de la ECAC, la Estrategia Canaria de Transición Justa y Justicia Climática, el Plan Canario de Acción Climática y el Plan de Transición Energética de Canarias, hasta que no se constituya la Agencia Canaria de Acción Climática, Energía y Agua. Asimismo, es importante la no retroactividad de sus determinaciones a los instrumentos de ordenación ambiental, de los recursos naturales, territorial, urbanística y sectorial que hayan iniciado su tramitación antes de la entrada en vigor.

Las disposiciones finales ponen plazo (tres años) a la constitución de la Agencia Canaria de Acción Climática, Energía y Agua, a la formulación y aprobación de unas Directrices de Ordenación del Litoral (cinco años). Obligan a las administraciones públicas canarias a simplificar y agilizar la ejecución de los proyectos de energías renovables, así como al Gobierno de Canarias a establecer un sistema de contabilidad medioambiental y establecer una política fiscal que permita alcanzar los objetivos de la ley.

XVII. EPÍLOGO.

Nos debe hacer reflexionar una cita de Bill Gates²¹ que en resumen expresa que, cuando nos preguntamos que se puede hacer para frenar el cambio climático, además de actitudes y decisiones individuales como consumidor y empresario o profesional, ello exige la adopción de acciones políticas concertadas. Pero como los políticos tienen en sus manos otras cuestiones además de estas, abordarán esta cuestión antes si desde la ciudadanía se les presiona.

RESUMEN:

El objeto de este trabajo es exponer las líneas maestras de la Ley de Cambio Climático recientemente aprobada por la Comunidad Autónoma de Canarias (Ley 6/2022, de 27 de diciembre, BOC 31 de diciembre), en desarrollo del mandato establecido en el Estatuto de Autonomía aprobado en 2018 (artículo 37.15) y la ley básica estatal aprobada en 2021. Los pilares de la norma que se comenta son el establecimiento de una nueva organización administrativa del área medioambiental del Gobierno de Canarias; el diseño y regulación de un sistema de planificación de acción climática, mediante la configuración de un sistema de planes sectoriales distintos de la planificación territorial y urbanística; la implantación de políticas sectoriales, que afectan a otras áreas de gestión de las administraciones públicas canarias por el carácter transversal de la Ley, como pueden ser la agricultura, la ganadería, la gestión forestal, la pesca, la energía, el transporte, la gestión de residuos, la gestión de recursos hídricos, la ocupación del dominio público marítimo-terrestre, la utilización del medio marino, el turismo, la ordenación del territorio urbano y rural, infraestructuras de puertos, aeropuertos, transporte terrestre y ferroviario; la sensibilización y el fomento de la conciencia sobre el cambio climático y la necesidad de la acción climática, mediante la transparencia en la información, la participación ciudadana, la educación no universitaria y universitaria y la investigación; y por último, comoquiera que la Ley no

²¹ Gates Bill. "Como evitar un desastre climático", Ed. Plaza y Janes, febrero 2021, Capítulo 12.

es solo un texto propositivo de mandatos, política y remisión a la planificación, sino que se pretende una norma con contenido obligacional coercitivo, cuenta con un sistema sancionador administrativo.

Palabras clave: cambio climático / Acción climática / Planes de acción insulares y municipales / Plan de transición energética / Políticas sectoriales / Canarias

ABSTRACT:

The purpose of this article is to present the guidelines of the Climate Change Law. This Law has been recently approved by the Parliament of the Canary Islands (Law 6/2022, of December 27, BOC December 31). in development of the mandate established in the Statute of Autonomy approved in 2018 (article 37.15) and the basic state law approved in 2021. The pillars of Climate Change Law are: the establishment of a new administrative organization in the environmental area of the Canary Island Government; the design and regulation of a climate action planning system, through the configuration of a sectorial system plans, that are different from territorial and urban plan; the implementation of sectoral policies, which affect other areas of management of the Canarian Public Administrations due to the transversal nature of the Law, such as agriculture, livestock, forest management, fishing, energy, transport, management waste management, water resources management, occupation of the maritime-terrestrial public domain, use of the marine environment, tourism, urban and rural land use planning, port and airport infrastructure, land and rail transport; raising awareness and promoting awareness about climate change and the need for climate action, through transparency in information, citizen participation, non-university and university education and research; and finally, since the Law is not only a propositional text of mandates, policies and referral to planning, but rather a norm with coercive obligational content, it has an administrative sanctioning system.

Key words: climate change / Climate action / Island and municipal action plans / Energy transition plan / Sectoral policies / Canary Islands

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR TRAS LA SENTENCIA TJUE DE 28 DE JUNIO DE 2022.

Tomás Ramón Fernández

Catedrático emérito de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid
Abogado

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN.**
- II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR ANTES DE LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE.**
- III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR EN LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE.**
- IV. UNA SENTENCIA APARATOSA, FÁCIL DE ENCAJAR, PERO MUY DISCUTIBLE.**

I. INTRODUCCIÓN.

La celebración de esta XXI edición de las Jornadas Nacionales de la Función Consultiva tuvo que suspenderse *in extremis* hace ya tres años a consecuencia del Covid-19. Tenía yo entonces preparado un texto que, dada la incertidumbre sobre la nueva convocatoria de las mismas, decidí remitir al libro homenaje a mi compañero y amigo el Prof. CAZORLA PRIETO (vid. *La responsabilidad del Estado-Legislador: un futuro incierto* en L. CAZORLA GONZÁLEZ SERRANO, director, *Estudios en homenaje al Prof. L. CARZOLA PRIETO*, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021, vol. II, págs. 609 y siguientes). A lo dicho en ese texto tengo que remitirme ahora que vuelvo a ser requerido con el mismo objeto. No repetiré, pues, lo que entonces dije, que simplemente he de prolongar para analizar la Sentencia dictada muy recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 28 de junio último en el recurso, que entonces parecía inminente pero que aún no se había interpuesto por la Comisión Europea, contra la regulación del asunto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Me limitaré, por lo tanto, a hacer un breve recordatorio de la situación existente con anterioridad a la promulgación de esta Ley, ya que es absolutamente imprescindible para poder comprender y valorar la regulación que ésta contiene.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR ANTES DE LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE.

El tema de la responsabilidad del Estado-Legislador irrumpió en nuestro Derecho de una forma tan tumultuosa como inesperada y está buscando todavía su lugar definitivo en el sistema. Digo esto porque durante muchos años, incluso después de

promulgada la Constitución vigente, permaneció inédito y porque nadie podía suponer siquiera que el comienzo de este siglo haría acto de presencia de forma tan estruendosa como lo hizo.

Mientras no hubo Constitución, ni justicia constitucional difícilmente podía plantearse, ya que al no haber nada por encima de la Ley, el Legislador podía considerarse soberano y reclamar para sí, en consecuencia, el viejo principio medieval de que *the king can do not wrong*. En Francia, que ha sido nuestra referencia tradicional, el *arrêt La Fleurette* de 1938 era poco menos que una rareza, una mera referencia erudita.

Con esa mentalidad entramos en la nueva etapa abierta por la Constitución de 1978, que, al instaurar un sistema de justicia constitucional, permitía pensar en la posible existencia de Leyes inconstitucionales y, por lo tanto, en los perjuicios, antijurídicos, que hubieran podido producir a personas concretas en el tiempo en el que fueron aplicadas hasta su efectiva anulación.

El Legislador tardó en reaccionar, sin embargo, y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se limitó a lavarse las manos al incluir un artículo, el 139.3, en el que parecía reconocer el derecho de una persona o grupo de personas a ser indemnizados por los perjuicios que hubiera podido producirles la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria que no tuvieran el deber jurídico de soportar, impresión que, sin embargo, desaparecía de inmediato al precisar que tal derecho solo existiría realmente cuando así se estableciera en los propios actos legislativos y en los términos que estos pudieran establecer. Nada, por lo tanto, en la práctica, ya que se dejaba en manos del propio Legislador decidir en cada caso, positiva o negativamente, acerca de la posibilidad de obtener una reparación de los perjuicios sufridos.

Esta era, desde luego, la posición general: que el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no decía nada digno de atención. Sin embargo, sí había en dicho precepto dos cosas importantes que retener y que hay que subrayar aquí y ahora porque el precepto en cuestión ha sido reproducido por el artículo 32.3 de la Ley 40/2015 y sigue siendo, por lo tanto, Derecho vigente. La primera de ellas es que la reparación de los daños que pudiese causar la aplicación de Leyes conformes con la Constitución no es ni general, ni obligada. Depende, en principio, de la especialidad y la intensidad de esos daños, que corresponde valorar en cada caso al propio Legislador a la vista de las concretas circunstancias concurrentes. El principio, no escrito, de igualdad ante las cargas públicas parece exigir un tratamiento diferenciado y habla en favor de la compensación de los sacrificios especiales que para determinadas personas pueda suponer el cumplimiento de la Ley.

La segunda aportación de ese fantasmal artículo 139.3 de la Ley 30/1992 (hoy 32.3 de la Ley 40/2015), que amagaba pero no terminaba de dar, era el recordatorio de la necesidad de distinguir entre las expropiaciones legislativas y la responsabilidad del Estado-Legislador, que son, ciertamente, cosas distintas, cuya distinción resulta de la existencia en nuestro Derecho de un concepto material de expropiación que la jurisprudencia constitucional ha hecho suyo, según el cual se entiende por expropiación toda privación singular, acordada imperativamente –y nada hay más imperativo por supuesto, que un precepto legal-, de la propiedad o de derechos patrimoniales legítimos, cualquiera que sea la forma que adopte, incluida la mera cesación en el ejercicio de una

actividad, según reza el artículo 1 de la vieja Ley de Expropiación Forzosa de 1954, todavía en vigor.

Una privación singular de este tipo, si fuese acordada por una norma con rango y fuerza de Ley, sería, pues, materialmente una expropiación y, como tal, habría de ser indemnizada o compensada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 33 de la Norma Fundamental. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no dudó en estimarlo así en aquellos casos en los que en aplicación de una Ley se acordaba la declaración de un paraje determinado como área natural de especial protección y se prohibía en consecuencia la realización dentro del mismo de obras de urbanización por mucho que existiera un Plan Parcial y un Proyecto de Urbanización que amparara éstas (vid. Sentencias *Es Trenc-Salobrar de Campos* de 17 de febrero y 6 de marzo de 1998) o en supuestos en los que se venía a prohibir la caza en unos terrenos a partir de su inclusión en un Parque Natural (Sentencia de 20 de enero de 1999) o, en fin, se imponía el cese de una actividad minera debidamente autorizada impuesto por una Ley cuya constitucionalidad no fue discutida (Sentencia *Maresa* de 27 de septiembre de 2016), por citar sólo los casos más conocidos.

De responsabilidad patrimonial del Legislador en sentido propio no hubo nada, sin embargo, hasta que estalló con gran estruendo el asunto de las máquinas recreativas. Como se recordará, la Ley 5/1990, de 20 de junio, estableció un gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar, que fue declarado inconstitucional y nulo por la Sentencia constitucional 173/1996, de 31 de octubre. A partir de este momento se produjo un auténtico aluvión de reclamaciones de devolución de las cantidades pagadas por ese concepto, que fueron estimadas por el Tribunal Supremo, sin otro apoyo que el que pudiera darle la inclusión en el artículo 9.3 de la Constitución del principio de responsabilidad de los poderes públicos, por considerar que “por definición, la Ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido *a priori* en su texto”, por decirlo con las propias palabras de la Sentencia de 13 de junio de 2000, una de las primeras de la serie, que arrancó con la Sentencia de 29 de febrero de ese mismo año.

No es cuestión de entretenerse aquí con la forma en que fue evolucionando esta jurisprudencia primeriza, pero lo que sí hay que retener es que la serie completa, que abarca más de un centenar de sentencias, pasó por encima de todos los posibles obstáculos que se le fueron oponiendo. El de la cosa juzgada, en los casos en los que las reclamaciones de devolución habían sido ya previamente desestimadas por sentencia firme por entender que la acción de responsabilidad tiene carácter autónomo y que su estimación no deja sin efecto la autoliquidación practicada, pero sí permite reconocer que el pago de unas cantidades que resultaron ser indebidas constituye un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable que el interesado no tiene el deber jurídico de soportar. El del aquietamiento a la consiguiente firmeza de las autoliquidaciones, porque no puede imponerse a los particulares que pueden verse afectados por una Ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar en todas las instancias y grados los actos de aplicación de las mismas. Y, en fin, el de la prescripción del derecho a reclamar porque, de acuerdo con la teoría de la *actio nata*, el *dies a quo* de los plazos correspondientes tiene que ser el de la publicación de la Sentencia

constitucional, que es lo que permite tener un conocimiento pleno de la viabilidad de la pretensión indemnizatoria.

La jurisprudencia, muy compacta, superó también el voto particular formulado por el Sr. XIOL RÍOS a la Sentencia de 13 de junio de 2000 y la crítica muy radical de GARCÍA DE ENTERRÍA en el que fue su último libro (vid. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho Español*, 2005), y se mantuvo firme hasta el final.

Esa misma doctrina se aplicó por las Sentencias de 21 de junio, 12 de julio y 7 de octubre de 2004 en el caso del pase a la situación de segunda actividad al cumplir los cincuenta y ocho años de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía decretado por la disposición adicional vigésima de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de los Presupuestos Generales del Estado.

Más sencillo era, sin duda, el caso resuelto por la Sentencia de 2 de junio de 2004, ya que el Tribunal Constitucional había declarado en su Sentencia de 2 de julio de 2004 la inconstitucionalidad y nulidad del recargo del 50 % creado por el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria en su redacción de 1991 por estimar con toda razón que ese recargo por la presentación fuera de plazo de declaraciones o autoliquidaciones tributarias constituía materialmente una sanción, cuya imposición automática sin dar al interesado oportunidad de hacer alegaciones en su defensa implicaba una vulneración de las garantías reconocidas por el artículo 24.2 de la Constitución. Este carácter sancionatorio permitía salvar cómodamente el obstáculo de la cosa juzgada, dados los términos del artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El de la firmeza de los actos de imposición del recargo derivado del aquietamiento de sus destinatarios era ya más fácil de superar, dada la posibilidad de instar la revisión de oficio de dichos actos que, al quedar sin cobertura, serían nulos de pleno derecho, procedimiento que en estos casos el Tribunal Supremo consideró prescindible “por evidentes razones de economía procesal y ante la evidencia de la nulidad de pleno derecho”.

Esta era la jurisprudencia que marcaba el nivel en el que se encontraba nuestro Derecho en materia de responsabilidad “por hecho de las Leyes” hasta la promulgación de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Como ha podido verse, la protección era muy generosa, puesto que no limitaba en absoluto la posibilidad de reconocimiento del derecho a obtener una indemnización ni por razón del vicio determinante de la declaración de inconstitucionalidad, que podía ser tanto formal como sustantivo, ni tampoco por el tiempo transcurrido desde que el perjuicio se concretó, ya que el plazo para reclamar comenzaba con la publicación de la Sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad. Tampoco exigía ningún comportamiento activo de denuncia de la inconstitucionalidad, ni se excluía por el hecho de haberlo intentado sin éxito al ser desestimado en firme su recurso.

Exponer esta situación, aunque haya sido tan rápidamente, era imprescindible para entender la regulación del asunto contenida en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y también para comprender y valorar los términos del debate al que ha puesto fin la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022, que nos obliga ahora a reformarla.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR EN LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE.

Dados sus precedentes, es difícil, si posible, no ver en la regulación contenida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, la expresión de una decidida voluntad de rectificar el estado de cosas al que se había llegado, de depurar los excesos en que había incurrido una jurisprudencia demasiado entusiasmada con su “hallazgo” y de encauzar el futuro de un problema que pocos años antes se hubiera tomado por excepcional, pero que la realidad había demostrado que no sólo no lo era en absoluto, sino que llevaba camino de convertirse en algo normal por repetido, dada la relativa frecuencia con la que se producían Sentencias anulatorias de normas con fuerza de Ley.

La apreciación de E. GUICHOT (vid. *La responsabilidad del Estado-Legislator por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación española a la luz de los principios de equivalencia y efectividad* en Revista Española de Derecho, nº 60, pág. 9) de que dicha regulación constituye prácticamente una enmienda a la totalidad de la jurisprudencia precedente expresa muy bien la impresión generalizada que produjo la aparición del nuevo texto legal.

El artículo 32 de éste admitió por vez primera expresamente la responsabilidad del Estado-Legislator “cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de Ley declarada inconstitucional” (apartado 3, párrafo segundo a), pero añadió a continuación que procedería la indemnización de los mismos solamente “cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño” y se hubiera alegado en dicho recurso la inconstitucionalidad posteriormente declarada (artículo 32.4).

El párrafo segundo del artículo 34.1 limitó, además, la indemnización posible a “los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la Sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de Ley salvo que la Sentencia disponga otra cosa”.

El artículo 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, estableció que el derecho a reclamar prescribía al año de la publicación el Boletín Oficial del Estado de la Sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma.

Ya no valía todo, por lo tanto, como ocurría antes. No valía, por lo pronto, aquietarse; había que reaccionar contra el acto aplicativo de la Ley productora del daño dentro del plazo que al efecto establece la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para interponer el correspondiente recurso y, además, había que denunciar en el curso del mismo el vicio de inconstitucionalidad de la Ley de la que el acto recurrido era aplicación. No se podía esperar, como hasta entonces había admitido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a que el Tribunal Constitucional declarara la inconstitucionalidad de la Ley para, a partir de ese momento y sobre esa base segura reclamar la indemnización de los daños sufridos; había que verlo antes e intentar hacer valer ese argumento en el recurso contencioso-administrativo que era preciso interponer contra al acto de aplicación causante del daño. La indemnización de ese daño no estaba, por lo tanto, al alcance de todos los eventuales perjudicados, sino sólo de los muy avisados o de los bien asesorados que hubiesen advertido desde el primer momento la infracción de la Constitución y hubiesen reaccionado de inmediato contra ella.

La indemnización, por lo demás, no era integral, puesto que se limitaba a los daños producidos en los cinco años anteriores a la publicación de la Sentencia declarativa de la inconstitucionalidad, lo que reducía sustancialmente la cobertura, dado el tiempo que tarda normalmente el Tribunal Constitucional en resolver los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad.

La regulación expuesta era también, exactamente, la aplicable en los casos en que los daños tuvieran su origen en la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, posibilidad ésta introducida como algo “inherente al sistema del Tratado” por la Sentencia *Franovich y Bonifaci* de 19 de noviembre de 1991 y perfilada cuatro años después por la Sentencia *Brasserie de Pêcheur y Factortame* de 4 de marzo de 1996.

También en este caso se requería una declaración formal de la contradicción existente entre la Ley española y el Derecho de la Unión Europea y también era preciso que el particular dañado hubiera reaccionado de inmediato contra la actuación administrativa que hubiese ocasionado el daño alegando en su recurso la infracción del Derecho Europeo.

La única diferencia advertible entre los dos supuestos era la exigencia en el caso de la responsabilidad por infracción del Derecho de la Unión Europea de que deberían cumplirse los tres requisitos que éste requiere con carácter general, a saber: que la norma tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que el incumplimiento esté suficientemente caracterizado y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño producido (artículo 32.5, *in fine*).

Esta diferencia hacía temer inicialmente una reacción de la Comisión Europea por su posible oposición con el principio de equivalencia, que, como es sabido, exige que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones nacionales de naturaleza interna. La hubo, en efecto, pero no sólo por este motivo, sino también por la posible infracción en la que la Ley 40/2015 hubiera podido incurrir del principio de efectividad, según el cual los requisitos exigidos por las legislaciones nacionales no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.

La Comisión abrió, en efecto, el procedimiento previo el 25 de julio de 2016 y, al resultar éste infructuoso, inició el procedimiento de infracción mediante escrito de 15 de junio de 2017, en el que tampoco se llegó a un acuerdo por encontrarse en funciones el Gobierno español en julio de 2019. Interpuesto el correspondiente recurso, el Tribunal de Justicia lo ha resuelto mediante Sentencia de 28 de junio de 2022, que ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad en la medida en que los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, someten la indemnización de los daños ocasionados a los particulares como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión a los siguientes requisitos:

- que exista una Sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de Ley aplicada;
- que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una Sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin establecer ninguna excepción para los supuestos en que el daño deriva directamente de un acto u omisión del Legislador, contrario al Derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnada;
- que el plazo de prescripción se establezca en un año a partir de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la Sentencia del Tribunal de Justicia que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión Europea de la norma con rango de Ley aplicada sin abarcar aquellos supuestos en los que no exista tal Sentencia y
- que solo son indemnizables los daños producidos en los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la referida Sentencia, salvo que esta disponga otra cosa.

La Sentencia desestima, sin embargo, el recurso de la Comisión en lo que respecta a la alegada infracción del principio de equivalencia por considerar, con todo acierto, que éste no era aplicable en este caso, aunque los requisitos del Derecho de la Unión Europea sean menos favorables que los exigidos para pedir la responsabilidad por daños derivados de Leyes inconstitucionales, porque al principio en cuestión “no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todos los recursos interpuestos en un ámbito determinado” (apartado 183).

A la vista del fallo transcrito la pregunta que hay que formularse es: si puede considerarse bien fundada la crítica de la regulación contenida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre. A continuación, intentaré responderla.

IV. UNA SENTENCIA APARATOSA, FÁCIL DE ENCAJAR, PERO MUY DISCUTIBLE.

La sentencia del TJUE de 28 de junio último es, sin duda, aparatosa y extraordinariamente densa, además, pero no trastorna demasiado el sistema establecido por la Ley 40/2015 y, por lo tanto, no resulta difícil de encajar.

Dicho esto, en primer término, ya que, guste o no, la Sentencia debe ser cumplida y la Ley rectificadora en lo procedente, pueda ya afirmarse que la Sentencia en cuestión es muy discutible y en el fondo poco acertada, ya que hubiera sido perfectamente posible, como luego podrá comprobarse, llegar a una interpretación conforme de la Ley con el Derecho de la Unión Europea y eludir de ese modo la, siempre traumática, anulación de unos preceptos legales.

Antes, sin embargo, de entrar en el fondo del problema conviene despejar el campo. A estos efectos hay que subrayar que de los cuatro reproches que la Sentencia formula hay uno en el que es forzoso dar la razón al Tribunal. Reducir la indemnización de los daños a los que hubiesen podido producirse en los cinco años anteriores a la publicación oficial de la Sentencia declaratoria del carácter contrario al Derecho de la

Unión Europea de la norma con rango de Ley aplicada siempre me pareció excesivo y así lo dije en el texto al que hice referencia al comienzo. La limitación -decía entonces- es, en principio, explicable, pero a poco que se reflexione sobre ella es inevitable su rechazo. Basta pensar que ese plazo de cinco años se consume fácilmente con la tramitación del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad y que antes de que ésta pueda promoverse el afectado habrá tenido ya que interponer un recurso contencioso-administrativo contra el acto de aplicación de la Ley que supone contrario a la Constitución, lo que consume también una buena cantidad de tiempo, especialmente si recurre en apelación o casación la sentencia desestimatoria de primera instancia, algo que, desde luego, no es obligado según la Ley, aunque en la práctica será imprescindible si se pretende que el asunto se eleve al Tribunal Constitucional, ya que es poco probable que un Tribunal inferior plantee la cuestión de inconstitucionalidad.

El prof. FERNÁNDEZ FARRERES en un cuidadoso análisis que ha hecho de la Sentencia del TJUE al que es forzoso remitirse (vid. *Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de la configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador: la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 28 de junio de 2022*, de próxima publicación en la Revista Española de Derecho Administrativo) propone que en la obligada adaptación a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Ley 40/2015 sea suprimida esta limitación de los cinco años o se extienda, en otro caso, a diez años. Yo sería partidario de lo primero.

También es fácil de encajar el reproche consistente en no haber previsto una excepción a la exigencia de haber obtenido una Sentencia desestimatoria en el recurso previamente interpuesto contra la actuación causante del perjuicio “para los supuestos en que el daño derive directamente de un acto u omisión del Legislador contrario al Derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnada”, puesto que nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de octubre de 2020 ya abordó el problema de los daños directos resultantes de Leyes “autoaplicativas” y lo resolvió limpiamente, como ha recordado FERNÁNDEZ FARRERES, por vía interpretativa sin más que advertir que en estos casos la exigencia de obtener Sentencia desestimatoria es de imposible cumplimiento al no estar al alcance de un simple ciudadano la posibilidad de interponer contra la Ley de que se trate un recurso de inconstitucionalidad. La condición imposible, añado yo, anula la obligación en aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 1.116 del Código Civil, por lo que, en buena teoría, el reproche formulado tendría que haberse obviado.

El punto realmente conflictivo es el expuesto en primer lugar, es decir, el relativo a la exigencia que el artículo 32 de la Ley, en sus apartados 5 y 6, formula que el carácter contrario al Derecho de la Unión de la Ley española haya sido formalmente declarado por una Sentencia del TJUE.

El problema surge porque el apartado 5 del artículo 32 de la Ley 40/2015, relativo de la responsabilidad derivada de “la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea”, reproduce sistemáticamente el esquema del apartado 4 del mismo artículo, que se refiere a la responsabilidad que sea consecuencia de la “aplicación de una norma con rango de Ley declarada inconstitucional”. Si en este último caso se requiere una Sentencia del Tribunal Constitucional en el primero se necesitará una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, como viene a reconocer el apartado 6 del precepto cuando establece que “la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma

contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado o en el Diario Oficial de la Unión Europea”.

Esta equiparación de ambos supuestos es, obviamente, incorrecta, ya que desde la Sentencia Costa-Enel de 1964, confirmada y prolongada por la Sentencia Simmenthal de 1978, quedó muy claro que cualquier Tribunal puede constatar la contradicción entre una Ley nacional y una norma europea y aplicar ésta, desplazando o dejando de lado aquélla. Es claro, por lo tanto, que subordinar la reclamación de una indemnización por los daños producidos por una Ley española a la existencia de una declaración formal por el Tribunal de Justicia de su disconformidad con el Derecho de la Unión es improcedente y se opone al principio de efectividad, ya que ésta queda sensiblemente menguada.

A esta argumentación, que parecía imparable, la Abogacía del Estado supo oponer una respuesta inteligente, que bien podía haber conducido al Tribunal de Justicia a una interpretación conforme de la Ley 40/2015, que no hubiera perjudicado lo más mínimo al Derecho Europeo y hubiera evitado al propio tiempo la anulación de los preceptos impugnados y la posterior reconstrucción del texto legal.

La defensa propuso en concreto elevar el tiro y contemplar el conjunto del sistema de responsabilidad regulado por los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, en lugar de poner el foco aisladamente en el apartado 5 del primero de dichos preceptos. Su tesis fue que el artículo 32.1 de la Ley contiene una cláusula general que permite declarar todo tipo de daños, cualquiera que sea su causa. Basta formular una solicitud en este sentido a la Administración, cuya respuesta abrirá la vía del recurso contencioso-administrativo. Y si no hay respuesta podrá hacerlo en su lugar, que para eso está, su silencio. El hecho de que la cláusula en cuestión se refiera literalmente al “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, no excluye que por esta vía se reclamen los daños producidos por una Ley, reclamación que en todo caso hay que hacer a la Administración, que es la única personificación del Estado en el plano interno. Sería ésta, por lo tanto, con su respuesta negativa o con su silencio, la que, finalmente, funcionaría y, en concreto, mal.

En este contexto la posibilidad de exigir responsabilidad por los daños del Estado-Legislador a la que se refieren expresamente los apartados 4 y 5 del artículo 32 sería sólo una “cláusula de cierre del sistema jurídico español”, “un remedio específico y residual” que la Ley ofrece para aquellos casos en que la reclamación formulada al amparo de la cláusula general del apartado 1 del citado artículo no hubiese prosperado y una Sentencia posterior de nuestro Tribunal Constitucional o del Tribunal de Justicia de la Unión hubiese declarado la inconstitucionalidad de la Ley española causante del daño o su disconformidad con el Derecho de la Unión.

La Sentencia de estos Tribunales volvería a abrir el plazo para reclamar y en este nuevo intento es enteramente lógico que el apartado 6 del artículo 32 tome como referencia la publicación de una u otra en el periódico oficial correspondiente para que comiencen a producir efectos y que el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, sobre el Procedimiento Administrativo Común, utilice esa misma referencia como *dies a quo* del plazo de prescripción.

Visto así, la exigencia de una Sentencia del Tribunal de Justicia que declare que la Ley española productora del daño es contraria al Derecho de la Unión no es, en absoluto, contraria al principio de efectividad, que quedaría perfectamente satisfecho

con el despliegue de la vía general del artículo 32.1 que para nada requiere tal Sentencia, que sólo es necesaria para el supuesto adicional de que en esa vía general no tenga éxito la reclamación del afectado, al que el apartado 5 del artículo 32 ofrecería un remedio específico y residual o, para ser más exacto, un cauce complementario.

Es forzoso reconocer que a nadie antes se le había ocurrido interpretar nuestro sistema legal en estos términos. A mí tampoco, por supuesto, pero no me cuesta admitir que la interpretación que ha acertado a desplegar en el proceso la defensa del Reino de España es no sólo brillante, sino también consistente, lo que prueba una vez más que la Ley puede ser y es en muchos casos más inteligente que el propio Legislador.

Es lástima que el Tribunal de Justicia se haya agarrado, como lo ha hecho, al tenor literal del artículo 32.1 de la Ley limitando el alcance de éste a la responsabilidad patrimonial de la Administración (vid. el apartado 76 de su Sentencia) y que nos haya obligado a reformar innecesariamente la Ley 40/2015, de 1 de octubre, aunque esto no suponga realmente un problema. No es difícil hacerlo y el Prof. FERNANDEZ FARRERES ha precisado, incluso, cómo proponiendo en su trabajo los textos correspondientes que habría que introducir, pero es de temer que el conjunto no quede más claro, lo que sería, sin duda, una pérdida.

RESUMEN

Este escrito contiene un estudio de la situación en el Derecho Español de la responsabilidad del Estado-Legislador antes de la Ley 40 de 1 de octubre de 2015, de la regulación introducida por esta Ley y, finalmente, de la resolución adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 28 de junio de 2022 sobre el recurso de la Comisión Europea contra la citada Ley.

El autor critica la decisión del Tribunal, que obliga al Legislador español a reformar la Ley.

Palabras clave: Responsabilidad – Estado – Legislador – Ley 40/2015, de 1 de octubre – Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 28.6.2022.

ABSTRACT

This writing contents a study of the situation in the Spanish Law about the responsibility of the Law-Maker before the actual Law 40 of 1.10.2015, the regulation introduced by these Law and finally the resolution adopted by the Court of the European Union the 28.6.2022 about the appeal of the European Commission against the law.

The author critic the decision of the Court, which obligs the spanish Law-Maker to reform the law.

Keywords: Responsibility – Law-Maker – Spanish Law 1.10.2015 – Decision of the Court of the European Union of 28.6.2022.

LÍMITES A LAS FACULTADES DE REVISIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS DEL ARTÍCULO 110 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. EXAMEN DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES PARA SU APLICACIÓN.

Rafael Fernández Valverde
Magistrado emérito del Tribunal Supremo
Exvocal del CGPJ
Consejero de Montero-Aramburu
Profesor de CUNEF Universidad

Sumario:

- I. CONCRECIÓN NORMATIVA DE LA REVISIÓN DE OFICIO**
- II. LA NATURALEZA DE LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS NULOS.**
 - a) Potestad administrativa con posibilidad de inadmisión *a limine*.
 - b) Finalidad: depurar vicios de nulidad una vez transcurridos los plazos de los recursos en defensa del principio de legalidad.
 - c) La potestad de la revisión de oficio sólo corresponde a la Administración autora del acto o disposición.
 - d) La Administración no es interesada.
 - e) La inviabilidad de la revisión de oficio a instancia de la Administración autonómica superados los plazos de impugnación de la ley de Bases del Régimen Local.
- III. LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN DE OFICIO: SU ÁMBITO.**
- IV. LA LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.**
- V. LAS LIMITACIONES LEGALES EN SU CONJUNTO.**
- VI. OTRAS LIMITACIONES LEGALES: LA COSA JUZGADA.**

I. CONCRECIÓN NORMATIVA DE LA REVISIÓN DE OFICIO

El primero de los dos capítulos que integran el Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) se denomina “De la revisión de los actos en vía administrativa”, integrado por los artículos 106 a 111, que guardan similitud –con algunas innovaciones– con las regulaciones que se contenían en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (LPA), artículos 109 a 112, así como en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento

administrativo común (LRJPA), artículos 102 a 106; norma, esta última, que fuera modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la citada LRJPA, y que, en relación con el particular concernido, se expresaba así en el apartado V de su Exposición de Motivos :

“En materia de revisión de oficio, en el artículo 102, se introduce un trámite de inadmisión de las solicitudes de los interesados, sin necesidad de recabar el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma. Por otra parte, se introduce la revisión de oficio de las disposiciones generales nulas, que no opera, en ningún caso, como acción de nulidad.

En cuanto a los actos anulables, se elimina la potestad revisora de la Administración prevista en el artículo 103, con lo que se obliga a la Administración pública a acudir a los Tribunales si quiere revisarlos, mediante la pertinente previa declaración de lesividad y posterior impugnación, eliminando también la posibilidad de que los ciudadanos utilizaran esta vía que había desnaturalizado por concepto el régimen de los recursos administrativos. De esta forma, se colocan Administración y ciudadanos en una posición equiparable.

En materia de revocación de actos, el nuevo artículo 105 refuerza sus límites, añadiendo que no puede constituir dispensa o exención no permitida por las leyes, ni ser contraria al principio de igualdad o al interés público”.

Una segunda modificación –puntual, artículo 103.3– de la LRJPA fue llevada a cabo por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social (artículo 81), que amplía el plazo del procedimiento para la declaración de lesividad de los actos anulables a los seis meses, en vez de los tres meses iniciales, cuyo transcurso seguía determinando la caducidad del procedimiento iniciado.

Se trata, pues, de uno de los dos mecanismos previstos por las leyes de procedimiento para poder proceder a revisión de los actos administrativos –e incluso las disposiciones generales– en vía administrativa, que son ubicados por el legislador, desde siempre, en dos Capítulos diferentes: “Revisión de oficio” y “Recursos administrativos”.

Es, sólo, del primero de estos dos capítulos del que nos ocupamos (artículos 106 a 111), limitándonos, dentro del mismo, exclusivamente, a la revisión de oficio de los actos administrativos firmes, y excluyendo, por tanto, la revisión de las disposiciones generales de las que se ocupa el artículo 106.2, en el que destacan –desde la reforma de la LRJPA de 1999– dos particularidades: que su revisión solo resulta posible de oficio (quedando, pues, excluido el inicio mediante solicitud a instancia de parte), y, por otra parte, que, mientras para los actos administrativos el precepto resulta imperativo (“*declararán de oficio la nulidad*”), no parece ser, en principio, así en relación con las disposiciones generales (“*podrán declarar la nulidad*”).

Realizando una descripción de conjunto del contenido del Capítulo I, los preceptos que lo integran tratan de las siguientes materias:

- Artículo 106: Revisión de las disposiciones y actos nulos.
- Artículo 107: Declaración de lesividad de los actos anulables.
- Artículo 108: Posibilidad de suspensión de la ejecución de los actos respecto de los que se hubiera iniciado el procedimiento de revisión, cuando concurra la causa de existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación.

- Artículo 109: Con un doble contenido:

(1) Revocación de actos de gravamen o desfavorables (que cuenta con unas limitaciones específicas)

(2) Rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos.

- Artículo 111: Competencia para la revisión de oficio de los actos y disposiciones en la Administración General del Estado.

Obviamente, dejamos al margen el artículo 110 de la LPAC, que constituye el objeto central de esta ponencia.

II. LA NATURALEZA DE LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS NULOS.

a) Potestad administrativa con posibilidad de inadmisión *a limine*.

La revisión de oficio constituye una potestad de la Administración pública, cuyo ejercicio tiene un carácter obligatorio, establecida por las sucesivas leyes de procedimiento administrativo en defensa del mantenimiento del principio de legalidad, cuando concurren las condiciones materiales y formales establecidas en el vigente artículo 106 de la LPAC de 2015.

La duda sobre el carácter potestativo u obligatorio del ejercicio de esta potestad de la Administración vino determinada por la inicial redacción que se contenía en el citado artículo 112 de la LPA de 1958, en el que se señalaba que “[l]a Administración **podrá en cualquier momento... declarar la nulidad**”. Esta misma redacción continuaría en la inicial redacción de la LRJPA de 1992, hasta que la misma fuera modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la citada LRJPA, que, en la nueva redacción del artículo 102.1 de la LRJPA –sólo en relación con los actos administrativos– se expresa que “[l]as Administraciones públicas... **declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos**”. Como ya se ha puesto de manifiesto, ese cambio normativo no se extiende al “nuevo” apartado 2 del artículo 102, que, como novedad, contempló la posibilidad de la declaración de nulidad de las disposiciones generales; y se utiliza la expresión posibilidad porque este apartado –como antes la LPA de 1958 y la LRJPA de 1992– continúa señalando que “*las Administraciones públicas... podrán declarar la nulidad*”. Posiblemente, esta diferencia debe situarse en el contexto de que es la misma reforma de 1999 la que introduce la posibilidad de la inadmisión a trámite motivada de la solicitudes de revisión de oficio “*formuladas por los interesados*” que sólo resultaban posibles, como se ha expresado, en relación con los actos administrativos y no en relación con las disposiciones generales.

El Tribunal Supremo se pronunció hace tiempo respecto de dichas dudas, y sobre la auténtica naturaleza jurídica de la revisión de oficio. Así, en la STS de 18 de diciembre de 2007 (ES:TS:2007:9022, RC 9826/2003), señaló

“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.

Mas ello, de modo alguno excluye que la Administración venga legitimada y habilitada para realizar un primer enjuiciamiento o valoración de la pretensión anulatoria ejercitada, y si la estimara manifiestamente improcedente rechazarla de plano sin iniciar el consiguiente procedimiento que obligaría, entre otros trámites innecesarios, a un pronunciamiento del Consejo de Estado u órgano de la Comunidad Autónoma, de ahí que quepa –tras la expresada reforma de la LRJPA– la inadmisión expresa de la solicitud sin iniciar el procedimiento, sometido a unos requisitos taxativos y rígidos en beneficio del principio de seguridad jurídica, pues de otro modo bastaría en cualquier momento la mera alegación de causa de nulidad para obligar a tramitar y decidir cuestiones que jurídicamente murieron tiempo atrás.

La posibilidad –de declaración de inadmisión– no figuraba en la inicial redacción de la LRJPA, señalando la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, que es la dicha norma la que "en materia de revisión de oficio, en el artículo 102, se introduce un trámite de inadmisión de las solicitudes de los interesados, sin necesidad de recabar el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma". Se establece, así, una fase previa en el examen de las solicitudes de revisión de oficio, que permita la denegación de forma rápida de aquellas peticiones que sean infundadas, mediante una resolución de inadmisión a trámite de las solicitudes, adoptada con las necesarias garantías.

Obvio es, que no nos encontramos, pues, ante una cuestión de fondo en la que debemos decidir sobre la real y efectiva concurrencia de la citadas causas de nulidad de pleno derecho del artículo 62 de la LRJPA, sino tan solo en la situación de comprobar si de los hechos o circunstancias alegadas en el escrito de solicitud dirigido por las recurrentes al Ayuntamiento, puede, ab initio, deducirse una relación o conexión de tales hechos o circunstancias con alguna de las mencionadas causas de nulidad de pleno derecho, que cuente con entidad suficiente para merecer una más detallada consideración y examen, sometiéndola, en consecuencia, a los trámites esenciales del procedimiento de revisión de oficio; debe, por tanto, existir, una cierta consistencia en la citada relación entre las circunstancias o hechos narrados y el elemento determinante de la causa de nulidad, o, dicho de otra forma, debe aparecer ya, desde esta perspectiva inicial, una apreciable configuración fáctica de la que poder deducir, con los habituales criterios de la lógica jurídica, la posibilidad de integrar o acreditar, a lo largo del procedimiento que se inicia, los diversos requisitos que las causas de nulidad requieren; ha de contarse, en consecuencia, con algún dato relevante del que poder deducir, con un cierto grado de certeza, la concurrencia de los elementos determinantes de las causas de nulidad alegadas.

No basta, pues, con la simple cita de la causa de nulidad, ya que es preciso que, no obstante la provisionalidad que debe caracterizar tal examen inicial, se cuente al menos con datos objetivos y fiables que pudieran ser el germen de la mencionada causa de nulidad de pleno derecho, a acreditar en el procedimiento que se inicia. Debe, por ello, desde este momento inicial, poder contrastarse la verosimilitud y consistencia de la causa de nulidad alegada.

(...)Debe señalarse que entre la imposibilidad jurisdiccional de entrar a conocer sobre el fondo de las causas, para poder pronunciarse sobre la efectiva

conurrencia, o no, de las mismas –sin sustituir el ámbito de actuación del órgano administrativo– y, la simple referencia a la suficiencia de las mismas, con un breve acercamiento a los hechos de los que se deducirían, existe, sin duda, un amplio margen de actuación administrativa y por consiguiente de control jurisdiccional que no ha sido actuado en el caso de autos.

No es cierto que se requiere un examen acabado sobre la concurrencia de las causas de nulidad, pero sí al menos una concreción de los elementos fácticos, lógicos y jurídicos de los que –tras un examen más pormenorizado y contando con el dictamen del órgano consultivo correspondiente– poder deducir la causa de nulidad”.

b) Finalidad: depurar vicios de nulidad una vez transcurridos los plazos de los recursos en defensa del principio de legalidad.

Desde otra perspectiva, también resulta de interés la percepción del Tribunal Supremo en relación con la finalidad de la institución de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho. Así la STS de 26 de noviembre de 2010 (ES:TS:2010:6303, RC 5360/2006) –luego reiterada por la STS 2704/2018, de 21 de diciembre (ES:TS:2016:5594, RC 312/2015)–, expresó:

“Conviene no olvidar, en fin, que la finalidad que está llamada a cumplir el artículo 102 de la Ley 30/1992 es facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades impugnatorias, evitando que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio esencial de tan relevante trascendencia. Ahora bien, no pueden enmascararse como nulidades plenas, lo que constituyen meros vicios de anulabilidad”.

Un teorización significativa, por parte del Tribunal Supremo, es la contenida en la STS 19/2017, de 11 de enero (ES:TS:2017:57, RC 1934/2014), en relación con la recuperación del importe de subvenciones indebidamente concedidas por la Administración y anuladas de oficio; doctrina que sería reproducida y consolidada por SSTS posteriores: STS 752/2017, de 4 de mayo (ES:TS:2017:1958, RC 2376/2015), STS 752/2017, de 4 de mayo (ES:TS:2017:1958, RC 2376/2015), STS 420/2018, de 15 de marzo (ES:TS:2018:1055, RC 3500/2015), STS 1096/2018, de 28 de junio (ES:TS:2018:2443, RC 2011/2016); STS 1132/2018, de 3 de julio (ES:TS:2018:2698, RC 75/2016); STS 1133/2018, de 3 de julio (ES:TS:2018:2715, RC 1011/2016) STS 1183/2018, de 10 de julio (ES:TS:2018:2717, RC 1555/2016) STS 658/2019, de 22 de mayo (ES:TS:2019:1683, RC 1137/2017):

“El principio de legalidad exige que los actos administrativos se ajusten al ordenamiento jurídico, permitiendo que la Administración revise los actos ilegales. Por el contrario, la seguridad jurídica, en cuanto valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico, exige que los actos administrativos dictados, y consiguientemente las situaciones por ellos creadas, gocen de estabilidad y no puedan ser revisados fuera de determinados plazos. Ahora bien, cuando la ilegalidad del acto afecta al interés público general, al tratarse de infracciones especialmente graves, su conservación resulta contraria al propio sistema, como sucede en los supuestos de nulidad de pleno derecho,

por lo que la revisión de tales actos no está sometida a un plazo para su ejercicio (art. 102 de la Ley 30/1992).

La declaración de nulidad queda limitada a los supuestos particularmente graves y evidentes, al permitir que el ejercicio de la acción tendente a revisar actos que se han presumido validos durante un largo periodo de tiempo por sus destinatarios pueda producirse fuera de los plazos ordinarios de impugnación que el ordenamiento establece. Tal y como han señalado las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2001, 27 de diciembre de 2006 y 18 de diciembre de 2007 "el artículo 102 LRJPA tiene como objeto, precisamente, facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su inatacabilidad definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho y perpetuada en el tiempo, produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia".

Partiendo de que la revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho se puede realizar en cualquier momento y, por tanto, se trata de una acción imprescriptible, hay que tener en cuenta que el art. 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre establece una cláusula de cierre que limita la posibilidad de revisión en supuestos excepcionales, al disponer que "las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulta contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

En definitiva, si de un lado en el artículo 102 de la ley se establece la posibilidad de proceder a la revisión de oficio sin sujeción a plazo (en cualquier momento), en el artículo 106 se establece la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias excepcionales que en él se prevén, limitándose la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad ponderando las circunstancias de todo orden concurrentes y los bienes jurídicos en juego. Esta previsión legal permite que los tribunales puedan controlar las facultades de revisión de oficio que puede ejercer la Administración, confiéndoles un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de eliminación del acto cuando por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el tráfico jurídico y/o en terceros se considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o la equidad, entre otros factores.

Ahora bien, la correcta aplicación del art. 106 de la Ley 30/1992, como ya dijimos en la STS nº 1404/2016, de 14 de junio de 2016 (rec. 849/2014), exige "dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u "otras circunstancias"); por otro el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes".

Es por ello que la jurisprudencia ha sostenido que "la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del art. 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego, comprendiendo el precepto tanto la prescripción tributaria, como la de los derechos y obligaciones originados en el seno de las relaciones entre la Administración y el ciudadano y los derechos adquiridos en las relaciones entre

particulares" (STS de 17 de enero de 2006). Y también hemos señalado que este límite opera tan solo cuando "el ejercicio de la facultad de revisión que pretende hacer valer la parte actora se presenta contrario a la buena fe y como tal no merece ser acogida la postura de quien consciente y voluntariamente difiere de forma tan exagerada las posibilidades de reacción que siempre tuvo a su disposición, estando prevista la aplicabilidad de dicho artículo 106 precisamente como adecuado complemento para evitar que la ausencia de un plazo para instar la nulidad pueda ser torticeramente utilizada en actuación contraria a la buena fe", tal y como señala la STS de 1 de julio de 2008 (rec. 2191/2005)".

c) La potestad de la revisión de oficio sólo corresponde a la Administración autora del acto o disposición.

Inicialmente la STS de 29 de septiembre de 2010 (RC 12/2009), en un recurso de interés de ley, resolvió el tema planteado admitiendo la legitimación de la Administración Autonómica para ejercer la acción de nulidad de los actos de las entidades locales, señalando al efecto: *"sin que entre los interesados se excluyan a las otras Administraciones. Por ello la Administración autonómica está legitimada en los dos apartados del 102 (actos administrativos y disposiciones generales) y puede instar, como interesada, de las Administraciones que integran la Administración Local, el inicio del procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos y ---con exclusividad--- de las disposiciones generales"*.

Sin embargo, tal criterio no sería seguido por las SSTS de 11 de octubre de 2012 (RC 3871/2010) y 11 de abril de 2013 (RC 598/2011) que, en vez de proceder a un cambio de criterio, optaron por provocar un pronunciamiento previo de la Sala de instancia. En concreto, y en relación con la previa STS, de precedente cita, se señaló: *"pero con esta sola sentencia y dado el contenido negativo del pronunciamiento que ella se contiene..., no cabe afirmar que exista una jurisprudencia consolidada. Por ello, y dado que en curso del proceso no se suscitó debate sobre este punto, la Sala de instancia, antes de dictar sentencia, podrá someter la cuestión a la consideración de las partes, al amparo de lo previsto en el artículo 65.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, y resolver luego lo que proceda"*.

Realizado un nuevo pronunciamiento por la Sala de instancia (Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Granada) mediante la STSJA de 9 de junio de 2014 (RCA 3554/2014), el mismo sería ahora en sentido desestimatorio, rechazando (1) tanto la condición de interesada de la Administración autonómica para instar la revisión de los actos nulos de pleno derecho de la Administración local, como (2) negando la posibilidad de utilizar esta vía una vez superados los plazos previstos en los artículos 65 y 66 de la Ley de Bases del Régimen Local. Con cita de anteriores pronunciamientos de la propia Sala (SSTS de 25 de mayo de 2010, 24 de septiembre de 2010, 16 de febrero de 2011 y 21 de mayo de 2015) el Tribunal Supremo (STS de 12 de abril de 2016) --- realizando un auténtico *overruling* en relación con el criterio mantenido en la STS de 29 de septiembre de 2010, y confirmando la sentencia de instancia--- señaló:

"Debiera ser o haber sido por tanto, el propio Ayuntamiento, ahora recurrente, quien aprobó el cuestionado Estudio de Detalle contrario al ordenamiento previsto de Carreteras del Estado, por no respetar las distancias que éste establece, el que debería haber promovido el procedimiento de revisión de oficio de una disposición

administrativa de rango superior, o bien la propia Administración Autónoma haber impugnado dicho Estudio de Detalle en sede jurisdiccional, o impugnarle de forma indirecta, al combatirse en ésta vía judicial cualquier acto de aplicación de aquel.

Por tanto, obligado es concluir de acuerdo con las referidas sentencias, que cuando el artículo 102.2 de la LRJAP y PAC alude a “Administraciones públicas” se está refiriendo a aquella que en cada caso haya aprobado la disposición administrativa de que se trate”

d) La Administración no es interesada

Igualmente el criterio de considerar como interesada a la Administración autonómica sería también rechazado por la STS de 12 de abril de 2016, por cuanto lo ejercitado eran –como se ha expresado– potestades administrativas; en relación con ello, en su Fundamento Jurídico Octavo señaló:

“Por lo que se refiere a la revisión de oficio de los actos administrativos, el artículo 102.1 de la Ley 30/1992 señala que puede promoverse “por iniciativa propia o a solicitud de interesado”.

La Sala de instancia en una extensa y fundada sentencia considera que reconocer legitimación en el referido procedimiento a la Administración Autónoma en base a la mera defensa de la legalidad supone minimizar de forma absoluta el papel de la Ley de Bases del Régimen Local en la regulación de las relaciones entre las Administraciones Local, Estatal y Autónoma.

En efecto, acierta la sentencia de instancia cuando señala que el análisis de la cuestión de la legitimación de Administraciones distintas de la autora del acto para la acción de nulidad del artículo 102 de la ley 30/1992, debe partir del hecho de que la Constitución consagra un ámbito propio a los entes locales, dotándoles de una garantía institucional para la defensa de sus intereses, y aunque tal posición no excluye un control de legalidad, si es exigible la necesaria coordinación y colaboración cuando se trata de competencias materiales compartidas entre las diferentes administraciones.

Así las cosas, obligado resulta acudir tanto a la Ley de Procedimiento Administrativo como a la Ley de Bases del Régimen Local. En éste sentido, la sentencia de éste Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2012 señala que «para los casos de procedimiento de revisión de oficio, y en particular de revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho, habrá que estar al concepto de interesado que nos ofrece el art. 31.1 de la LRJ y PAC».

Pues bien, el referido artículo precisa un concepto de interesado en el procedimiento administrativo que, en líneas generales, se corresponde con el portador de derechos e intereses legítimos, más no de potestades administrativas. Como señala la sentencia de éste Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2012, con cita de otras, «están legitimadas para instar el procedimiento especial de revisión de oficio de los actos administrativos regulado en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,... los titulares de derechos o intereses legítimos que dimanen del acto cuya nulidad de pleno Derecho se pretende, en cuanto que de dicha declaración de nulidad radical se produzca un beneficio o efecto favorable completo, cierto y directo para el accionante, sin que baste el mero interés de defensa de la legalidad».

En éste caso la Junta de Andalucía no está ejercitando derechos o intereses legítimos propios, sino una potestad administrativa, concretamente la de exigir al Ayuntamiento que actúe de acuerdo con la legalidad”.

e) La inviabilidad de la revisión de oficio a instancia de la Administración autonómica superados los plazos de impugnación de la ley de Bases del Régimen Local.

Al margen del rechazo de la condición de interesada a la Administración autonómica, la citada STS de 29 de septiembre de 2010 había reconocido la posibilidad de impugnación de los actos de las Administraciones locales no sólo por la vía de los artículos 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local –y dentro de los plazos en los mismos establecidos–, sino también por el cauce de la revisión de oficio del citado artículo 102, sin limitación, en principio, de plazos.

Pues bien, igualmente este criterio sería rechazado por la STS de 12 de abril de 2016 que en su Fundamento Jurídico Octavo señaló:

“En éste caso la Junta de Andalucía no está ejercitando derechos o intereses legítimos propios, sino una potestad administrativa, concretamente la de exigir al Ayuntamiento que actúe de acuerdo con la legalidad.

No habiendo, pues, supuesto el tan citado artículo 102.1 ampliación de la regulación contenida en la Ley de Bases de Régimen Local, obligado resulta acudir al artículo 63 y siguientes de esta Ley en cuanto faculta a la Administración del Estado o, en su caso, de la Comunidad Autónoma correspondiente a impugnar los actos y acuerdos de las Entidades Locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídicos en los plazos y formas en los mismos establecidos.

En el presente caso, la Junta de Andalucía no acudió, dejando precluir los plazos previstos al efecto, a los mecanismos de impugnación legalmente establecidos en estricto control de legalidad. Y tal omisión no puede ser suplida por dicha Administración acudiendo inadecuadamente a la vía de revisión de oficio”.

III. LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN DE OFICIO: SU ÁMBITO.

El artículo 110 de la LPAC dispone:

“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”.

El precepto cuenta con un contenido idéntico al anterior artículo 106 de la LRJPA, y sólo se observa, en relación con el anterior artículo 112 de la LPA de 1958 –al margen de una leve precisión técnica–, la adición de una nueva causa o motivo impeditivo del ejercicio de las facultades revisión de oficio, cual es que el citado ejercicio resulte contrario a la “buena fe”; causa que fue introducida por la LRJPA de 1992 y que ha continuado en la LPAC de 2015, añadiéndose a las ya existentes desde 1958: la equidad, el derecho de los particulares y las leyes.

Debe advertirse desde ahora, en relación con el ámbito de aplicación de los límites que se especifican en el artículo 110, que los mismos se establecen para todas “las facultades de revisión establecidas en este Capítulo” (el I), que antes hemos enumerado. Cuentan, pues, con un ámbito de aplicación global o general, pero que aquí

proyectaremos sobre la revisión de los actos administrativos nulos de pleno derecho, aunque, se insiste, todas las facultades de revisión, revocación o rectificación antes enumeradas están afectadas por los límites del artículo 110. Es cierto que del análisis del artículo 106 –actos y disposiciones nulos de pleno derecho– se deduce la existencia de otros límites generales, que pueden ser, bien de índole material o procedimental, y que, en principio, sólo resultarían de aplicación a los actos y disposiciones nulos de pleno derecho a las que el artículo 106 se contrae.

Otra limitación específica sería la contenida en el artículo 109.1 en relación con la revocación de los actos, la cual puede ejercitarse siempre que *“no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”*. El expresado carácter específico –sólo para la revocación de actos de gravamen o desfavorables– impide su extensión o extrapolación a los otros supuestos de revisión previstos en el Capítulo I y, en concreto, impide adicionarlos a los límites generales previstos en el artículo 110, objeto de nuestra ponencia.

Por último, debe recordarse que la ponencia queda circunscrita a la perspectiva jurisprudencial, cediendo la perspectiva doctrinal y la de los órganos consultivos a otros intervinientes.

IV. LA LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.

Como antes hemos expresado, la revisión de oficio de los actos administrativos constituye una potestad de la Administración pública prevista en las sucesivas leyes de procedimiento administrativo en defensa del mantenimiento del principio de legalidad de las actuaciones administrativas.

Surgió, sin embargo, desde el principio una interesante cuestión relacionada con la posibilidad de limitar la defensa del expresado principio de legalidad, y, en concreto, si resultaba posible contraponer tal principio a otros principios jurídicos –temporales o materiales– que actuarían como parámetros de contención, o de limitación, de la defensa del principio de legalidad. Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad en la aplicación de los principios jurídicos, obvio es que la tensión surge entre el mencionado principio de legalidad de la actuación administrativa y, frente al mismo, el de seguridad jurídica, pese a que no se mencione en el artículo 110 de la LPAC. Sin embargo, ambos aparecen relacionados –y garantizados– en el artículo 9.3 de la Constitución Española (CE) de 1978, como es sobradamente conocido.

Puede, por todo ello, afirmarse que los motivos y circunstancias que el legislador establece en el vigente artículo 110 de la LPAC ---como acontecía en los citados precedentes normativos –implican una limitación– temporal o material– al principio de legalidad, en beneficio de la seguridad jurídica. Se trata, pues, de postergar la legalidad, de permitir el mantenimiento de una situación de ilegalidad, con base en el principio de seguridad jurídica, al que el legislador prefiere y decide proteger debido a una serie de circunstancias, causas o motivos que en el precepto se desgranar.

Son, pues, límites que van encaminados, que se dirigen, que se fundamentan en el principio de seguridad jurídica. Se trata, en síntesis, la revisión de oficio, de un instrumento o mecanismo jurídico de resolución del conflicto que se suscita entre una situación, de posible ilegalidad de una actuación administrativa, y la seguridad jurídica

que por determinadas circunstancias, materiales o temporales, el legislador considera relevante y digna de protección con preferencia al principio de legalidad.

Más en concreto, el contenido del artículo 110 implica una limitación a la regla de la imprescriptibilidad (“*en cualquier momento*”) de la revisión de los actos nulos de pleno derecho establecida en el artículo 106.1. Lo que, en realidad, lleva a cabo el artículo 110 es establecer un límite temporal –si bien indeterminado y dependiente de determinadas circunstancias– a la posibilidad de revisión, por motivos de legalidad, de los actos administrativos. En defensa, todo ello, del mantenimiento del principio de la seguridad jurídica de una determinada actuación administrativa.

En la STS 27 de febrero de 2007 (ES:TS:2007:1987, RC 3829/2005), el Tribunal Supremo, puso de manifiesto:

“Ante tal situación, la referencia de la Sala de instancia a la vulneración del principio de seguridad jurídica (9.3 de la CE) para rechazar la pretensión anulatoria del recurrente, resulta de todo punto aceptable y enlaza con el deseo del propio legislador de establecer un límite temporal –si se quiere indeterminado– a la revisión, en vía administrativa, de los actos administrativos, tal y como se deduce del artículo 106 de la LRJPA que señala que «las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por ... el transcurso del tiempo ... su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

En la STS 17 de enero de 2006 (ES:TS:2006:365, RC 776/2001), dictada en el ámbito del derecho tributario, se puso de manifiesto que “[l]a revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto.

La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros

(...) El art. 106 de la citada Ley 30/92 prevé que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulta contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Ante la redacción de este precepto parece evidente que la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del art. 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego, comprendiendo el precepto tanto la prescripción tributaria, como la de los derechos y obligaciones originados en el seno de las relaciones entre la Administración y el ciudadano y los derechos adquiridos en las relaciones entre particulares”.

Más recientemente, la STS 19/2017, de 11 de enero (ES:TS:2017:57, RC 1934/2014), expuso:

“Partiendo de que la revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho se puede realizar en cualquier momento y, por tanto, se trata de una acción imprescriptible, hay que tener en cuenta que el art. 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre establece una cláusula de cierre que limita la posibilidad de revisión en supuestos excepcionales, al disponer que «las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulta contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

En definitiva, si de un lado en el artículo 102 de la ley se establece la posibilidad de proceder a la revisión de oficio sin sujeción a plazo (en cualquier momento), en el artículo 106 se establece la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias excepcionales que en él se prevén, limitándose la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad ponderando las circunstancias de todo orden concurrentes y los bienes jurídicos en juego. Esta previsión legal permite que los tribunales puedan controlar las facultades de revisión de oficio que puede ejercer la Administración, confiriéndoles un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de eliminación del acto cuando por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el tráfico jurídico y/o en terceros se considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o la equidad, entre otros factores”.

De la expresada línea jurisprudencial se perfila el ámbito de actuación con que cuentan las Administraciones públicas en presencia de una posible situación de ilegalidad; ámbito en el que se refleja una evidente tensión entre los dos principios expresados, y que debe resolver en un imprescindible marco de modulación, proporcionalidad y motivación basada en las causas, motivos o circunstancias que en el artículo 110 de la LPAC se establecen. *“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”*

Por ello, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha adelantado algunas **reglas de actuación** sobre la revisión de oficio de los actos administrativos:

1. Así, en la STS 359/2017, de 1 de marzo (ES:TS:2017:770, RC 2450/2014), se establece la **necesidad del examen particularizado e individualizado** caso por caso, así como la imposibilidad de reglas de carácter general:

“El artículo 106 de la Ley 30/1992 limita las facultades de revisión «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».

Esta Sala ha dicho, en relación con la revisión de los actos firmes y sus limitaciones establecidas por el artículo 106 de la Ley 30/1992, en sentencia de 17 de enero de 2006 (recurso 776/2001), seguida de otras muchas, que la revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad,

y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro.

Ante la redacción de este precepto, es doctrina jurisprudencial de la Sala, recogida en sentencias de 13 de febrero de 2012 (recurso 6884/2009), 13 de abril de 2012 (recurso 5646/2010), 17 de mayo de 2012 (recurso 4875/2010), 25 de mayo de 2012 (recurso 5117/2010) y 13 de mayo de 2015 (recurso 192/2014), entre otras, que la existencia o no de estas circunstancias que prevé el artículo 106 de la ley 30/1992 , y que suponen una excepción del principio general de inexistencia de plazo para solicitar la revisión de los actos nulos de pleno derecho, ha de ser examinada caso por caso.

El artículo 106 de la Ley 30/1992 contempla dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado, la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u "otras circunstancias"), y por otro, que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes".

De forma bien expresiva, la STS de 20 de julio de 2012, había señalado, en relación con los límites de las facultades revisoras, que las mismas constituyen *"una excepción del principio general de inexistencia de plazo para solicitar la revisión de los actos nulos de pleno derecho, (que) ha de ser examinada caso por caso"*.

2. Una segunda regla sería la relativa a la aplicación del **carácter restrictivo** en relación con la determinación de las causas de nulidad de pleno derecho determinantes de la revisión de oficio. Así la STS 603/2022, de 23 de mayo (ES:TS:2022:1921, RC 741/2021) señaló: *"La respuesta a este interrogante no puede ser afirmativa. De entrada, es bien sabido que los supuestos de nulidad de pleno derecho están legalmente tasados, actualmente en el art. 47 LPAC. Y es jurisprudencia constante de esta Sala que dichos supuestos no pueden ser interpretados con laxitud, pues ello equivaldría a socavar el valor central que la firmeza de los actos administrativos tiene en el entero sistema del Derecho Administrativo. La estabilidad de las situaciones jurídicas y la misma seguridad jurídica quedarían puestas en entredicho si se adoptara una visión abierta de los vicios determinantes de la nulidad radical. La revisión de oficio de los actos administrativos es, así, una vía excepcional"*.

Por su parte, la STS de 5 de diciembre de 2011 (ES:TS:2011:8984, RC 5080/2008) ya había puesto de manifiesto la citada excepcionalidad de la revisión de oficio: *"En relación con la normativa reproducida conviene dejar sentado que la solicitud de revisión de oficio activa un procedimiento extraordinario, el cual ha de atenerse a reglas precisas como lo son la concurrencia de alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho contemplados en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 . Procedimiento que, por otra parte, no es una alternativa a los mecanismos ordinarios de impugnación de actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico, sino que se trata de un instituto jurídico que por su excepcionalidad tiene importantes límites y condicionantes. El primero es que, al no tener todos los vicios del acto administrativo la misma intensidad y trascendencia ni afectar por igual al orden público, solo las faltas y omisiones más graves hacen acreedor al acto administrativo de la sanción de nulidad de pleno derecho, de suerte que los motivos recogidos en la Ley (art. 62 de la Ley 30/1992) constituyen verdaderas causas tasadas y esta limitación permite que la*

Administración pueda hacer un juicio liminar sobre la pertinencia del propio procedimiento ...”

No cabe duda de que este carácter restrictivo y excepcional viene determinado por el ---también--- carácter excepcional de los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y las disposiciones generales, de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la LPAC, frente al más amplio de los supuestos de anulabilidad contemplados en el artículo 48 siguiente. Por otra parte, este carácter restrictivo es el que determina la existencia del sistema de límites previsto en el artículo 110 de la misma Ley. Dicho de otro modo, de una parte (i) han de concurrir algunas de las concretas causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPAC, y, de otra, (ii) no han de concurrir los límites que se establecen en el artículo 110 de la misma ley.

V. LAS LIMITACIONES LEGALES EN SU CONJUNTO.

Considerando las mismas en un sentido amplio, debemos destacar tres aspectos diferentes que deben producirse sucesivamente:

1. Concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 106 LPAC:

- a) Existencia de un acto administrativo firme (esto es, que haya puesto fin a la vía administrativa, o que no haya sido recurrido en plazo).
- b) Iniciativa de revisión por parte de la Administración, de oficio, o solicitud de algún interesado.
- c) Inexistencia de causa de inadmisión a trámite (ausencia de causa de nulidad, carencia manifiesta de fundamento o desestimación previa de solicitudes similares).
- d) Tramitación del procedimiento en el que deberá emitirse dictamen previo favorable del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si existiere.
- e) Cumplimiento del plazo para resolver, establecido en seis meses a contar desde el inicio del procedimiento, con consecuencias distintas: en el caso de iniciación de oficio el transcurso de dicho plazo determina la caducidad del procedimiento, y en el supuesto de iniciativa de interesado, el silencio administrativo negativo.

2. Concurrencia de alguno de los supuestos de nulidad establecidos en el artículo 47.1 de la LPAC.

3. Ausencia de los límites establecidos en el artículo 110 de la LPAC.

Dejando al margen las limitaciones materiales y procedimentales contempladas en el artículo 106 de la LPAC, así como las causas de nulidad del artículo 47.1 de la LPAC, debemos centrarnos en el contenido del artículo 110 de la misma Ley.

Pues bien, dentro de dicho precepto deben destacarse **dos aspectos diferentes**, cuya concurrencia, como se ha expresado, debe tomarse en consideración, en un marco de proporcionalidad, y analizando en conjunto las particularidades del caso concreto, desde una perspectiva interpretativa de carácter restrictivo.

3.1. El precepto comienza poniendo de manifiesto **tres causas o motivos** cuya concurrencia resultaría determinante para impedir la revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho: la **prescripción de acciones**, el **transcurso del tiempo** o la existencia de **otras circunstancias**.

Lo cierto es que cualquiera de ellas ha de incidir negativamente (“*resulte contraria*”) a alguno de los cuatro conceptos jurídicos –auténticos límites– que el artículo 110 señala: **La equidad, la buena fe, el derecho de los particulares y las leyes**.

3.1.1. Si se analizan las mismas puede deducirse que la “*prescripción de las acciones*” no resultaría de aplicación al supuesto concernido de los actos administrativos nulos de pleno derecho, ya que el artículo 106 señala que la revisión de oficio de estos actos deberá declararse por las Administraciones Públicas “*en cualquier momento*”. En consecuencia, esta inicial causa limitativa de la revisión de oficio estaría prevista para la revisión de los actos anulables, cuyo plazo –limitativo– es establecido por el artículo 107.2 en cuatro años.

En este sentido, clarificadora ha sido la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la ya citada STS 19/2017, de 11 de enero ---y todas las que le siguieron, igualmente citadas--- en relación con la recuperación de subvenciones indebidamente concedidas; SSTs en las que se deja sin efecto la sentencia de instancia que, si bien había confirmado las resoluciones impugnadas en lo referente a la revisión de oficio y consiguiente declaración de la nulidad de las ayudas concedidas, al entender que las subvenciones se habían otorgado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido ---nulidad que llega a calificar de “inequívoca” por cuanto ni siquiera había existido solicitud de ayuda ni aceptación, actuando la Administración con elusión de todos los trámites de la Ley General de Subvenciones---, sin embargo, la sentencia, invocando razones de seguridad jurídica, aplicó el artículo 106 de la LRJPA (hoy 110 LPAC) y anuló el apartado segundo de la resolución anulatoria ---en la que se acordaba iniciar el procedimiento para la devolución de las cantidades indebidamente percibidas--- considerando que el plazo de cuatro años de prescripción para la restitución de la ayuda, previsto tanto en la Ley General de Subvenciones (artículo 39) como en la Ley General Presupuestaria o la Ley de Hacienda Pública Andaluza, había sido superado desde la fecha del último pago, razón por la cual los efectos de la nulidad declarada debían quedar atemperados. A tal efecto el Tribunal Supremo razonó en los siguientes términos:

“Varias son las razones por las que no puede compartirse la interpretación y aplicación que del art. 106 de la ley 30/1992 realiza el tribunal de instancia.

1) En primer lugar, porque no es posible asimilar el mero transcurso del plazo de prescripción de las acciones para exigir el reintegro de la subvención con los límites excepcionales que pueden oponerse a las facultades de revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho.

Conviene empezar por recordar que no nos encontramos ante un supuesto de reintegro por incumplimiento, previsto en el artículo 37 de la Ley General de Subvenciones, sino ante la declaración de nulidad de la concesión de la ayuda (artículo 36.1 a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones) por concurrir algunos de los motivos de nulidad de pleno derecho contemplados en el artículo 62.1

de la Ley 30/1992. Nulidad que determina conforme el apartado 4 del art. 36 de la ley de Subvenciones la devolución de las cantidades percibidas.

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. Normalmente en aquellos casos en los que el lapso de tiempo transcurrido desde que se conocieron las irregularidades o vicios del acto y la actitud de pasividad mostrada desde entonces permite entender que debe primar el principio de seguridad jurídica frente al de legalidad, pues la equidad y buena fe hacen improcedente su revisión. Así se ha considerado por la jurisprudencia, aplicando la excepción prevista en el art. 106 cuando se ha pretendido la anulación de deslindes aprobados décadas antes de su revisión (SSTS de 21 de febrero de 2006, rec. 62/2003 y de 20 de febrero de 2008 (rec. 1205/2006); o en los casos de anulación de un acuerdo de colegiación instado veinte años después (STS 16-7-2003, sección. 4ª, recurso 6245/1999), por entender que resulta contraria a la equidad; o cuando habían transcurrido 58 años desde la aprobación del deslinde que se pretendía impugnar (STS de 17 de noviembre de 2008 (rec. 1200/2006) entre otros.

En todo caso, la aplicación de este precepto exige que el tribunal hubiese razonado sobre las razones excepcionales relacionadas con la equidad, buena fe o derechos de los particulares que se verían afectados por la nulidad del acto declarada, sin que la sentencia contenga razonamiento alguno al respecto. Antes al contrario, descarta expresamente, y este aspecto no es controvertido en casación, que el cambio de propietarios de la sociedad tenga influencia en el caso de autos. Sin que, por lo tanto, baste con vincular el transcurso del previsto en el ordenamiento jurídico para ejercer la acción de anulación o para solicitar el reintegro, con el límite excepcional previsto en el art. 106 de la Ley 30/1992 para impedir el ejercicio de la revisión de un acto nulo de pleno derecho, pues este razonamiento confunde el plazo de prescripción de la acción para solicitar el reintegro de la subvención por incumplimiento de la misma, con el límite excepcional que opera cuando existe un ejercicio desproporcionado de la facultad de revisión de oficio.

2) En segundo lugar, tampoco puede compartirse el alcance anulatorio pretendido por la sentencia de instancia, que afectó al apartado segundo de dicha Orden en la que se acordaba iniciar el procedimiento para la restitución de la ayuda indebidamente percibida.

Cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el art. 106 de la Ley 30/92 lo que procede es excluir la revisión y consecuentemente la declaración de nulidad del acto, pero 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 desprovéyéndola de toda consecuencia jurídica.

Es el ejercicio de la acción de revisión la que puede limitarse («no pueden ser ejercitadas») por razones excepcionales, sin que los límites a la revisión previstos en el art. 106 de la Ley 30/1992 se extienda, tal como parece entender el tribunal de instancia, a los efectos de la nulidad previamente declarada. Una vez ejercitada esta acción de revisión de oficio y habiendo considerado el tribunal que estaba correctamente ejercida, y consiguientemente que el acto debía declararse nulo de pleno derecho, el art. 106 no permite al tribunal limitar los efectos de la nulidad previamente acordada, el citado precepto no le faculta para ello.

La revisión de oficio de un acto administrativo, acordada por órgano competente y confirmada por un tribunal, que lo declara nulo de pleno derecho, trae como consecuencia que dicho acto no produjo, o no debió hacerlo, ningún efecto jurídico. Específicamente en materia de subvenciones la declaración, judicial o administrativa, de nulidad de una subvención lleva consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas, según dispone el artículo 36.4 de la Ley General de Subvenciones, sin que esta consecuencia legal pueda verse modificada por la aplicación del art. 106 de la Ley 30/1992.

Es más, si se considera que el exceso en la actuación de la Administración no se produjo por el ejercicio de la acción destinada a obtener la revisión de oficio del acto sino por el retraso en el ejercicio de la acción destinada a obtener el reintegro de la cantidad indebidamente percibida, la conclusión alcanzada por la sentencia tampoco podría ser aceptada.

En esta hipótesis 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. Así lo apuntamos ya, aunque de forma incidental, en nuestra sentencia de 14 de julio de 2015 (rec. 2223 / 201) afirmándose que «[...] aunque ciertamente tiene razón la Administración recurrente en que difícilmente podría correr el plazo de prescripción para reclamar una cantidad cuya percepción ha sido declarada nula de pleno derecho antes de dicha declaración de nulidad». Sin que tampoco se pueda confundir este supuesto con la prescripción de la acción destinada a reclamar el importe de las subvenciones por incumplimiento de las condiciones que, como ya hemos señalado en una numerosa jurisprudencia, no requiere el ejercicio previo de una revisión de oficio”.

3.1.2. Por tanto, de conformidad con la anterior doctrina, el citado **“transcurso del tiempo”** excesivo se presenta como la causa o el motivo central y clave del precepto y, en consecuencia, con potencialidad jurídica suficiente para impedir la revisión de oficio de los actos nulos. Da la sensación que el legislador considera el transcurso del tiempo como un fundamento esencial de la seguridad jurídica a la que pretende proteger, pese la posible concurrencia de un supuesto de ilegalidad significativo. Por otra parte, igualmente puede deducirse que el transcurso del tiempo cuenta con una incidencia significativa en el principio de confianza legítima.

En las recientes SSTS 911 y 1027/2022, de 4 y 18 de julio (RRCC 245 y 246/2021, ES:TS:2022:2860 y 3028) el Tribunal Supremo ha insistido en su doctrina en recursos planteados en relación con antiguos deslindes marítimo terrestres, una vez

conocida la doctrina jurisprudencial establecida en relación con la caducidad de los procedimientos tramitados a tal fin. En resumen se pretendió ---por aplicación de esta posterior doctrina--- la nulidad de aquellos viejos deslindes, desde los que había transcurrido bastante tiempo:

“A este respecto, consideramos que, habiendo transcurrido más de sesenta años desde que tuvo lugar el deslinde (recordemos que el acto que se impugna es la Orden Ministerial de 16 de noviembre de 1959), no es atendible la alegación que ahora efectúa la parte recurrente, exclusivamente referida a la falta de notificación a los colindantes de la tramitación del deslinde y a la falta de audiencia a éstos.

Y decimos que no es atendible por varias razones: (i) porque, en aquel momento, la persona ahora recurrente no ostentaba la titularidad del inmueble, ni consta que estuviera legitimada para intervenir en el expediente de deslinde; (ii) porque no consta -ni se alega por la parte actora- que la entonces titular (causante de la persona recurrente) cuestionara el procedimiento de deslinde por los motivos ahora indicados; (iii) porque de los datos obrantes en el expediente se infiere que la tramitación del deslinde fue dotada de suficiente publicidad y se puso en conocimiento de los colindantes, por lo que éstos pudieron intervenir y formular alegaciones al respecto; (iv) porque tampoco ahora concreta la parte recurrente las alegaciones que podría haber formulado su causante en aquel momento respecto del deslinde; (v) porque la parte recurrente se ha limitado ahora en su demanda a efectuar una afirmación apodíctica sobre la vulneración total del procedimiento por el motivo indicado, sin efectuar -al menos- una mínima e imprescindible crítica razonada de los documentos obrantes en el expediente que, por su contenido, apuntan precisamente en la dirección contraria de lo aseverado por aquélla.

Estas circunstancias debemos contrastarlas con la acción ejercitada por la parte recurrente, concretada en su solicitud de revisión de oficio del acto aprobatorio del deslinde.

Y, para ello, conviene tener presente la reiterada doctrina jurisprudencial establecida en relación con el régimen jurídico aplicable a la revisión de oficio. A tal fin, baste recordar ahora -entre otras muchas- la STS de 26 de noviembre de 2010 (RC 5360/2006), en la que se decía:

(...) Pues bien, confrontando esa doctrina -que en lo sustancial continúa vigente- con las particulares circunstancias concurrentes en el caso ahora examinado, llegamos a la conclusión de que, al no haber quedado acreditada la concurrencia del vicio esencial determinante de la nulidad de pleno derecho del procedimiento de deslinde, alegado por la parte actora, la solicitud de revisión de oficio no podía prosperar.

(...) Por otra parte, también conviene resaltar que la condición de dominio público de ese terreno quedó definitivamente establecida por esta Sala en la mencionada STS de 25 de septiembre de 2003.

En consecuencia, debemos concluir que carece de sentido jurídico acudir ahora, como ha hecho la recurrente, a la impugnación del deslinde aprobado en 1959 con fundamento en un vicio procedimental inexistente, supuestamente acaecido más de sesenta años atrás, y todo ello con la evidente finalidad de impedir -mediante el "rodeo"

indicado- la consumación de la recuperación posesoria por la Administración de los terrenos de dominio público en los que se ubica la mencionada construcción”.

3.1.3. En relación con las descritas como “*otras circunstancias*”, su amplitud e indeterminación impide extraer consecuencias generales. No obstante, la jurisprudencia se ha referido en diferentes ocasiones a aquellos supuestos en los que existió la posibilidad de haber recurrido el acto nulo, o en los que se acredita una desidia impugnatoria, o bien una aceptación de la situación producida durante algún tiempo. En todo caso, la relación con el “*transcurso del tiempo*” de estas circunstancias indeterminadas resulta evidente.

3.2 La equidad, la buena fe, el derecho de los particulares y las leyes.

Resulta difícil, examinando la jurisprudencia, establecer reglas generales sobre el concepto y ámbito de cada uno de estos conceptos que, en todo caso, vendrían determinadas por las circunstancias del caso concreto; en todo caso, lo que sí puede deducirse es que para el cumplimiento de la función que el artículo 110 de la LPAC les otorga, esto es, para poder actuar como límite al ejercicio de la facultad de revisión de oficio de un acto administrativo, cuando concurren (i) tanto las causas de nulidad previstas en el artículo 47 de la misma LPAC, como (ii) los circunstancias –ya examinados– de prescripción de acciones, transcurso del tiempo u otras indeterminadas, debe producirse, con tal ejercicio, una vulneración de estos concretos principios o elementos jurídicos.

Como decíamos, la concreción conceptual resulta difícil, salvo desde la perspectiva del caso concreto. Pero si hemos concluido, en el apartado anterior, que el elemento fundamental, que actúa como perspectiva desde la que comprobar la vulneración de alguno de estos conceptos es el *transcurso del tiempo*, obviamente la concurrencia de tal circunstancia –que tiene su apoyo y fundamento en la seguridad jurídica– deviene absolutamente imprescindible, con las dificultades que conlleva la medición de una circunstancia como el tiempo.

Partiendo de la concurrencia de tal circunstancia temporal, la distinción entre la buena fe y la equidad resulta especialmente compleja, al tratarse de conceptos que cuentan con un evidente componente subjetivo, y que, por otra parte, en relación con sus respectivos contenidos –de resultar posible su concreción– lo que puede afirmarse es que aparecen claramente entrelazados. En todo caso, no parece ajustado a la buena fe, ni a la equidad, dejar transcurrir el tiempo sin ejercitar la revisión de oficio cuando queda acreditado el conocimiento de la concurrencia de la causa de nulidad que luego se alega; esto es, que el transcurso del tiempo provoca el acercamiento a la concurrencia de supuestos de vulneración de la equidad o la buena fe. Dicho de otra forma, que a mayor tiempo sin activar la revisión de oficio, mayor posibilidad de que funcionen, con más intensidad, los límites de la vulneración de la equidad y la buena fe. En la misma línea, puede ello afirmarse en relación con el recurso indirecto respecto de una disposición de carácter general al impugnarse directamente un acto consiste en la aplicación de la norma reglamentaria. En consecuencia, que el ejercicio de la revisión de oficio resulta incompatible en supuestos en los que –sin una clara motivación o justificación– el ejercicio de los recursos, o la impugnación anterior habrían resultado perfectamente posibles.

Como ha señalado la ya citada STS 420/2018, de 15 de marzo este límite del artículo 110 LPAC opera tan solo cuando “*el ejercicio de la facultad de revisión que*

pretende hacer valer la parte actora se presenta contrario a la buena fe y como tal no merece ser acogida la postura de quien consciente y voluntariamente difiere de forma tan exagerada las posibilidades de reacción que siempre tuvo a su disposición, estando prevista la aplicabilidad de dicho artículo 106 precisamente como adecuado complemento para evitar que la ausencia de un plazo para instar la nulidad pueda ser torticeramente utilizada en actuación contraria a la buena fe”.

La misma sentencia toma como referencia dichos conceptos en el marco de los principios de proporcionalidad y confianza legítima cuyo respaldo en el ámbito del derecho de la Unión Europea es sobradamente conocido.

VI. OTRAS LIMITACIONES LEGALES: LA COSA JUZGADA.

Resulta de interés, para concluir, dejar constancia de recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con el límite de la cosa juzgada cuya conexión puede deducirse del inciso final del vigente artículo 106.1 de la LPAC, que limita la revisión de oficio a los *“actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo”*. Obviamente, la cosa juzgada se refiere a aquellos supuestos en los que ya ha existido un pronunciamiento judicial, firme, en relación con el acto cuya revisión de oficio se pretende:

a) En la STS 351/2022, de 19 de mayo (ES:TS:2022:2062) el objeto del recurso había un acuerdo del Consejo de Ministros adoptado en 2020 por el que se había inadmitido a trámite la solicitud de revisión de oficio de una anterior Orden Ministerial de 2002 por la que se había aprobado un deslinde marítimo terrestre; el vicio de nulidad invocado era la caducidad del procedimiento de deslinde de 2002.

Esta Orden de 2002 había sido impugnada en vía jurisdiccional por la madre del recurrente (RCA y RC), deviniendo firme la decisión judicial, sin haber sido alegada la caducidad del procedimiento de deslinde.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, con cita de abundante jurisprudencia, que la sentencia reproduce y que le sirve de fundamento para la decisión que se adopta:

“ ...Como tal, se trata de un cauce subsidiario de los otros instrumentos procedimentales ordinarios de impugnación de actos administrativos; de modo que, conforme a la indicada doctrina, 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, y ello aun cuando en el nuevo procedimiento se aleguen otras causas de nulidad que no fueran las planteadas en la instancia contencioso-administrativa”.

Siendo clara y uniforme nuestra jurisprudencia en orden a la inviabilidad de las solicitudes de revisión de oficio de resoluciones administrativas impugnadas jurisdiccionalmente, con sentencia firme desestimatoria, por existir cosa juzgada, y, sin que para obviar tal efecto quepa alegar nuevas causas de nulidad no planteadas, procede la desestimación del recurso”. Es la doctrina tradicional del Tribunal Supremo.

b) En las ya citadas –y reproducidas– SSTS 911 y 1027/2022, de 4 y 18 de julio, también en relación con unos antiguos deslindes de más de sesenta años, a diferencia del supuesto anterior, no había existido n su día impugnación jurisdiccional, y, por tanto, no existía cosa juzgada, pero el tiempo transcurrido y los motivos de nulidad alegados determinaron la desestimación del recurso.

c) También debe citarse la muy reciente STS 143/2023, de 7 de febrero (ES:TS:2023:323), en relación con un licencia de apertura de una sala de juego que había sido desestimada por la Administración por vía de silencio administrativo. Tal desestimación presunta fue recurrida en vía jurisdiccional dictándose, en 2012, sentencia estimatoria, que no entró a conocer del fondo del asunto, limitándose a señalar que concurrían las condiciones para el silencio positivo.

Reclamada el otorgamiento de la licencia en 2020, la sala de instancia estimó el recurso mediante sentencia en la que se reconocía el derecho a obtener de inmediato las autorizaciones de apertura y funcionamiento.

La cuestión suscitada, en síntesis, consistía en determinar si, pese a la anterior pronunciamiento jurisdiccional de 2012, resultaba posible la revisión de oficio de la licencia concedida por anterior decisión jurisdiccional (ratificando la concesión presunta). La sentencia de instancia, de 2020, aceptó la argumentación de la cosa juzgada (basada en el pronunciamiento de la sentencia de 2012); sentencia que sería casada por el Tribunal Supremo mediante la STS de precedente cita, cuyo interés casacional consistía en *“interpretar los artículos 106 y 47.1 f) de la Ley 39/2015, a fin de determinar, si la Administración puede tramitar un procedimiento de revisión de oficio tendente a declarar la nulidad de pleno derecho de una autorización administrativa obtenida mediante un acto presunto positivo confirmado por una sentencia firme en aquellos casos en los que dicha resolución judicial se haya limitado a constatar la operatividad del silencio administrativo positivo sin analizar la cuestión de fondo”*.

La argumentación del Tribunal Supremo, fue la siguiente:

“...habiendo recaído sentencia firme que declara producido por silencio positivo un acto administrativo -en este caso, la autorización para la instalación de un salón de juegos- la revisión de oficio de dicho acto no resulta impedida por el efecto positivo de la cosa juzgada derivados de aquella sentencia cuando, como sucede en el caso que se examina, la resolución judicial únicamente se pronunció en el sentido de afirmar que había operado el silencio positivo, por entender cumplidos los requisitos para que se entendiese producido un acto presunto de contenido positivo, sin haber entrado a examinar la sentencia las posibles ilegalidades de fondo de las que pudiera estar aquejada la autorización obtenida por silencio”.

d) Por último, la STS 1682/2022, de 19 de diciembre (ES:TS:2022:4847) desestima el recurso de casación deducido contra la anterior sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía cuyo objeto había sido la desestimación, por silencio administrativo del Ayuntamiento de Carboneras –por lo que aquí interesa–, de la solicitud de revisión de oficio, y consiguiente anulación, de la licencia municipal de obras concedida para la construcción del Hotel El Algarrobo, en dicho término municipal.

La STSJ de Andalucía, en el particular expresado, había estimado la pretensión de imponer al Ayuntamiento la obligación de admitir y tramitar la revisión de oficio de la licencia de obras concedida por acuerdo de la Comisión de Gobierno municipal de 13 de enero de 2003 por la posible existencia de nulidad de pleno derecho *ex* artículo 47.1.f) de la LPAC.

Realmente, no existe un pronunciamiento en la STS citada en relación con la cuestión relativa a la existencia de cosa juzgada alegada con base en la anterior STSJA de 18 de julio de 2016. En síntesis, la STSJA 2956/2021, de 22 de julio, había descartado la concurrencia de la triple identidad exigida para poder apreciar la cosa juzgada, y, por otra parte, entendió que concurrían los elementos formales para la tramitación del procedimiento de revisión de oficio de la licencia concedida para la construcción del hotel conforme al artículo 106 de la LPAC.

Sin embargo, esta cuestión sólo fue planeada en casación por el Ayuntamiento de Carboneras –cuyo recurso resultó inadmitido–, sin que, por el contrario, la misma resultara planteada en el recurso formulado por una asociación ecologista en su recurso de casación, que sí fue admitido, y cuyo interés casacional quedó limitado a la posibilidad de declarar jurisdiccionalmente la nulidad de una licencia en los supuestos en los que –contando con todos los elementos de juicio necesarios– la solicitud de revisión de oficio por parte del Ayuntamiento es el silencio negativo. La posición de Tribunal Supremo no resultó muy esclarecedora: tras sintetizar la doble línea jurisprudencia existente sobre la cuestión suscitada, declaró que debía “*estarse a las circunstancias de cada caso para optar por una u otra alternativa*”, procediendo, a continuación, a la desestimación del recurso y, de conformidad con la sentencia de instancia, a confirmar la viabilidad de la revisión de oficio.

RESUMEN

Desde una perspectiva, estrictamente jurisprudencial, se analiza el contenido del artículo 110 de la LPAC, llegándose a la conclusión, de conformidad con los límites en el mismo precepto señalados, que resulta imprescindible una interpretación restrictiva de la institución de la revisión de oficio, a la vista de la mutación en la práctica de la finalidad misma, fundamentalmente en el ámbito de la contratación pública. Se concluye con una referencia a la reciente STS 1682/2022, de 19 de diciembre, en relación con la revisión de oficio de la licencia concedida en su día para la construcción del Hotel El Algarrobo, pese a la previa existencia de decisión judicial sobre la validez de la licencia, que podría estar iniciando un cambio en relación con el límite de la cosa juzgada.

Palabras clave: Límites de la revisión de oficio / Seguridad jurídica / Límites de la cosa juzgada / Actos nulos

ABSTRACT

From a strictly jurisprudential perspective, the content of article 110 of the LPAC is analyzed, reaching the conclusion, in accordance with the limits indicated in the same precept, that a restrictive interpretation of the institution of ex officio review is essential, in view of the mutation in the practice of the purpose itself, fundamentally in the of public procurement scene. It concludes with a reference to the recent STS 1682/2022, of December 19th, in relation to the ex officio review of the license granted for the construction of the Hotel El Algarrobo, despite the previous existence of a judicial decision about the validity of the license, which could be initiating a change in relation to the limit of res judicata.

Keywords: Limits of ex officio review / Legal certainty / Limits of res judicata / Void acts

LA PROHIBICIÓN DE EJERCICIO DE LA POTESTAD DE REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS¹

Francisco José Villar Rojas

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Laguna

Sumario:

- I. UN PUNTO DE PARTIDA: LA HIPOTÉTICA REVISIÓN DE LA CONCESIÓN OTORGADA A LA CTNE EN 1924 Y EN 1946.
- II. EL SIGNIFICADO DE LOS LÍMITES: “LAS FACULTADES DE REVISIÓN LLEGAN HASTA AQUÍ”.
- III. LOS LÍMITES EN SENTIDO AMPLIO: LOS PRESUPUESTOS DE LA POTESTAD DE REVISIÓN.
- IV. LOS LÍMITES EN SENTIDO ESTRICTO: EL ARTÍCULO 110 DE LA LPAC.
 - a) Las circunstancias: prescripción de acciones, tiempo transcurrido y otras.
 - b) Las consecuencias: contrario a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes.
 - c) La aplicación sucesiva de circunstancias y consecuencias, o ¿indistinta?
- V. EL CRITERIO CLAVE DE LOS LÍMITES: LA SEGURIDAD JURÍDICA.
- VI. EL MOMENTO DE APLICACIÓN DE LOS LÍMITES.
 - a) El entendimiento común: tras el análisis de la causa de nulidad.
 - b) Lo razonable: su valoración incluso antes de iniciar el procedimiento.
- VII. LA EFICACIA DE LOS LÍMITES: IMPEDIR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD, ¿Y SU MODERACIÓN?
 - a) La exclusión de la declaración de nulidad.
 - b) ¿Moderación? Aplicación del principio de conservación.
- VIII. REFLEXIÓN FINAL SOBRE LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN DE ACTOS NULOS.
- IX. BIBLIOGRAFÍA.

¹ Texto escrito de la intervención en la Mesa: “Los límites a las facultades de revisión de los actos administrativos nulos del artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común. Examen de los criterios jurisprudenciales y doctrinales para su aplicación”, en el marco de las *XXI Jornadas Nacionales de la Función Consultiva*, celebradas en La Palma el 22 y el 23 de septiembre de 2022.

I. UN PUNTO DE PARTIDA: LA HIPOTÉTICA REVISIÓN DE LA CONCESIÓN OTORGADA A LA CTNE EN 1924 Y EN 1946.

En 1924, el Gobierno de Primo de Rivera adjudicó a la Compañía Telefónica Nacional de España (CTNE) la concesión del servicio telefónico (R.D. de 25 de agosto de 1924). En ese momento era una empresa de capital español, condición requerida para ser contratista del Estado.

La adjudicación se produjo tras descartar las ofertas presentadas en el “concurso especial de proposiciones libres” por las empresas de telefonía: *Ericsson*, *Siemens* y *New Antwerp -Atea-*; ofertas por iniciativa propia porque no hubo licitación pública. Para amparar esta decisión y los términos de la concesión, el Gobierno declaró inaplicables las previsiones de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 relativas a la adjudicación de esta clase de contrato por subasta o, excepcionalmente, por concurso (art. 47 y 52), así como la prohibición de dispensa de tributos salvo previsión legal expresa (art. 5). A estas excepciones se añadió la inaplicación cualesquiera normas posteriores contradictorias con sus cláusulas. La duración de la concesión se estableció en 20 años.

Pocos días después de publicarse el contrato adjudicado, la “*International Telegraph and Telephone Co.*” (ITT) adquirió la práctica totalidad de las acciones de la CTNE, con lo que su capital dejó de ser nacional no así la compañía. Sobre la invalidez de este contrato, en la segunda república se tramitó un proyecto de ley para declarar la nulidad de ese contrato (fechado el 10 de diciembre de 1931), que, sin embargo, no llegó a ser aprobado².

Con posterioridad, en 1945, el Gobierno de la Dictadura adquirió el 80% de las acciones, retirándose ITT, pasando la CTNE a ser una empresa mixta, otorgando nueva concesión, con iguales privilegios tributarios, por 30 años, prorrogables. En 1967 se produjo la venta de acciones a minoristas por ampliación de capital (las “*matildes*”). En 1992 fue concedida nueva concesión por 30 años, otra vez sin concurso público, esta vez de acuerdo con lo previsto en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, General de Telecomunicaciones (DA 2ª). El sector fue liberalizado por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (art.2).

En relación con el objeto de este trabajo, lo apuntado permite plantear los siguientes interrogantes: ¿sería revisable en la actualidad el contrato de concesión otorgado a la CTNE en 1924 y en 1946? ¿cabría rechazar de plano esta revisión atendiendo sin más al tiempo transcurrido o además sería preciso justificar la concurrencia de algún bien jurídico que se opusiera a esta iniciativa -equidad, buena fe, derechos de los particulares-? ¿sería obligado que antes de tomar una decisión se analizaran las causas de nulidad que pudieran concurrir? ¿cabría descartar esa valoración porque, siendo notoria su nulidad, ni la Administración, ni ningún afectado instaron esa declaración? Es más, ¿sería aplicable la potestad de revisión de actos nulos, regulada por las sucesivas leyes de procedimiento administrativo, de 1958, de 1992-

² Los datos anotados se extraen de NIETO GARCÍA, Alejandro y CAMPORA GAMARRA, Juan Antonio, *La Compañía Telefónica Nacional de España y los municipios*, Madrid: Centro Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 1988, 194 pp. (en particular, 7-18).

1999 y la vigente de 2015, a un contrato de concesión adjudicado antes de que esa prerrogativa fuera reconocida y regulada?

Seguro que pueden plantearse otras muchas cuestiones y matices, pero, en lo que aquí interesa, la respuesta a la hipótesis planteada debe ser que esas concesiones no son susceptibles de revisión. Por nulas que fueran, por grosera que fuera la invalidez en la que incurrieran, los límites de la potestad de revisión, aun diciéndose imprescriptible, se imponen. Las páginas que siguen pretenden explicar por qué.

II. EL SIGNIFICADO DE LOS LÍMITES: “LAS FACULTADES DE REVISIÓN LLEGAN HASTA AQUÍ”.

El artículo 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (desde aquí, LPAC), con título “Límites de la revisión” dispone lo siguiente:

“Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas 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”.

Como resulta de su tenor literal, los límites son el contrapeso de “las facultades de revisión” que se reconocen a la Administración pública, por tanto, su significado y su función resultan condicionadas por lo que sean tales facultades³.

En su configuración original⁴, la facultad de revisión es una potestad que se reconoce a la Administración para volver sobre sus propios actos, aun firmes y declarativos de derechos, anulándolos por razones de legalidad. Es una prerrogativa que otorga a la Administración la capacidad de restablecer la legalidad, “en cualquier momento”, en relación con sus propias actuaciones que “incurran en las más groseras infracciones” del ordenamiento jurídico (entre otras STS 3^a, 628/2019, de 14 de mayo, ECLI:ES:TS:2019:1700), sin necesidad –este es el privilegio– de tener que acudir a los tribunales de justicia, aun con la carga del procedimiento y la intervención del órgano

³ Dentro de la abundante bibliografía sobre la potestad de revisión de los actos nulos, de la que dan cuenta todos los manuales de la asignatura, cabe mencionar los trabajos iniciales de LAVILLA ALSINA, Landelino: “La revisión de oficio de los actos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, 1961, n° 34, pp. 53-98; SALA ARQUER, José Manuel: *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1974; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid: Civitas, 1977, 1037 pp (en particular, 645-701); y BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977, 303 pp (actualizado, en *Lecciones sobre el acto administrativo*, Madrid: Civitas, 4^a ed 2012, 247 pp.). Más recientes, CORDÓN MORENO, Faustino, *La revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general y su control jurisdiccional. Un estudio desde la jurisprudencia*, Civitas–Thomson–Reuters. Cizur Menor, 2013, 183 pp.; SUAY RINCÓN, José: “La caracterización jurídica de la potestad de revisión de oficio”, en *Libro Homenaje a J.A. Santamaría Pastor*, Vol. II, Madrid: Iustel, 2014, pp. 1355-1408; ALENZA GARCÍA, José Francisco: *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2017, 315 pp.; y BECERRA GÓMEZ, Ana María, *La denominada “acción de nulidad” contra actos administrativos*, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2022, 437 pp. Una síntesis de las posiciones doctrinales y de la jurisprudencia, en MENÉNDEZ, Pablo: “La revisión de oficio de los actos administrativos”, en MENÉNDEZ, Pablo y EZQUERRA, Antonio (dir), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Cizur Menor: Civitas–Thomson–Reuters, 2^a ed., 2022, pp. 449-485.

⁴ Así GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Civitas, 18^a ed., 2018, 871 pp.701-714.

consultivo, pero la decisión es administrativa, y, una vez adoptada, tiene la misma presunción de validez y fuerza ejecutiva que la anulada⁵.

Esa es la finalidad y la función de la potestad de revisión de oficio, y no otra. La afirmación recurrente de que la revisión de actos nulos “*tiene el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su inatacabilidad definitiva*” (por todas, STS 3ª, de 26 de junio de 2018, FD 5º, ECLI:ES:TS:2018:2443), sólo serviría para explicar que los particulares también puedan promover esta actuación -en tanto que acción de nulidad-. En cambio, en ningún caso sirve para justificar el privilegio reconocido a la Administración, ajena a esos plazos y que, previos los trámites preceptivos y facultativos que consideró, tomó la decisión incurso en causa de nulidad; una decisión que, con el amparo de la presunción de legalidad, se proyectó sobre el mundo jurídico dando lugar a situaciones que se consolidaron. Por ello tiene más sentido afirmar que: “*La finalidad que está llamada a cumplir la revisión de los actos nulos es facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen algunos actos administrativos*”; y ello en la medida que: “*El principio de legalidad exige que los actos administrativos se ajusten al ordenamiento jurídico, permitiendo que la Administración revise los actos ilegales*” (así, STS 3ª, de 54/2022, de 24 de enero, con cita de otras anteriores, ECLI:ES:TS:2022:189). Nada más, pero también nada menos; todo ello, evidentemente, sin perjuicio de su control judicial, como cualquier actuación administrativa.

Por tanto, dejando de lado los argumentos “*dulcificadores*” –la apelación a la brevedad de los plazos–, lo cierto es que, tal y como está configurada, la revisión es una prerrogativa exorbitante, en tanto se otorga sin sujeción a plazo a quien cometió la infracción grosera del ordenamiento jurídico, con el fin de que pueda restablecer la legalidad a la que estaba y está obligada, incluso removiendo relaciones jurídicas asentadas.

Siendo esto así, los límites de las facultades de revisión son el freno de esta prerrogativa, de su ejercicio abusivo, arbitrario y/o torticero⁶. Se trata de la garantía de estabilidad, de mantenimiento de los derechos o los intereses de quienes pueden resultar afectados por el ejercicio de ese poder, aunque quede constatada la nulidad; entre los cuáles también se puede encontrar la Administración –de forma paradigmática, la hacienda pública–. Y no es una garantía final o residual, de necesaria interpretación

⁵ Sobre el alcance de esa presunción, CANO CAMPOS, Tomás: “La presunción de validez de los actos administrativos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 14, 2020, pp. 6-28

⁶ Todos los trabajos sobre las facultades de revisión se ocupan en más o en menos de sus límites. No obstante, algunos se han centrado de forma detallada en esta cuestión: GRAU BONÀS, Mercè: “Ámbito de aplicación de los límites de la revisión de oficio conforme al artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico y del procedimiento administrativo común, y momento en que éstos han de valorarse”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 2010, nº 14, pp. 209-242; SORIANO ARNANZ, Alba: “Los límites a la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 2018, nº 28-29, pp. 423-442; ALENZA GARCÍA (2017, 259-310); SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: “Los límites en el ejercicio de la potestad de revisión de oficio”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 2018-2019, nº 30-31, pp. 179-193; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva: *Los límites de la potestad de revisión*, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2019, 261 pp., también en “La necesaria y difícil limitación a la potestad de revisión de la Administración Pública”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 2018-2019, nº 30-31, pp. 207-229; BECERRA GÓMEZ (2022, 327-341); y LÓPEZ MENUDO, Francisco: “La revisión de oficio, imperio de la discrecionalidad”, *Revista de Administración Pública*, 2022, nº 217, pp. 13-52.

restrictiva; por el contrario, los límites son un elemento delimitador de esta prerrogativa, como acaece con todas las potestades. Es más, se ha explicado que tales límites no se aplican únicamente a la revisión de oficio sino a todas las facultades de revisión ejercidas por la Administración, aspecto este que no puede ser olvidado. No son límites a la revisión de oficio, sino límites a la “revisión” cualquiera que sea el cauce formal que se utilice⁷.

En concreto, los límites de la potestad de revisión de actos nulos operan como la prescripción de las infracciones o la caducidad de las acciones. Transcurrido el plazo, la Administración sigue ostentando la potestad correspondiente, pero no puede ejercerla en relación con esa actuación o situación. Los límites son un muro o, también, un “freno”⁸. La jurisprudencia habla de: “*prohibición de ejercicio*”. Ahora bien, el problema es que, en lugar de un término preciso, el legislador define ese freno con una combinación de conceptos jurídicos indeterminados, lo que abre las puertas, de par en par, a la discrecionalidad del intérprete, algo que debe ser reducido⁹. Tan amplio es el margen de interpretación que se ha sostenido que esa regulación de poco sirve, que es una mala norma¹⁰. Con todo, la función es diáfana: impedir el ejercicio de esa potestad; y también su finalidad: tutelar los intereses consolidados que podrían resultar afectados por la decisión de revisar¹¹. Esta es la clave. Los límites tienen la capacidad de impedir la revisión de un acto que incorpora un vicio grosero, aunque ello suponga que pueda seguir produciendo efectos. Con ello queda de manifiesto su trascendencia en la configuración jurídica de esta potestad y, al mismo tiempo, se refuerza el carácter excepcional de la revisión de oficio.

La tensión entre la potestad de revisión y estos límites es la que, tradicionalmente, se explica en términos de balanza: “*legalidad versus seguridad jurídica*”. El primero ampara el ejercicio de la prerrogativa, el segundo protege las situaciones jurídicas existentes. Se ha hablado de “*justicia*”, en lugar de “*legalidad*”¹², pero, en rigor, lo que pugna es la legalidad, entendida como adecuación al ordenamiento jurídico, no el valor justicia, que, por el contrario, puede operar para impedir la revisión (la equidad). Por otra parte, en cuanto al equilibrio resultante, se ha dicho que, en la práctica, se viene haciendo una interpretación favorable a la seguridad jurídica en detrimento de la legalidad, dándole una “*clarísima primacía*”¹³; pero lo cierto es que esa es la función de los límites, en cuanto que ese valor también tiene naturaleza constitucional y forma parte de la esencia del Estado de Derecho (art. 9.3 CE, sobre su significado, por todas, STC 90/2022, F.J. 2º).

⁷ Como destacó, tempranamente, REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid: Marcial Pons, 1995, 486 pp. (en particular, pp. 395 y 396). En la jurisprudencia, entre otras muchas, este criterio lo aplica la STS 3ª, de 18 de julio de 2003, FD 4ª (ECLI:ES:TS:2003:5086).

⁸ Expresión empleada por MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2018-2019, 217).

⁹ Tal y como defiende LÓPEZ MENUDO (2022, 29).

¹⁰ Calificación formulada por SANTAMARÍA PASTOR (2018-2019, 181 y 186).

¹¹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN añade otros intereses a tutelar como el ejercicio equitativo de la potestad (2018-2019, 218).

¹² ALENZA GARCÍA (2017, 32).

¹³ LÓPEZ MENUDO (2022, 22 y 23).

III. LOS LÍMITES EN SENTIDO AMPLIO: LOS PRESUPUESTOS DE LA POTESTAD DE REVISIÓN.

El primer límite de la facultad de revisión, en sentido amplio, es la necesidad de que concurren los presupuestos que permiten ejercer esa prerrogativa, en particular la acreditación de la existencia de un acto administrativo firme en el que concurre una causa de nulidad de pleno derecho (art. 106.1 LPAC)¹⁴.

En cuanto a los *caracteres del acto administrativo*, la cuestión es si la revisión de actos nulos se circunscribe, como era tradicional, a los actos declarativos de derechos, o si, por el contrario, en tanto nada dice el artículo 106.1 de la LPAC, este cauce es aplicable para cualesquiera actos, favorables o de gravamen, en este segundo supuesto con la alternativa de la revocación (art. 109.1 LPAC).

La interpretación conjunta de esos dos preceptos permite afirmar que la revisión de oficio se limita a actos nulos favorables, quedando la revisión de actos de gravamen para la vía, más simple, de la revocación¹⁵. En tal caso, la limitación a actos favorables sería otro presupuesto de las facultades de revisión, determinando la exclusión de los supuestos de gravamen, como la revisión de contratos irregulares, sin oposición del contratista, con el argumento de la necesidad de declarar la invalidez para poder proceder al pago por enriquecimiento injusto. Con todo, la cuestión es discutida. Otros autores entienden que se proyecta sobre todos los actos nulos, favorables y de gravamen¹⁶, criterio que se reconoce en la jurisprudencia más reciente (en este sentido, STS. 3ª, 54/2022, de 24 de enero, FD 8º a 11º).

Ahora bien, de asumir este entendimiento -cualquier acto nulo-, teniendo en cuenta la mayor dificultad de la revisión de oficio frente a la revocación por razón de legalidad, la revisión de actos nulos desfavorables sólo debería ser admisible a instancia de parte, por tanto, a petición del perjudicado en tanto carece de legitimación para instar la revocación y acude al único procedimiento que tiene abierto. Por el contrario, en el caso de que la iniciativa fuera de la Administración, disponiendo de un procedimiento de reacción más sencillo -revocación-, poca justificación tiene que pueda optar por seguir el más complejo -revisión de oficio- en perjuicio del afectado. Esta actuación resultaría contraria al principio de buena administración (art. 3.1.e de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP), en la medida que este principio *“impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, sin que baste la mera observancia estricta de los procedimientos y trámites, sino que, más allá reclama, la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y*

¹⁴ Es pacífico que el acto debe haber adquirido firmeza porque, pese al tenor literal del precepto (“que hayan puesto fin a la vía administrativa”), puesto que, si cabe recurso administrativo o judicial ordinario, poco sentido tendría utilizar un instrumento excepcional, sujeto a causas tasadas, con un procedimiento agravado y límites que pueden impedir su funcionamiento, como es la revisión de oficio.

¹⁵ Así GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2018, 704). También, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, Sistema de Derecho Administrativo I, Cizur Menor: Civitas-Thomson-Reuters, 5ª ed., 2020, 1034 pp (pp. 969); y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo (Parte General)*, Madrid: Tecnos, 6ª ed, 2010, (pp. 566).

¹⁶ Entre ellos, SUAY RINCÓN (2014, 1385), ALENZA GARCÍA (2017, 49-50), MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2019, 26).

constitucionalmente, incluyendo garantizar la protección jurídica que haga inviable el enriquecimiento injusto” (STS. 3ª, 628/2019, de 14 de mayo, FD 3º, ECLI:ES:TS:2019:1700). Su incumplimiento determina una actuación arbitraria (art. 9.3 CE)¹⁷.

Por otra parte, en relación con la *exigencia de una causa de nulidad de pleno derecho*, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, su concurrencia debe ser manifiesta y patente. En caso contrario, el ejercicio de esta facultad sería inviable. La concreción de una causa de nulidad de pleno derecho resulta inexcusable.

En la valoración de esa infracción, es obligado recordar que, de acuerdo con jurisprudencia repetida, la aplicación de la teoría de las nulidades en el derecho administrativo debe ser aplicada con moderación:

“Se ha de reiterar la doctrina de esta Sala sobre la nulidad o anulabilidad procedimental de los actos administrativos, recordando que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad ha de ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición del interesado en el expediente, y en fin, cuantas circunstancias concurren, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría la nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado, lo que desaconseja la adopción de tal drástica medida, siguiendo lo propugnado por el artículo 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y el artículo 66 de la actualmente vigente y la filosofía de que el derecho no es un fin en sí mismo, ni los trámites pueden convertirse en ritos sacramentales, disociados, tanto en su realización como en su omisión, de los efectos que produzcan, toda vez que el culto a la forma ha de ser rendido en cuanto sirve de protección y amparo frente al ejercicio precipitado o desmedido de la potestad administrativa” (STS. 3ª, de 22 de marzo de 1994, ECLI:ES:TS:1994:1926, también, SSTS. 3ª, de 6 de marzo de 1997, ECLI:ES:TS:1997:1588, y de 23 de junio de 2003, RJ 4413, ECLI:ES:TS:2003:4344).

Se trata de un criterio aplicable con carácter general, tanto para la revisión de actos no firmes, como, con mayor razón, en los supuestos de revisión de actos firmes. La jurisprudencia sobre las nulidades en el ámbito tributario, en especial cuando se trata de la revisión de liquidaciones tributarias firmes constituye el mejor ejemplo de aplicación de ese criterio con escasísimos supuestos de admisión -ninguno cuando el fundamento de la revisión es la declaración de inconstitucionalidad de la ley que le dio cobertura-. Siendo la nulidad de pleno derecho excepcional, antes de su declaración debe descartarse que se trata de una infracción del ordenamiento jurídico o, incluso, de una irregularidad no invalidante. Sin causa de nulidad radical, mal puede revisarse un acto administrativo firme.

No obstante, fuera de lo tributario, la calificación de las nulidades suele ser menos rigurosa. Lo ejemplifica la distinta interpretación de la nulidad por “omisión total

¹⁷ Sobre este principio, PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Valladolid: Lex Nova, 2001, 862 pp.

y absoluta del procedimiento legalmente establecido”. En materia tributaria se exige “*que se prescindiera total y absolutamente del procedimiento, de suerte que no basta con que se infrinja alguno de los trámites esenciales del procedimiento, pues la locución adverbial “total y absolutamente” recalca la necesidad de que se haya prescindido por entero y de un modo terminante del procedimiento fijado en la Ley*” (STS 3ª, 628/2019, de 14 de mayo, también STS 3ª 71/2022, de 27 de enero, ECLI:ES:TS:2022:260). En cambio, en cualquier otro ámbito de acción administrativa, esa causa de nulidad se aplica de forma menos exigente. La regla general es que “*la ausencia de un trámite esencial del procedimiento determina su nulidad al amparo del art. 62.1.e) de la Ley 30/92, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal*” (por todas, STS 3ª, 2546/2016, de 1 de diciembre, FD 17º, ECLI:ES:TS:2016:5321), lo que comporta un mayor número de actos inválidos. La razón ha sido asegurar la operatividad de este motivo de nulidad que, limitado a la ausencia completa de procedimiento, devendría inaplicable, como en la práctica ocurre en lo tributario¹⁸. Ahora bien, el carácter excepcional de la revisión de oficio de actos nulos debería llevar hacia una interpretación restrictiva de cuándo la omisión de un trámite debe considerarse equivalente a la falta de procedimiento.

Y es que ni el derecho –ley– es un fin en sí mismo, ni el culto a la forma tiene valor sin más. Por ello, para volver atrás un acto administrativo firme, no sólo es preciso que sea nulo de pleno derecho, además, debe evidenciarse una vulneración o quiebra concreta de los intereses generales, de lo contrario, la revisión se convertiría en un ejercicio de legalismo –formalismo– con olvido de la razón de ser de la actuación administrativa, que es servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE, art. 34.2 LPAC). Si tales intereses resultaron atendidos, el ejercicio de esta potestad deviene innecesaria y, en su caso, arbitraria; también lo es cuando el resultado final es equivalente al que se produciría sin previo procedimiento de revisión (como el pago al proveedor por enriquecimiento injusto).

A título de ejemplo, en relación con la contratación pública “irregular”, se repite de forma insistente que los intereses públicos que deben ser respetados son los principios de concurrencia, objetividad y publicidad en la selección de los contratistas (art. 11 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000 –TRLCAP–, art. 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 –TRLCSP–). Es indudable que su cumplimiento protege intereses públicos. Ahora bien, el fin público primario de la legislación de contratos es: “*su necesidad para los fines del servicio público*” (art. 13 TRLCAP), o también, “*su necesidad para el cumplimiento y realización de los fines institucionales de los entes, organismos y entidades del sector público*” (art. 22 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Contratos del Sector Público –LCSP07–, luego art. 22.1 TRLCSP, actual art. 28.1 de la Ley 9/2017, de 11 de noviembre, de Contratos del Sector Público, LCSP). En consecuencia, el contrato administrativo o público es un instrumento, un medio, para la realización de los fines y tareas que tenga encomendadas la Administración –para las que necesita la ejecución de obras, la entrega de bienes o la prestación de servicios–. Esta es su razón de ser. El que, en el uso de este medio, deban ser respetados aquellos principios no puede ocultar cuál es la primera y más importante finalidad de esta institución jurídica: *permitir la realización de las tareas públicas*.

¹⁸ Así lo explicaron GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2018, 677-678).

Esa distinción es –debería ser– fundamental para aplicar con la “moderación debida” la doctrina de las nulidades, que debe hacerse considerando todos los intereses públicos concurrentes y no sólo una parte de los mismos. Ningún paciente en un hospital público (tampoco en el privado) va a preguntar si los instrumentos quirúrgicos con los que lo van a operar o la medicación que le van a prescribir ha sido contratada respetando la legislación de contratación pública (como acaece con la contratación sin consignación de crédito por problemas internos de gestión presupuestaria).

Se ha dicho, sin embargo, que este segundo requisito –la evidencia del impacto en el interés público al que debía servir el acto anulado– es inexigible en la revisión de actos nulos por contraposición con la revisión de actos anulables mediante declaración de lesividad, debiendo entenderse tal vulneración implícita en la causa de nulidad de pleno derecho, dada la gravedad de esta infracción¹⁹. Sin duda, la legislación vigente no exige además de la “lesión jurídica”, que se acredite la producción de una “lesión económica”, como condición para ejercer la potestad o la acción de revisión²⁰.

Sin desconocer el argumento, lo cierto es que el crecimiento exponencial de la utilización del mecanismo de la revisión de oficio –del que se dice se hace un uso abusivo, incluso en fraude de ley–²¹ obliga a recordar que el restablecimiento de la legalidad tiene como finalidad la adecuada protección de los intereses públicos concernidos, no que los expedientes sean formalmente impecables, aunque irrelevantes en cuanto a su resultado, ni tampoco cumplir una mera función ejemplarizante, aun incapaz de producir efecto jurídico alguno. Por ello es presupuesto necesario de la revisión la concurrencia de una vulneración de los intereses públicos afectados que, en más o en menos, deben quedar identificados y ser ponderados, y cuya protección efectiva o material habrá de conseguirse. Si se quiere resulta necesario que se acredite lo que pudiera calificarse como “*efecto útil de la revisión de oficio*”, haciendo un paralelismo con el “*efecto útil del recurso de casación*”, esto es que la resolución cambiará las relaciones jurídicas, no cuando aquellas permanecerán invariables.

Cuanto queda apuntado entronca con uno de los debates que ha suscitado, tradicionalmente, la potestad de revisión de actos firmes: si su ejercicio es obligado, se dice que reglado, o bien es discrecional, de modo que queda al criterio de la Administración. Centrado en la cuestión de la solicitud planteada por el interesado, esto es, el debate de la acción de nulidad²², la respuesta ha sido que, una vez planteada, la Administración está obligada a tramitarla y resolverla, de ahí, la inclusión de causas de inadmisión (art. 106.3 LPAC). En este caso, la obligación de poner en marcha las facultades de revisión resulta indiscutible. Sin embargo, proyectar esta conclusión sobre aquellos supuestos en que la iniciativa la toma o puede tomarla la propia Administración constituye, en cierta medida, un salto en el vacío. La existencia de una causa, patente y manifiesta, de nulidad de pleno derecho, determina la obligación de actuar, pero, como acaece con la potestad sancionadora y otras restrictivas de derechos, la decisión es discrecional –que no arbitraria–, tal y como evidencia que no se reconozca legitimación

¹⁹ BOCANEGRA SIERRA (2012, 217), lo recuerda SUAY RINCÓN (2014, 1378).

²⁰ Tal y como destacaron GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2018, 708-709).

²¹ Esa calificación aparece en la doctrina de algunos órganos consultivos, lo ejemplifica el Dictamen 86/2020, de 3 de marzo de 2020, del Consejo Consultivo de Canarias (Fundamento IV, apartados 6 a 8).

²² Sobre la acción de nulidad, ampliamente, BECERRA GÓMEZ (2022).

a persona distinta de la afectada²³. De este modo, la revisión de oficio, en sentido estricto, de actos nulos es una potestad discrecional. No se revisa el pasado de oficio por imperativo legal, es precisa una decisión de la Administración competente previa ponderación de las circunstancias y los intereses concurrentes.

IV. LOS LÍMITES EN SENTIDO ESTRICTO: EL ARTÍCULO 110 DE LA LPAC.

a) Las circunstancias: prescripción de acciones, tiempo transcurrido y otras.

Como quedó apuntado, a tenor del artículo 110 de la LPAC, el presupuesto de la prohibición del ejercicio de las facultades de revisión es la existencia de determinadas *circunstancias*: prescripción de acciones, tiempo transcurrido u otras. La condición de circunstancias apela a una situación, estado o cualidad, no parece que a una valoración o a la consideración de un bien jurídico determinado –confianza legítima, proporcionalidad...–, que se desenvuelven en el ámbito de las *consecuencias*²⁴.

La amplitud de los términos se opone al establecimiento de criterios, más o menos, tasados. Pero, aun con esa reserva, es posible reconocer, como elemento común, el paso del tiempo, ya sea calculado en relación con plazos legales, ya sea en atención a la realidad de las cosas –de modo similar, en su momento, se aplicó la caducidad a las autorizaciones de extracción de agua subterránea no puestas en explotación–²⁵. Cuanto más se remonte en el tiempo el acto administrativo nulo, menos razón habrá para removerlo; la realidad de las cosas y el ordenamiento jurídico como orden, aseguran la estabilidad, esto es, dejar las cosas como están.

Sobre la “*prescripción de acciones*”, es pacífico que mal puede referirse a los plazos de interposición de recursos, lo que haría inviable el ejercicio de esta potestad, convirtiendo esta circunstancia en irrelevante. Por ello, es razonable entender que se refiera a los plazos de prescripción de acciones materiales²⁶, como el de 30 años aplicable a la adquisición por usucapión (art. 1959 del Código Civil, plazo aplicado a las cesiones gratuitas de bienes patrimoniales). También cabe añadir los plazos de prescripción de infracciones y sanciones (art. 30 LRJSP), los de prescripción tributaria (art. 66 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), los de prescripción de los derechos de la hacienda pública (art. 15 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria). También los plazos para el restablecimiento de la legalidad, en especial cuando se trata de agravar la situación jurídica original. En este sentido, en el ámbito urbanístico, es tradicional que la revisión de oficio de actos nulos –licencia– se

²³ Por ello LÓPEZ MENUÑO ha planteado la necesidad de establecer una acción popular para ejercer la revisión de actos nulos (2022, 28).

²⁴ Lo que sigue es un repaso de la problemática que suscitan las circunstancias y las consecuencias relacionadas en el artículo 110 LPAC. Su análisis detallado, con abundante cita de casos, en GRAU BONÀS (2010, 209-242); SORIANO ARNANZ (2018, 423-442); ALENZA GARCÍA (2017, 259-310); MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2019, 101-147), BECERRA GÓMEZ (2022, 327-341); y LÓPEZ MENUÑO (2022, 29-42).

²⁵ En este sentido, entre otras, STS 3ª, de 20 de octubre de 1990, F.D. 4º, ECLI:ES:TS:1990:7469.

²⁶ En este sentido, REBOLLO PUIG, Manuel y CARBONELL PORRAS, Eloisa: “La revisión de oficio”, en M. REBOLLO RUIG, M. y VERA JURADO, D. (dirs), *Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid: Tecnos, 2016, pp. 192.

encuentre vinculada con los plazos de prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad, de modo que, una vez transcurridos, la declaración de nulidad sólo podría determinar que la construcción pase a situación de fuera de ordenación, pero no a su demolición (art. 187 y 188 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976).²⁷

La doctrina del Tribunal Supremo sobre las subvenciones relacionadas con el caso de los “ERE” en Andalucía argumenta que los plazos de prescripción –en concreto, el de cuatro años para exigir el reintegro por incumplimiento de las condiciones de otorgamiento de las subvenciones– no desplaza la imprescriptibilidad de la potestad de revisión de oficio, que puede ejercerse con todas sus consecuencias, aunque aquellos hayan transcurrido, llegando a afirmar que el plazo para reclamar el reintegro nace con la declaración de nulidad (por todas, STS. 3ª, 1096/2018, de 26 de junio, ECLI:ES:TS:2018:2443). Sin desconocer la entidad y la gravedad del supuesto, que confirma el casuismo en la aplicación de los límites de las facultades de revisión, el argumento resulta cuestionable y contradictorio. Cuestionable porque, en todos los ejemplos reseñados más atrás, lo normal es que, cuando se insta la declaración de nulidad, los plazos de prescripción hayan transcurrido. Y contradictorio porque este entendimiento choca con el criterio que se viene aplicando cuando se plantea la nulidad de liquidaciones tributarias por los contribuyentes. Existe una diferencia: en las subvenciones, la hacienda pública recuperará dinero, mientras que en los tributos nulos, le tocará pagar. Pero, si se trata de depurar el ordenamiento jurídico, si lo decisivo es restablecer la legalidad, la diferencia de trato carece de justificación.

En relación con el “*tiempo transcurrido*”, la casuística confirma la inexistencia de reglas tasadas, tan sólo que cuanto mayor sea el tiempo transcurrido, los motivos para acordar la revisión de oficio habrán de ser más detallados, en particular la gravedad del perjuicio para los intereses públicos concernidos. De esto da cuenta el rechazo de revisiones de oficio de deslindes aprobados 23 o más años atrás, con omisión del trámite de audiencia a propietarios afectados y sin publicidad en el diario oficial pertinente (en este sentido, SSTS 3ª, de 21/02/2006, ECLI:ES:TS:2006:1966, de 20/02/2008, ECLI:ES:TS:2008:1384, y, más reciente, de 18 de julio de 2022, ECLI:ES:TS:2022:3028). Con todo, aun cuando se diga lo contrario, el tiempo puede ser factor suficiente para impedir la revisión de oficio, sin necesidad de mayor valoración.

En cuanto a “*otras circunstancias*”, su amplitud deja abiertas las puertas a las que, caso a caso, pudieran concurrir, distintas del tiempo. En todo caso, circunstancias en el sentido apuntado más atrás –situación, estado o calidad–. Entre estas podría tener cabida la puesta en valor del acto nulo –de su objeto– por actos o normas posteriores, como la declaración de bien de interés cultural o de bien catalogado. Lo mismo podría sostenerse de la “transformación” o “extinción”, material o jurídica, de la decisión que se califica como nula de pleno derecho; como la demanialización de bienes, la extinción de la personalidad o, también, el agotamiento de la relación jurídica con transcurso de un plazo razonable. Igualmente, cabe incluir en este apartado, el que el acto en cuestión, aprobado y firme, no hubiera producido efectos, no hubiera transformado la realidad

²⁷ Previsión que se repite en la legislación urbanística autonómica, a título de ejemplo, artículo 370 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias de 2017.

–como el plan parcial y proyecto de compensación aprobados sin ejecución de ninguna obra urbanizadora–. En todo caso, hechos o circunstancias, no valores.

b) Las consecuencias: contrario a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes.

De concurrir alguna de las circunstancias mencionadas, como pueda serlo el tiempo transcurrido, la prohibición de la revisión de oficio requiere, además, que llevarlo a cabo –anular el acto nulo– resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares y a las leyes. Nuevamente, como las circunstancias, se trata de conceptos jurídicos indeterminados, que la doctrina y la jurisprudencia tratan de concretar, sin que, dada su amplitud y multitud de casos, se puedan fijar criterios tasados o reglados, como mucho indiciarios.

La “*equidad*” se opone una revisión que determine una aplicación injusta, en el caso concreto, de la norma que se aplica. Se trata de “*moderar el rigor de la ley*”, lo que exige un juicio de valor sin duda complejo sobre lo que sea la justicia del caso concreto –dar a cada uno lo suyo–. Se aplica sobre la norma.

La “*buena fe*” apela a la actitud y actuación del beneficiado por el acto incurso en nulidad, a su comportamiento y a la convicción de que lo decidido en su día por la Administración era conforme a derecho dando lugar a relaciones jurídicas que se han consolidado. A estos fines, es relevante si el acto ha producido efectos de forma pacífica, incluso reforzada por actos administrativos posteriores o si, por el contrario, su aplicación ha estado rodeada de polémica, claro está conocida por el particular. Se aplica sobre el acto o negocio jurídico.

En cuanto al “*derecho de los particulares*”, descartado que se refiera a los beneficiarios del acto nulo porque entonces se impediría el ejercicio de la potestad²⁸, cabe entender que se refiere a la consolidación del derecho conforme al ordenamiento jurídico, como pueda ser una regularización, como también la subrogación en la relación jurídica –terceros adquirentes de buena fe–. El ejemplo es la invalidez del intento de revisión de oficio de un plan general, para recalificar un suelo de espacio verde a equipamiento privado, que se basó en el “*derecho de los ciudadanos a participar en la elaboración del plan*”, que se infringía, y, también en el “*derecho a la ejecución de sentencias*”, puesto que esa iniciativa arrancaba de la anulación judicial de una licencia para construir en ese suelo²⁹. En todo caso, parece un caso límite y no uno que sirva de guía para dar contenido a este requerimiento.

Por último, el que “*las leyes*” se opongan a la revisión de oficio de un acto determinado parece referirse a previsiones normativas que rechacen la aplicación de esa prerrogativa. Pero tampoco resulta claro.

Lo que es determinante de estos criterios impositivos de la revisión de actos nulos es que se encuentran en relación con los derechos e intereses que, si se toma esa decisión, pueden resultar afectados, esto es, aquellos que ampara la actuación que se quiere invalidar. No otros. Ni cuando la actuación la promueve la Administración, ni

²⁸ SANTAMARÍA PASTOR (2018-2019, 188).

²⁹ Dictamen 104/2008 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña (la referencia en GRAU BONÁS, 2010, 223-227).

tampoco, cuando es un tercero quien la insta. El precepto no vincula la buena fe –como la confianza legítima– con la actuación o la tutela de los derechos o intereses de ese tercero –por legítimos que sean–, sino que impone su consideración en relación con los que puedan resultar afectados en caso de que el acto objeto de revisión sea declarado nulo.

Por otra parte, el carácter abierto, no exhaustivo, de estos criterios, explica su ampliación por la doctrina de los órganos consultivos y por la jurisprudencia, con otros parámetros. Es el caso de la confianza legítima, de la proporcionalidad –juicio de ponderación–, o, incluso, de la mala fe. Se añade también la seguridad jurídica, pero debe entenderse que en un sentido estricto. En todo caso, la conclusión anterior también alcanza a estos criterios: lo son en relación con los intereses que habrán de resultar afectados por la decisión de anulación. Es por ello que debe rechazarse la apelación a los límites para impedir el ejercicio de las facultades de revisión, no por la protección de los intereses de los afectados –beneficiados del acto inválido– sino con el fin de responder a lo que se considera “uso abusivo” de esta prerrogativa por la Administración y, con ello, de la conducta irregular previa que lleva a la misma, en particular cuando el resultado es un mayor perjuicio para el afectado. Sin desconocer la realidad que lleva a este planteamiento, no es esa la función de los límites del artículo 110 de la LPAC.

c) La aplicación sucesiva de circunstancias y consecuencias, o ¿indistinta?

Es doctrina reiterada en relación con el contenido del artículo 110 de la LPAC, la combinación de circunstancias y de efectos, que: “*se trata de dos requisitos cumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado la concurrencia de determinadas circunstancias, por otro el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes*” (así, SSTs. 3^a, de 14 de junio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:57, y de 11 de enero de 2017, ECLI:ES:TS:2017:57). Se impone, con ello, una aplicación sucesiva, cuya operatividad requiere, al menos, la concurrencia de una circunstancia y de una consecuencia o efecto impeditivo de la revisión pretendida.

Ahora bien, la proyección de ese entendimiento pone de manifiesto la dificultad de aplicarlo en los términos planteados. En ocasiones, la valoración se efectúa atendiendo sólo a los efectos, en otros situando en el mismo plano circunstancias y efectos, y, en otros casos considerando como circunstancias lo que son criterios para enjuiciar las consecuencias de una eventual revisión.

Se entiende por ello que se defienda una aplicación indistinta de cualesquiera de los elementos mencionados, sean circunstancias, sean efectos, a la luz de las particularidades de cada caso que se plantee³⁰. Tanto más en la medida que se admitan –como se hace– otros parámetros no mencionados de forma expresa por la norma. Esta aproximación se acerca más a cómo se vienen aplicando en la práctica administrativa y judicial los límites, sin que distorsione el desarrollo de la función que les corresponde.

³⁰ Como plantea SANTAMARÍA PASTOR (2018-2019,186).

V. LA CLAVE DE LOS LÍMITES: LA SEGURIDAD JURÍDICA.

¿Cuál es el criterio clave, el que debe guiar la aplicación por el operador jurídico del art. 110 de la LPAC? Planteado de otro modo, ¿cuál es la regla que da cuenta de los límites y, en caso de duda o de laguna, debe servir para resolverla?

La doctrina científica contesta a ese interrogante bien manifestándose a favor de la “equidad”³¹ o bien haciéndolo en pro de la “buena fe” y de la “confianza legítima”.³² Sin duda, uno u otro sirven para cumplir la función integradora apuntada, valorando la conducta tanto de la Administración como del afectado.

Ahora bien, lo que justifica los límites y, por tanto, la prohibición de revisar un acto nulo, no es evitar que se produzca una injusticia en la aplicación de la norma al caso concreto, como tampoco proteger la confianza del ciudadano en la actuación coherente y razonable de la Administración. Sin duda son criterios fundamentales, pero la razón de ser que permite frenar el ejercicio de esa prerrogativa es la protección o la tutela de la seguridad jurídica. El precepto analizado bien podría haber establecido la prohibición de las facultades de revisión cuando su ejercicio resulte contrario a la seguridad jurídica. Este es su significado y su función.

Ciertamente, la mera apelación a la seguridad jurídica no resuelve todas las dudas que plantea la actual redacción del precepto, puede que incluso añada alguna más, pero sí que explica mejor su función de contrapeso de la potestad de revisión por razones de legalidad y, lo que es tanto o más importante, su igual peso y valor jurídico, sin que, como a veces parece, pueda considerarse una cláusula final para evitar los casos más injustos o absurdos. Se trata de un principio de igual valor que la tutela de la legalidad (art. 9.3 CE).

En su explicación básica, la seguridad jurídica tiene una doble dimensión: el derecho como orden y el derecho como certidumbre³³. Pues bien, el artículo 110 de la LPAC cumple la segunda dimensión: proteger y dar estabilidad a las relaciones jurídicas consolidadas, incluso aunque las mismas, en su origen, resultaran contrarias al ordenamiento. También se ampara el derecho como orden, puesto que sin duda contribuye a que los ciudadanos sepan a qué atenerse, pero la estabilidad es lo que explica la prohibición de revisión de actos nulos y, más aún, la continuidad en la producción de efectos jurídicos. La seguridad jurídica es pieza fundamental del Estado de Derecho. Desde bien pronto, el Tribunal Constitucional destacó que la seguridad jurídica es: “*suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de las no favorables e interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permite promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad*” (desde STC 27/1981, FJ 10º). Y es que, sin seguridad jurídica, esa forma de Estado desaparecería o no existiría.

En suma, la esencia de los límites de las facultades de revisión es la tutela de la seguridad jurídica. Siendo de este modo, su aplicación no tiene por qué ser más o

³¹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN (222 y 226).

³² SANTAMARÍA PASTOR (2018-2019, 188).

³³ VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid: 2ª ed. 1977, 691 pp. (pp. 377).

menos restrictiva, no sólo porque legalidad y seguridad jurídica son valores en el mismo plano constitucional, sino sobre todo porque los límites se dan o no se dan, sin que sean disponibles para la Administración por abierta que sea su formulación.

VI. EL MOMENTO DE APLICACIÓN DE LOS LÍMITES.

a) El entendimiento común: tras el análisis de la causa de nulidad.

Constituye una opinión común que la ponderación de los límites, la valoración de su aplicación o no en el caso concreto, debe producirse una vez identificada y reconocida la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho que determina la invalidez del acto administrativo en cuestión. No antes. Varias razones pueden explicar este entendimiento:

-La sistemática legal que, desde la redacción de 1958, sitúa los límites como precepto de cierre de la regulación de la revisión de oficio, lo que llevaría a su ponderación al final de las actuaciones (del art. 106 al art. 110 de la LPAC).

-La propia estructura del procedimiento, que se inicia, ya sea de oficio, ya sea a instancia de parte, con la exigencia de la identificación de la causa de nulidad del art. 47.1 de la LPAC en que se base la pretensión de anulación, constituyendo su omisión motivo suficiente para la inadmisión de la solicitud (art. 106.1 y 3 de la LPAC).

-El rechazo a que, con ocasión del trámite de admisión de las solicitudes de revisión, la Administración pueda ir más allá de comprobar el cumplimiento de los requisitos, en concreto que la misma se basa en una causa de nulidad de pleno derecho, sin que se permita no ya hacer un juicio preliminar de ese alegato, sino mucho menos ponderar los límites legales para inadmitirla (art. 106.3 de la LPAC, también, STS 3ª, 1768/2018, de 13 de diciembre, ECLI:ES:TS:2018:4294, con referencia a otras anteriores).

-El cuadro se completa con los términos de la solicitud de dictamen al órgano consultivo correspondiente en la que la Administración pretende que se ratifique su apreciación de que en el acto que quiere revisar concurre una causa de nulidad de pleno derecho (art. 106.1 de la LPAC).

Se entiende por todo ello que la aplicación de los límites se deje para el final. Sin embargo, ello viene condicionado por el cauce formal que se ha utilizado, la revisión de oficio, y por la ubicación del precepto, olvidando que esos límites lo son para todas las facultades de revisión de la actividad administrativa, no sólo para aquellas (evidentemente, esos límites se pueden esgrimir en un recurso). Es un precepto que podría también ir al comienzo de la regulación y su efecto sería exactamente el mismo. Tan es así, como se apuntó, que en determinados casos la mera consideración de esos límites llevaría a la desestimación de la revisión, sin necesidad de búsqueda de una causa de nulidad y consiguiente declaración, aun material, de la vulneración del ordenamiento jurídico, por tanto, proyectando una sombra sobre la validez del acto, sin que llegue a reconocerse como tal. El resultado de esta práctica administrativa es una función pretendidamente ejemplarizante que resulta harto discutible puesto que la primera infractora del ordenamiento jurídico fue la Administración, ahora revisora.

b) Lo razonable: valoración incluso antes de iniciar el procedimiento.

La función de contrapeso, en ocasiones de muro insalvable, que tienen los límites de las facultades de revisión permite reconsiderar el momento en que pueden ser ponderados y tomados en cuenta para tomar una decisión³⁴.

A estos efectos es importante señalar que, más allá de la inercia que resulta de los motivos que fueron explicados, la legislación no predetermina cuándo deba producirse esa valoración. En este sentido, nada impide que su ponderación pueda producirse en otro momento, incluso antes de iniciar el procedimiento, porque, como se viene insistiendo, si el acto resulta irrevisable, poco sentido tiene tramitar un procedimiento que conducirá a ese resultado.

En el caso de que la iniciativa sea de la propia Administración, la excepcionalidad de volver sobre los propios actos, aconseja -quizás incluso impone- que la concurrencia de esos límites, siquiera de forma preliminar por ser patentes, sea ponderada en las actuaciones previas que lleven a decidir la conveniencia o no de iniciar el procedimiento (art. 55 en relación con art. 106.1 de la LPAC). Mientras que cuando la revisión se inicie a instancia de parte los límites legales, debe insistirse que en cuanto sean manifiestos sin necesidad de una labor de interpretación, a falta de un motivo específico, bien podrían ser ponderados en el marco de la causa de inadmisión consistente en carecer manifiestamente de fundamento (art. 106.3 de la LPAC).

De este modo, la tramitación de un procedimiento de revisión de actos nulos se reduciría a aquellos que hubieran superado el filtro de que, cuando menos de forma preliminar, no concurren los límites que, llegado el caso, impedirían la declaración de nulidad y sus consecuencias. Con ello, se evitaría la incoación de expedientes por el mero hecho de evitar tomar la decisión de rechazarlos, en particular cuando su tramitación es propuesta por la propia Administración. Y es que tramitar procedimientos a sabiendas de su inevitable archivo resulta contrario, entre otros, al principio de buena administración (art. 3.1.e de la LRJSP).

VII. LA EFICACIA DE LOS LÍMITES: IMPEDIR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD, ¿Y SU MODERACIÓN?

a) La exclusión de la declaración de nulidad.

Es doctrina reiterada que *“la virtualidad del art. 110 de la LPAC no es la de limitar el alcance de una revisión que se declara procedente, sino la de excluir que, pese a la existencia de vicios de nulidad de pleno derecho, se haga tal declaración de revisión, y ello en salvaguarda de otros intereses que se consideran más necesitados de protección”*.

De ahí que, en cuanto a su eficacia, se afirme que: *“Una cosa es que, por mediar alguna de las causas que el legislador indica en el artículo 110 de la LPAC no proceda declararla, y otra bien distinta que ... se pretenda que sirvan para conservar algunos de los efectos de la actuación reputada nula. Si no deben impedir la declaración de nulidad, tampoco pueden impedir sus consecuencias”* (así, entre otras muchas, en STS. 3ª, de 24 de enero de 2022, FD 10º). Y que, en relación a esas consecuencias, se concluya que: *“la revisión de oficio de un acto administrativo acordada por órgano competente y confirmada por un tribunal que lo declara nulo de pleno derecho, trae consecuencia*

³⁴ Lo apuntó SANTAMARÍA PASTOR: primero confianza legítima, luego anulación (2018-2019,192).

que dicho acto no produjo, o no debió hacerlo, ningún efecto jurídico” (STS. 3ª, 1096/2018, de 26 de junio, FD 3º).

Según esto, la fuerza jurídica de los límites del artículo 110 de la LPAC descansa en la exclusión plena de la revisión, sin que, según este entendimiento, puedan servir para moderar, reducir, limitar, el alcance de la declaración de nulidad. O el acto es nulo, o no lo es, y, cuando lo sea, lo será con todas sus consecuencias, esto es, la extinción de cualesquiera efectos que hubiera podido producir.

b) ¿Moderación? Aplicación del principio de conservación.

Lo cierto es que anular lo ocurrido tiempo atrás, tanto más cuando se han producido efectos jurídicos que han dado lugar a situaciones y relaciones que se han consolidado, resulta mucho más complejo, en ocasiones imposible, que la afirmación de la eficacia “*ex tunc*”. Esta es la realidad; la que impone la moderación³⁵.

De igual modo que con los planes y los actos amparados por un instrumento de ordenación urbanístico declarado nulo, que antes de afirmar la nulidad de aquellos es obligado estudiar si tales actos encuentran cobertura en otra norma o plan vigente, en su caso, si esos actos son firmes, y, en última instancia, si concurre la fuerza normativa de lo fáctico³⁶, también en la revisión de actos nulos resulta aplicable el conjunto de reglas que dan contenido al “*principio de conservación*” de la actuación administrativa. Tanto las técnicas formalizadas entre las que se encuentra la nulidad parcial y la conversión de actos (art. 49 a 52 de la LPAC), como las no formalizadas, pero que forman parte del ordenamiento jurídico, como los principios generales de “indestructibilidad de las obras públicas” (expropiación en vía de hecho), “continuidad de los servicios públicos” (prórroga extraordinaria de contratos de servicios), protección de los “terceros de buena fe” (tutela en caso de subrogación), que constituyen títulos jurídicos bastante para obligar a la Administración, incluyendo el pago de las cantidades debidas. Es esta una valoración que resulta obligada.

Es posible entender que esa tarea, la valoración a la luz del principio de conservación, no forma parte del objeto del dictamen del órgano consultivo, pero sí que lo es del órgano administrativo que debe resolver el procedimiento y acordar la nulidad³⁷.

³⁵ Entre otros, SÁNCHEZ MORÓN (2009, 572), SANTAMARÍA PASTOR (2018-2019, 183, MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2019, 121-127).

³⁶ Tal y como explicó GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés, “Límites a la declaración de nulidad del planeamiento”, en López Ramón, F. y Villar Rojas, F. (coord.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa* (Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2017), Madrid: INAP, 2017, pp. 411-462.

³⁷ Sobre el principio de conservación, entre otros, BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid: Marcial Pons, 1994, 384 pp.; GARCÍA LUENGO, Javier, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid: Civitas, 2002, 326 pp. (310-326); ESCUIN PALOP, Vicente, *La conversión de los actos administrativos: dogmática y realidad*, Cizur Menor: Civitas-Thomson-Reuters, 2012, 243 pp (68-96). Una visión de conjunto: Díez SÁNCHEZ, Juan José: “El principio de conservación de actos”, en Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid: La Ley, 2010, pp. 1001-1029.

En consecuencia, una vez acordada la declaración de nulidad en ejercicio de las facultades de revisión, su alcance debe ser interpretado teniendo en cuenta las disposiciones y los principios generales que regulan la conservación de los efectos de esa clase de actos anulados. De nuevo el equilibrio entre legalidad y seguridad jurídica deviene obligado.

VIII. REFLEXIÓN FINAL SOBRE LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN DE ACTOS NULOS.

Con la revisión de oficio, y con sus límites, ocurre lo mismo que con otras instituciones administrativas que tienen una función de garantía, como el silencio administrativo o las comunicaciones previas y las declaraciones responsables, que, con el paso del tiempo, el poder público consigue darles la vuelta y bien desactivarlas, o bien convertirlas en una carga para aquellos.

En ese sentido, la regulación de la revisión de oficio de actos firmes nulos tiene como objetivo primario proteger, antes que otra cosa, los actos declarativos de derechos que pudieran resultar afectados, con garantías formales y materiales, incluso indemnizatorias (la conocida intangibilidad del acto administrativo). El régimen jurídico se construye en función de sus límites. Pero, como en aquellos otros casos, en muchas ocasiones, el poder público parece haber olvidado la razón de ser de esta regulación, ampliando su ámbito de aplicación, exigiendo la previa declaración de nulidad de sus propios actos –haciéndolos desaparecer– como condición para cumplir con sus obligaciones con los ciudadanos –en lugar de la tradicional aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto–, y utilizando interpretaciones distintas según quien sea el sujeto beneficiado/perjudicado por la revisión –un particular o la hacienda pública–. De hecho, como regla general, la administración revisora actúa como si nada tuviera que ver con el acto administrativo firme que ella misma dictó, incluso haciendo responsable de la invalidez a quién se benefició de esa decisión sin depurar antes responsabilidades disciplinarias internas.

Frente a esta clase de mutación institucional, los límites de las facultades de revisión, en sentido amplio y en sentido estricto, son la garantía de último recurso de los ciudadanos.

En fin, volviendo al inicio, la hipótesis de revisar el contrato de concesión del servicio telefónico otorgado a la CTNE en 1924 y renovado en 1946, cuanto queda expuesto permite concluir que la misma resultaría inviable sin necesidad de analizar los vicios en que incurrió hace casi 100 años por groseros que hubieran sido. Así lo impondrían los límites estudiados.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

-ALENZA GARCÍA, José Francisco: *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2017, 315 pp.

-BECERRA GÓMEZ, Ana María: *La denominada “acción de nulidad” contra actos administrativos*, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2022, 437 pp.

-BELADIEZ ROJO, Margarita: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid: Marcial Pons, 1994, 384 pp.

-BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977, 303 pp.

-*Lecciones sobre el acto administrativo*, Madrid: Civitas, 4ª ed, 2012, 247 pp.

-CANO CAMPOS, Tomás: “La presunción de validez de los actos administrativos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 14, 2020, pp. 6-28.

-DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José: “El principio de conservación de actos”, en Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid: La Ley, 2010, pp. 1101-1029.

-ESCUIN PALOP, Vicente, *La conversión de los actos administrativos: dogmática y realidad*, Cizur Menor: Civitas:Thomson-Reuters, 2012, 243 pp.

-GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Civitas, 18ª ed., 2018, 871 pp.

-GARCÍA LUENGO, Javier, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid: Civitas, 2002, 326 pp.

-GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid: Civitas, 1977, 1037 pp.

-GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés: “Límites a la declaración de nulidad del planeamiento”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (coord.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa* (Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2017), Madrid: INAP, 2017, pp. 411-462.

-GRAU BONÀS, Mercè: “Ámbito de aplicación de los límites de la revisión de oficio conforme al artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico y del procedimiento administrativo común, y momento en que éstos han de valorarse”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 2010, nº 14, pp. 209-242.

-LAVILLA ALSINA, Landelino: “La revisión de oficio de los actos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, 1961, nº 34, pp. 53-98.

-LÓPEZ MENUDO, Francisco: “La revisión de oficio, imperio de la discrecionalidad”, *Revista de Administración Pública*, 2022, nº 217, pp. 13-52.

-MENÉNDEZ, Pablo: “La revisión de oficio de los actos administrativos”, en MENÉNDEZ, Pablo y EZQUERRA, Antonio (dir), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Cizur Menor: Civitas-Thomson-Reuters, 2ª ed., 2022, pp. 449-485.

-MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva: *Los límites de la potestad de revisión*, Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2019, 261 pp.

-“La necesaria y difícil limitación a la potestad de revisión de la Administración Pública”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 2018-2019, nº 30-31, pp. 207-229.

-NIETO GARCÍA, Alejandro y CAMPORA GAMARRA: Juan Antonio, *La Compañía Telefónica Nacional de España y los municipios*, Madrid: Centro Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 1988, 194 pp.

-PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Valladolid: Lex Nova, 2001, 862 pp.

-REBOLLO PUIG, Manuel: *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid: Marcial Pons, 1995, 486 pp.

-REBOLLO PUIG, Manuel y CARBONELL PORRAS, Eloisa: “La revisión de oficio”, en M. REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. (dirs), *Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid: Tecnos, 2016, pp. 173-195.

-SALA ARQUER, José Manuel: *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1974.

-SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo (Parte General)*, Madrid: Tecnos, 6ª ed, 2010, pp. 562-573.

-SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: “Los límites en el ejercicio de la potestad de revisión de oficio”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 2018-2019, nº 30-31, pp. 179-193.

-SORIANO ARNANZ, Alba: “Los límites a la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 2018, nº 28-29, pp. 423-442.

-SUAY RINCÓN, José: “La caracterización jurídica de la potestad de revisión de oficio”, en *Libro Homenaje a J.A. Santamaría Pastor*, Vol. II, Madrid: Iustel, 2014, pp. 1355-1408.

-VILLAR PALASÍ, José Luis: *Apuntes de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid: 2ª ed. 1977, 691 pp.

RESUMEN

El presente trabajo aborda el significado de los límites de las facultades de revisión de actos nulos. Se analizan los límites en sentido amplio –los presupuestos legales de la revisión–, y los límites en sentido estricto –los del art. 110 de la LPAC–, concluyendo que se trata de un muro que impide la declaración de nulidad por razones de seguridad jurídica, por grosera que sea la infracción. A la vista de esa función, se plantea la necesidad de que la concurrencia, o no, de los límites, se analice antes de valorar la causa de invalidez, y no al final del procedimiento, de conformidad con el carácter excepcional de la revisión. En cuanto a su eficacia se expone que la declaración de nulidad no impide que el órgano competente para dictar la resolución aplique las técnicas propias del principio de conservación de actos.

Palabras clave: Revisión de oficio / Límites facultad de revisión / Potestad de revisión / Seguridad jurídica / Principio de conservación de actos

ABSTRACT

This paper addresses the meaning of the limits of the powers of review of null and void acts. It analyzes the limits in the broad sense –the legal requirements for review–, and the limits in the strict sense –those of art. 110 of the LPAC–, concluding that it is a wall that prevents the declaration of nullity for reasons of legal certainty, no matter how gross the infringement. In view of this function, the need arises for the concurrence, or not, of the limits to be analyzed before assessing the cause of invalidity,

and not at the end of the procedure, in accordance with the exceptional nature of the review. Regarding its effectiveness, it is stated that this does not prevent the competent body to issue the decision from applying the techniques of the principle of preservation of acts

Keywords: Ex officio review / Limits of power of review / Power of review / Legal certainty / Principle of conservation of acts

OTROS ESTUDIOS

QUIEN PUEDE LO MÁS, PUEDE LO MENOS

Ignacio Granado Hijelmo

*Doctor en Derecho y en Derecho Canónico
Académico Correspondiente de las Reales Academias de Jurisprudencia
y Legislación y de Ciencias Morales y Políticas
ex Presidente y Letrado-Secretario General
del Consejo Consultivo de La Rioja.*

Sumario.

I. TEORÍA JURÍDICA.

1. Planteamiento.

2. Concepto.

- A) Descripción.
- B) Características.

3. Antecedentes.

- A) La *causa Curiana*.
- B) El fragmento labeoniano.
- C) La *régula pauliana*.
- D) La epitomación justiniana.
- E) La formulación canónica.

4. Denominación.

- A) Terminología.
- B) Tipología.
- C) Propuesta.

5. Presupuestos.

- A) De carácter gnoseológico.
- B) De carácter epistemológico.
- C) De carácter pre-contencioso.
- D) De carácter competencial.
- E) De carácter conflictual.

6. Naturaleza.

- A) Hipótesis de la norma jurídica.
- B) Hipótesis del criterio exegético.
- C) Hipótesis de la analogía.
- D) Hipótesis de la presunción *iuris tantum*.
- E) Hipótesis de la ficción jurídica y la presunción *iuris et de iure*.
- F) Hipótesis de la argumentación.

7. Estructura.

- A) La proposición *a fortiori*.
- B) La *garantía* del nexó.
- C) El *respaldo* de la *garantía*.
- D) La conclusión *prima facie*.
- E) Crítica.

8. Funcionalidad.

- A) Sistémica.
- B) Multinivel.
- C) Relativa y casuística.

II. PRÁCTICA JURÍDICA.

1. Ordenamientos externos.

- A) Derecho internacional público.
- B) Derecho comunitario europeo.
- C) Derecho canónico y otros ordenamientos extra-estatales.
- D) Derecho internacional privado.
- E) Derecho comparado.

2. Ordenamientos internos.

- A) Derecho privado.
- B) Derecho público.

3. Principales ramas jurídico-públicas.

- A) Derecho constitucional.
- B) Derecho penal.
- C) Derecho tributario.
- D) Derecho laboral.
- E) Derecho procesal.

4. En especial, el Derecho administrativo.

- A) La colisión de la regla QPM con el *principio de legalidad*.
- B) Las actuaciones administrativas de policía y fomento.
- C) Las actuaciones administrativas de organización; incidencia de la regla QPM en la competencia de órganos administrativos.
- D) Las actuaciones administrativas en materia de contratación, patrimonio y urbanismo.

III. CONCLUSIONES.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. TEORÍA JURÍDICA.

1. Planteamiento.

En la doctrina consultiva y académica, así como en la jurisprudencia y en el ámbito forense es frecuente, para apoyar un razonamiento sobre una competencia dudosa, emplear el clásico argumento que da título a este ensayo.

Ahora bien, pese a su apariencia simple y evidente, la regla jurídica *quien puede lo más, puede lo menos* (a la que, en lo sucesivo y por abreviar, me referiré con las siglas QPM) plantea importantes problemas de tipo gnoseológico; pero también en otros ámbitos, como el histórico y el filológico, además del específicamente jurídico; por lo que conforma una cuestión cultural bastante compleja.

Intentaré desenredar esta madeja de cuestiones, contentándome si, por mi parte, consigo mostrar algunas conclusiones que resulten jurídicamente aprovechables, en especial, para su aplicación práctica en materia de competencia administrativa.

2. Concepto.

A) Descripción.

Atendiendo a la antigua prevención de Javoleno sobre el peligro que en Derecho encierran las definiciones¹, me limitaré a, partiendo de una noción descriptiva, señalar primero y desarrollar después las principales características de la regla QPM.

Como idea de conjunto, QPM (*quien puede lo más, puede lo menos*) puede describirse como la **formulación** (brevilocua, comparativa, preceptiva, lógica y clásica) **de una regla** (moral o jurídica), sensatamente aplicable a la resolución de algunos conflictos (casos debatidos) competenciales (en que se dude sobre quién puede hacer qué), **por la que, prima facie, toda persona** (física o jurídica) **a la que una norma** (ética o jurídica, sea ésta última, legal, negocial o consuetudinaria) **habilite para llevar a cabo, en un grado** (cuantitativa o cualitativamente) **superior, una actuación** (positiva o negativa) **sobre un asunto** (calificable como un género susceptible de presentar diversas especies según su distinto grado de magnitud), **ha de entenderse que también está habilitada, por la misma norma, para realizarla en un grado** (cuantitativa o cualitativamente) **inferior, sin perjuicio de las limitaciones que deriven del sistema en que se integre el asunto al que se refiere, las cuales incluso pueden determinar la inoperancia práctica de la regla.**

B) Características.

Desglosando esta descripción inicial, resultan las siguientes características de la regla QPM:

-Se trata de una *proposición*, en el sentido lingüístico de *oración*, es decir, frase o conjunto de palabras que se manifiestan de forma verbal o escrita.

-Presenta una forma *brevilocua* (sólo consta de siete palabras); por lo que literariamente ha de ser tipificada entre las locuciones del género corto.

¹ “*Omnis definitio in iure civil periculosa est*” (Dg. 50.17.202).

-El análisis léxico la muestra como una oración *comparativa*, pues pondera, para valorarlos, dos grados, uno mayor que otro, que objetivamente pueden presentar las especies de un mismo género de asunto que se trata de llevar a cabo.

-En el plano semántico, es una oración *preceptiva*, pues manifiesta una pretensión normativa en el ámbito social, sea de la Ética (como un criterio moral objetivo) o del Derecho (como una regla jurídica), que es al que principalmente atiene el presente análisis.

-Por su técnica, es una proposición *lógica*, pues está construida con la estructura silogística de los argumentos *a fortiori*, que tanto pueden adoptar la modalidad “tanto más” (argumento *a maiore ad minus*) como “menos aún” (argumento *a minore ad maius*).

-Por su origen, puede afirmarse que la regla QPM es *clásica*, en el sentido de que parece surgida en el ámbito estoico de la retórica forense romana y, si bien sólo es rastreable en algunos fragmentos jurisprudenciales conservados en el *Digesto* justiniano, terminó siendo acogida por los escolásticos medievales como una *regula iuris*, es decir, como una regla de Derecho común romano-canónico (*utrumque ius*).

-Por su destino, la regla QPM tiene la finalidad de ayudar a resolver conflictos (es decir, asuntos en que hay una duda jurídica previa o un posterior debate contencioso) de tipo competencial (es decir, sobre quién puede hacer qué) en un caso concreto (o sea, con circunstancias personales, objetivas, formales, espaciales y temporales determinadas).

-Por su operatividad práctica, la regla QPM es *relativa, sistémica, casuística y prima facie*, debiendo ser entendida con la cláusula implícita “según el caso”, pues su eficacia depende de las limitaciones que se deriven del sistema en que se integre el concreto asunto al que se aplique, las cuales, sobre todo cuando son de tipo jurídico, pueden determinar que la regla tenga una operatividad muy escasa o que, en algunos supuestos, resulte inaplicable.

En los epígrafes siguientes, glosaré con más detalle esta caracterización de la regla QPM.

3. Antecedentes.

A) La causa Curiana.

1/ Si se parte de los rotundos preceptos decenvirales y se considera al reiterado laconismo preceptivo (*ita ius esto*) de la *Ley de las XII Tablas* (451 a.C.) como una conquista popular en la lucha por un Derecho escrito, breve, claro y publicado, frente a la primitiva oscuridad verbal de los herméticos criterios pontificales (*ius papirianum*), no puede extrañar que la elaboración de las primeras *regulae iuris* hunda sus raíces en la Roma pre-clásica y que crezca en el *humus* retórico del foro, auspiciado por la influencia de la argumentación helenística y de la filosofía estoica, que facilitaban la comprensión y aplicación de las normas morales y jurídicas con formulaciones apriorísticas².

² Es cuestión debatida si la influencia en el Derecho romano de la retórica griega (en una línea que, partiendo de la *Lógica* de Aristóteles y, por vía siciliana, a través de los *status* o géneros dialécticos de Hermágoras, conduce a Cicerón) se produjo ya en época republicana (como sostienen Orestano, Brogginio o Riposati); sólo

Así, la formulación *in maore minus est* (lo más comprende lo menos) aun no revestía la apariencia de una *regula iuris*, sino de un mero criterio retórico de lógica implicativa (en el sentido de inclusión) cuando (en 92 a.C.) se riñó la célebre *causa Curiana*, un proceso sucesorio así denominado por Manlio Curio, el demandado, y que conocemos por las referencias de Cicerón³.

2/ Los hechos consistían en que un ciudadano llamado Marco Coponio, creyendo erróneamente que su mujer estaba encinta, instituyó heredero en su testamento al hijo que esperaba; si bien, para el caso de que el *nasciturus* muriese antes de la pubertad, designó a Manlio Curio como sustituto pupilar.

El testador murió y, transcurridos los 10 meses legalmente exigidos para (según el máximo cómputo hipocrático) esperar el posible parto de cualquier viuda, el hijo no llegó a nacer, por lo que, en defecto del pupilo y siendo esencial la institución de un heredero, no cabía la sustitución pupilar prevista en el testamento, y, en consecuencia, los hermanos agnados del difunto reclamaron su herencia, ejercitando, ante el Tribunal de los centunviro (así llamado por sus 105 miembros nombrados por las partes), la acción denominada *hereditatis petitio* como herederos *ab intestato*, a cuyo efecto encargaron su defensa al mejor jurista de la época, Quinto Mucio Scévola, el pontífice.

El demandado era el precitado sustituto pupilar, Manlio Curio, que, encomendando su defensa al más afamado retórico de su tiempo, Licinio Craso, reconvino alegando que la voluntad conjetural del testador era que, en defecto del pupilo, la sustitución pupilar debía convertirse en vulgar y, por tanto, la herencia le correspondía como heredero sustituto.

3/ En la *causa Curiana*, se debatía si las palabras del testador (*verba testatoris*), por las que se establecía una sustitución pupilar, debían prevalecer (como sostenía Mucio Scaevola) sobre lo verdaderamente querido por el testador (*voluntas testatoris*), que era establecer también una sustitución vulgar (como sostenía Licinio Craso).

Tras arduos debates, el Tribunal de los centunviro falló que debía prevalecer ésta última, en base a que la sustitución pupilar incluye la vulgar, lo cual se convertiría en doctrina general, aunque sólo en época post-clásica, merced a una Constitución

comienza en el periodo post-clásico (como opinan Steinwenter, Schluz, Schiller, Wenger o Wesel); o si incluso se retrasa hasta el medioevo (como cree Meyer). En mi criterio (aplicando al caso particular de la regla QPM la prevención general de Aquilio Galo *nilhil hoc ad ius, ad Ciceronem/ libremente*: esto es ajeno al Derecho que cultivamos los juristas, es cuestión de los retóricos como Cicerón; que éste último recoge en *Tópica* 12.51), hay que distinguir los ámbitos: *forense* (donde, al primar la prueba de hechos, la *causa Curiana* demuestra que los recursos argumentales helenísticos fueron ampliamente utilizados ya en época silana); el *jurisprudencial* (donde, al primar la fundamentación jurídica, el *Digesto* muestra que la sistematización los criterios jurisprudenciales en *regulae iuris* es post-clásica) y el *teórico* (donde, al primar el *apparatus* lógico, las reglas del pensamiento jurídico son perfiladas y ordenadas por la Escolástica en los debates sobre las materias *triviales*, es decir, integradas en el *trivium*, como la Gramática, la Retórica y la Dialéctica). Cfr. MIQUEL, J, “Stoische Logik und römische Jurisprudez”, en *Zeitschrift der Savigny*, 87, 1970, págs. 85 y ss.

³ CICERÓN, *De oratore* 1, 39, 180; *Brutus*, 39, 144-145, 197; *Topica*, 10, 44; *De inventione*, 2,42,122; y *Pro Caecina*, 18. Cfr. GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, voz “Causa curiana”; y. TORRENT RUIZ, Armando, *Diccionario de Derecho romano*, Ed. Edisofer, Madrid, 2005, voz “Causa curiana”.

imperial de los *divi fratres* Marco Aurelio y Lucio Vero, recogida por Ulpiano en Dg.28.6.4,pr⁴.

4/ La *causa Curiana* fue un hito en la hermenéutica testamentaria, en la dogmática de las sustituciones hereditarias y también en la argumentación jurídica, por aplicar implícitamente el criterio racional que subyace en la regla QPM.

En efecto, la *ratio decidendi* centunviral estribó en un razonamiento *a fortiori*, como el inherente a la regla QPM, en su modalidad *a maiore ad minus* (“mucho más aún”), pues, el fin perseguido por el testador era dotarse de un heredero testamentario (que era “lo más” en la sucesión romana, por la esencialidad de la institución hereditaria y la prevalencia de la sucesión testada sobre la intestada); siendo “lo (de) menos” el medio, es decir, el tipo de sustitución hereditaria elegido para lograrlo; y así, aunque el testador optó por establecer una sustitución pupilar (que era la más específica), con más razón había de entenderse que quiso también la vulgar (que era la menos específica).

Obviamente, podía replicarse que tal argumentación silogística era una falacia *ex aequitate* y contrafactual, pues lo literalmente querido por testador sólo había sido establecer una sustitución pupilar que, al devenir inaplicable, generaba *ex lege* la sucesión intestada.

5/ Estas dudas explican la dificultad de la causa y la intensidad del debate forense, así como la relatividad sistémica y casuística de la regla QPM, pues el fallo centunviral se encuadra en el modelo sucesorio romano donde el carácter esencial de la institución de heredero incentivaba una interpretación *pro testamento*, en vez de la apertura de la sucesión intestada.

B) El fragmento labeoniano.

1/ El ruidoso pleito sucesorio de finales de la República que fue la *causa Curiana* dejó claro que las cuestiones de interpretación testamentaria, especialmente en casos de discrepancia entre la voluntad y su manifestación, eran sumamente complejas y que a su resolución jurídica podía contribuir el criterio retórico *in maiore minus est*.

De ello quedaría convencido un jurista dialéctico como Trebacio Testa (a quien, por ello, Cicerón dedicó su *Tópica*); y sobre todo su discípulo, Marco Antistio Labeón (45 a.C- 12 d.C) que recoge (aunque para desecharlo) dicho criterio retórico en un texto póstumo que fue compilado por Octavio Javoleno Prisco (Dg.32.29.1) ⁵.

⁴ Cfr. FALCHI, Gian Luigi, *Interpretazione 'tipica' nella 'causa curiana'*, Ed. Pontificia Universitas Lateranensis, Roma, 1982; TORRENT, Armando, “Interpretación de la *voluntas testatoris* en la jurisprudencia republicana: la *causa Curiana*”, en *AHDE*, 39, 1969, págs. 173-211; IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Ed Ariel, Barcelona, 1979, pág. 657, nota 176; y D’ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Ed. Eunsa, 9ª ed, Pamplona, 1997, pág. 355, nota 3, con bibliografía.

⁵ El texto del fragmento, según la traducción de García del Corral, es: “*Quum ita legatum esse ut Titia uxor mea tantandem partem habeat quantulam unus heres; si non aequales partes essent heredum, Quintus Mutius et Gallus putabant maximam partem legatam esse, quia in maiore minor quoque inesse; Servius, Ofilius, minima, quia, quum heres dare damnatus esset, in potestate eius esset quam partem daret; Labeo hoc probat, id quae verum est*” / Cuando se hubiere hecho un legado de modo que Ticia, mi mujer, tenga tanta parte como un solo heredero; si no fuesen iguales las partes de los herederos, Quinto Mucio y Galo opinaban que se legó la parte mayor, porque en la mayor está también la menor; y Servio y Ofilio, que la más pequeña porque, estando constreñido el heredero a dar, está en su facultad (determinar) qué parte haya de dar. Labeón aprueba esto y esto es lo verdadero. Cfr. GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso (trad.), *Cuerpo del Derecho civil romano*, Barcelona, 1889; reimp. 6 vols. Ed Lex Nova, Valladolid, 1988.

2/ Este fragmento labeoniano versa sobre cómo interpretar el testamento de quien, dejando varios herederos instituidos en partes desiguales, lega a su mujer tanta parte (*tantulam*) cuanta tenga uno de ellos; y revela que, ante este problema, Quinto Mucio Scévola y Aquilio Galo opinaban que la mujer debía recibir igual que el heredero más favorecido, porque en lo mayor se incluye lo menor (*quia in maiore minor quoque inesse*); pero Servio y Ofilio, cuya opinión acepta Labeón, es que debe recibir la del menos favorecido porque, estando obligados los herederos a pagar el legado, pueden elegir cuánto dar a la viuda.

3/ La etiología y la hermenéutica de este fragmento labeoniano no es sencilla, pues presenta diversos sujetos y factores que deben ser tenidos en cuenta⁶.

4/ Como protagonista del fragmento, destaca Ticia, la viuda legataria. Es de recordar que el estatuto sucesorio de la mujer en los tiempos de Labeón (Principado de Augusto) era bastante depresivo, pese a las conquistas legislativas del final de la República⁷.

Así, hasta la *Lex Voconia* del 169 a.C, se prohibió instituir la heredera; y, en el matrimonio *cum manu*, en que la *potestas* sobre la mujer pasaba de su padre a su marido, si éste era *sui iuris*, la esposa ocupaba, en la familia marital, la posición de una hija (*loco filiae*); pues, si su marido era *alieni iuris*, se entendía que dependía de su suegro y entonces ocupaba el lugar de una nieta (*loco neptis*).

Es cierto que el Derecho pretorio había suavizado esta situación al admitir el matrimonio *sine manu*, en que la mujer no se convertía en pariente agnaticia de su esposo, sino que conservaba la vinculación, también sucesoria, con su familia de origen.

Pero la legislación caducaria de Augusto, en concreto, la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C), para incentivar las nupcias, sancionaba con la pérdida de la mitad de sus bienes a la mujer que permaneciese más de cinco años viuda; y la *Lex Iulia de adulteriis coercendis* (del mismo año) castigaba la infidelidad, según fuese o no *in fraganti*, facultando, al marido burlado, a matar o acusar de crimen de lenocinio al adúltero; y, al padre de la adúltera, a matar o acusar de dicho crimen a ésta.

5/ En este marco social, Labeón podía haber optado por reconocer a la viuda una parte igual a la del heredero más favorecido, pues parece una postura más progresiva que la del *ius civile* y más acorde con el *ius honorarium* respecto a la condición femenina, puesto que no en vano Labeón había sido pretor y además era reputado el fundador de la escuela jurisprudencial luego llamada *proculeyana* (por Próculo, discípulo de su discípulo Nerva) y en la que también militaron Quinto Mucio Scévola el pontífice y el discípulo de éste Aquilio Galo, ambos partidarios en este fragmento de dar a la viuda la parte mayor.

⁶ Cfr. BACKHAUS, “In maiore minus est”, en *Zeitschrift der Savigny*, 100, 1983, págs. 136-184; cit, por Rafael DOMINGO OSLÉ, RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, Beatriz, *Reglas jurídicas y aforismos*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 64; y MIQUEL, J, *Historia del Derecho romano*, Ed. Signo, Esplugues de Llobregat, 1984, pág. 72.

⁷ El propio Papiniano reconoció en Dg. 1.5.9 que “*in multis iuris nostri articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum*” /en muchos aspectos de nuestro Derecho, es peor la condición de las mujeres que la de los hombres. Cfr. DOMINGO OSLÉ, Rafael (dir.), *Textos de Derecho romano*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 308.

Labeón, sin embargo, se inclina por la idea de conferir a la viuda una parte igual a la del heredero menos favorecido. Ello induce a pensar que quizá la fuerza centrípeta del *ius civile* en materias de condición femenina fuese superior en Labeón a la que podía haber extraído de su experiencia pretoria, pues era un tradicionalista de clara filiación republicana (su padre, el también jurista Pacuvio Labeón, había apoyado a Bruto en la conjura contra Julio César) y, aunque (en el mismo año 18 a.C. en que se aprobaron las *leges caducariae*) Labeón (hijo) integró la comisión encargada por Augusto para redactar una nueva lista senatorial (*lectio senatus*), su precitada escuela (*proculeyana*) no era tan proclive al Principado como su antagonista Ateyo Capitón, fundador de la que luego sería denominada *sabiniana* (en atención a su discípulo Masurio Sabino) y de la que formaban parte los dos juristas citados en este fragmento, esto es, Servio Sulpicio Rufo (rival del aludido Q.M. Scaevola el pontífice) y Aulo Ofilio (discípulo del también citado Servio S. Rufo y maestro del referido Ateyo Capitón), y que también habían apoyado en su momento a Julio César.

6/ Estos datos y la postura de Labeón en el fragmento que nos ocupa inducen a pensar que la diferencia entre proculeyanos (de tendencia republicana y con una metodología inductiva) y sabinianos (más proclives al cesarismo del Principado y al análisis deductivo) era más de carácter político que jurídico.

En tal caso, quizá este fragmento no sea reflejo de ninguna concepción socio-política especial sobre la condición jurídica de la mujer, sino que simplemente recoja una antigua controversia entre las citadas escuelas jurisprudenciales (*ius controversum*) sobre una cuestión meramente hermeneútica: cómo sanar, mediante una correcta interpretación de la voluntad del difunto, un testamento que corría el riesgo de ser anulado (*irritum*) por error en la declaración, debido al fuerte rigor formal del testamento romano clásico.

7/ Es más, como se ha sugerido en otros casos semejantes⁸, podría pensarse en que el texto labeoniano original incluyese la expresión *in notam* para indicar que el caso propuesto se trataba de un testamento en que el testador había precisado claramente ante un *tabelión* (Notario) la parte (mayor, igual o menor que la de uno sus herederos) que debía darse a su viuda como legataria; pero, “en la *nota*” redactada por este y que se plasmó en las *tábulas* testamentarias (luego solemnizadas *per aes et libram*), se omitió, por error, dicha precisión y sólo se indicó que la viuda recibiera igual que “un” heredero, sin especificar cuál o en qué porción, dando lugar así al problema de interpretación.

Según esta hipótesis, el fragmento habría recogido un caso de error notarial en la escrituración de la voluntad declarada por el testador; pero elidiendo la expresión *in notam*, expresiva de una discrepancia entre la voluntad manifestada ante Notario y la escriturada en el testamento. Este error, si se lograba probarlo ante el tribunal de los centumviro, encargado de los asuntos hereditarios, podría anular el testamento.

La eliminación (por Juliano, compilador de este fragmento póstumo de Labeón; o por los compiladores justinianos, que lo incluyeron en el *Digesto*) de la hipotética

⁸ Cfr. PÉREZ SIMEÓN, Maurici, “*Si quis pro centum ducenta per notam scripsisset*: La sanación de cláusulas testamentarias nulas a causa de la escritura por error de una cuota o de una cantidad mayor de la realmente deseada; contribución al estudio de un posible *ius controversum*”, en *RIDA*, 45, 1998, págs. 451-478.

expresión *in notam*, resituaría el caso en la órbita de la *causa Curiana*, es decir, como un problema de mera interpretación de la voluntad del testador, cuya solución, cualquiera que fuere, no implicaba la anulación del testamento⁹.

8/ Si se plantean así las cosas, en este fragmento no habría tanto una polémica entre republicanos y cesaristas acerca de la condición femenina; cuanto una discrepancia jurisprudencial sobre si el problema planteado en el fragmento debía ser resuelto en aplicación: i) del criterio extensivo *in maiore minus est*, ínsito en la regla QPM y por el que optan los partidarios de dar a la viuda la misma parte que el heredero más favorecido, al entender que la parte de éste, por ser la mayor, comprende, sin duda, cualquier posible voluntad del difunto, es decir, tanto si éste quería legar a su viuda una cuota igual a la del heredero más favorecido, como si deseaba legarle sólo una cuota igual a la del heredero menos favorecido; o ii) del criterio restrictivo *in dubio pro debitor*, ínsito en toda obligación y por el que optan los partidarios de dar a la viuda una cuota igual a la del heredero menos favorecido, al entender que los herederos tienen la obligación de pagar los legados, por lo que, al no haberla cuantificado el testador, su concretización es facultad de los herederos.

En otras palabras, no se trataría tanto de que la opinión de dar a la mujer la cuota menor fuera propia de los republicanos o de la escuela sabiniana y que la de darle la mayor pudiera ser propia de los cesaristas o de la escuela proculeyana, cuanto de que se tratara simplemente de salvar la validez y eficacia de una disposición testamentaria haciendo una interpretación conjetural de la voluntad del testador o aplicando la lógica obligacional inherente al funcionamiento de los legados.

9/ Es de advertir que, en rigor, Labeón no recoge en este fragmento la regla QPM sino el criterio de lógica formal *in maiore est minus* que la fundamenta y que en la *causa Curiana* había quedado implícito; y, además, rechaza la solución a la que dicho criterio conduce (dar a la viuda una parte igual que la del heredero más favorecido), pues acoge la contraria (dar a la viuda una parte igual a la del heredero menos favorecido), la cual se fundamenta en una *ratio iuris* diferente y que es de lógica institucional, en cuanto que deriva de la naturaleza jurídica de obligación que para el heredero tiene pagar los legados.

Labeón inaugura así una tendencia jurisprudencial que se mantiene a lo largo de los siglos y que consiste en que la regla QPM es citada con profusión por la jurisprudencia como un argumento *a fortiori* de Lógica formal, que refuerza el razonamiento del fallo; pero pocas veces constituye la *ratio decidendi* del caso, la cual suele encontrarse en otros criterios que son de Lógica institucional o deóntica.

C) La *régula pauliana*.

1/ Cuando, a finales del s. I d.C, comienza a decaer la influencia cultural helenística, los juristas clásicos comienzan a elaborar colecciones de reglas (*regulae*), siendo Neracio Prisco (jurista áulico de Trajano y Adriano y último cabeza de la escuela

⁹ La preocupación justiniana por la ordenación de la función notarial de los *tabelliones* se muestra en la Constitución *de Tabellionibus* de 15-09-537 (Nov. 44, 47 y 73) que, a través del Exarcado de Rávena, influyó, primero, en el Derecho notarial longobardo y, después, en toda Europa occidental; mientras que, en Derecho romano-bizantino, fue desarrollada por la Constitución 25 de León el Filósofo del 887 (Nov. 115) que se aplicó en Oriente al ser incorporada a los *Basilicos*. Cfr. BONO, José, *Historia del Derecho Notarial español*, Ed Junta de Decanos de los Colegios notariales de España, vol I.1 (único publicado), Madrid, 1979, págs. 58-70.

proculeyana) el autor del primer *Liber regularum* del que se tiene noticia, aunque no consta que aludiera a la regla QPM.

2/ El ejemplo neraciano fue seguido, en época post-clásica, por diversos destacados juristas del s.II d.C, como Pomponio, Gayo o Cervidio Scévola; y, ya en el s. III d.C, por Paulo y su discípulo Licinio Rufino, así como por Marciano, Ulpiano y su discípulo Modestino. Todos ellos publicaron *Libri regularum*, sin que consten alusiones a la regla QPM que nos ocupa.

3/ En todo caso, la expansión, en el ambiente retórico del foro, del criterio *a maiore ad minus* que sustenta la regla QPM determinó su aceptación post-clásica como principio jurisprudencial; y, así, es nuevamente recogido por Paulo en el Libro VI de sus *Comentarios al Edicto*, en un fragmento que, solemnizado con carácter general por los compiladores justinianeos como *regula iuris*, figura (con el texto: *in eo, quod plus sit, semper inest et minus* / en lo que es más, está siempre comprendido también lo que es menos), en Dg.50.17.110.pr; pues sabido es que el Título 17 del libro 50 del *Digesto* fue dedicado a recoger *diversis regulis iuris antiqui* / diversas reglas del Derecho antiguo.

Repárese en que el fragmento pauliano no recoge la conocida formulación de la regla *qui potest plus, potest et minus*, sino sólo nuevamente la del principio retórico que la sustenta (*in eo quod plus sit, semper inest et minus* / en lo que sea más, siempre está inherente lo menos) que ya conocíamos, implícitamente, en la *causa Curiana*; y, explícitamente, en el fragmento labeoniano.

D) La epitomación justiniana.

1/ La tendencia post-clásica a la epitomación (reducción de la doctrina jurisprudencial a *Epítomes* o manuales escolásticos), que se intensifica después de Gayo, favoreció la tipificación de los criterios clásicos como reglas jurídicas (*regulae iuris*).

En el Dominado, al ser desplazada la autoridad de la jurisprudencia por la potestad de la legislación imperial, las *regulae iuris* tendieron a convertirse en declaraciones legales. Así, sendas Constituciones imperiales de Teodosio I, en 393 d.C. (CTh. 1.1.3) y Anastasio, en 497 d.C. (CJ. 10.32.66) emplean la expresión *imponere regulas*, indicativa de la confusión, que aparece en el Bajo Imperio, entre *ius* (fuente de *auctoritas*) y *lex* (fuente de *potestas*).

Ello explica que, en este periodo, las *regulae iuris* de la época clásica y post-clásica sufren un proceso de generalización o aplicación posterior a casos similares, del que resultan otras parecidas (como *maior pars trahit minorem* / la parte mayor conlleva la menor) o construidas con una técnica de formulación más rotunda (como *nemo dat quod non habet*/ nadie da lo que no tiene).

2/ Sin embargo, el *CIC* (denominación renacentista que su editor Dionisio Godofredo dio en 1593 a la compilación del Derecho romano efectuada en el s. VI por un equipo de juristas nombrado por Justiniano, que encabezaba Triboniano y del que formaban parte, entre otros, Teófilo y Doroteo), se limitó a recoger, en los fragmentos indicados, el criterio retórico *in maiore est minus* que está en la base de la regla QPM; pero no ésta misma en su formulación habitual, pese a que el reiterado Título 17 de su Libro 50 recogió hasta 211 *regulae iuris*.

Es decir, ni siquiera el ambiente, didáctico y moralizante que rodeó a los compiladores justinianos del *Digesto*, logró una rotunda formulación de la regla QPM, pese a que el propio Gayo daba pie a ello con su formulación *in toto partem non est dubium contineri* / no cabe duda de que el todo comprende la parte (Dg.50.17.113).

No obstante, en el *CIC*, puede rastrearse el criterio inspirador de la regla QPM en otros fragmentos con expresiones que sugieren un razonamiento semejante, como *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* / nadie puede transferir a otro más derecho que el que tenga (de Ulpiano, en Dg. 50.17.54); *qui potest repudiare et adquiri potest* / quien puede repudiar, puede adquirir (de Paulo, en Dg. 29.2.18); o *cui ius est donandi et vendendi et concedendi ius est* / quien puede donar, puede vender y ceder (de Ulpiano, en Dg. 50.17.163).

E) La formulación canónica.

1/ Con la caída del Imperio romano de Occidente, los precitados textos jurídicos desaparecieron de las escasas bibliotecas que los contenían. A consecuencia de ello, la regla QPM (en rigor, el criterio lógico que la sustenta) entró en la Edad Media formando parte del *ius non scriptum*, aunque pueda rastrearse su presencia en algunos textos del llamado renacimiento cultural carolingio y de la legislación germánica genealógicamente enlazada con codificaciones diversas del Derecho romano tardío y vulgar (como los Códigos Teodosiano y Hermogeniano).

Sin embargo, en Oriente, las aportaciones tópicas del *CIC* fueron recogidas por León VI en su magna recopilación en 60 Libros denominada *Los Basílicos*, asegurando así su expansión en el ámbito europeo (oriental y, en parte, también occidental) de aplicación del Derecho bizantino.

2/ El redescubrimiento en la Europa latina de la *ratio* subyacente en la regla QPM se demoró, pues, hasta que, en el siglo XI, van reapareciendo, en el norte de Italia, los viejos textos del *CIC* (según las primitivas Vulgatas, como la *littera bononense* y el *manuscrito florentino*, primero aparecieron, algunos libros del Dg, por eso, llamados *Dg vetus*; luego otros, llamados *Dg novum*, y los restantes o *Dg. Infortiatum*; y, finalmente, el *CJ*, las *Novelas* y la *Instituta* ,de Justiniano) y los juristas de la Universidad de Bolonia comienzan a glosarlos (Azon, Acursio) y terminan por comentarlos más extensamente (Bártolo, Baldo).

3/ Este orden cadencioso de aparición de los textos del *CIC*¹⁰ determinó que la primera recepción del Derecho romano fuera la del Derecho privado, al que principalmente aludía el Dg, por lo que las viejas *regulae iuris* contenidas en Dg. 50. 7 17, comenzaron aplicándose a cuestiones jurídico-privadas.

La recepción del Derecho público romano comenzó en cuanto pudo conocerse el *CJ*, que contenía la antigua legislación imperial. Es entonces cuando los juristas boloñeses, que, como revela Dante en su (*Divina*) *Comedia*, eran casi todos *gibelinos* (partidarios del Emperador germánico) y contrarios a los *güelfos* (partidarios del

¹⁰ Cfr. SANSÓN RODRÍGUEZ, María Victoria, “Situación actual de los estudios sobre la tradición manuscrita del Digesto en Occidente, en *Anales de la Facultad de Derecho de La Laguna*, 20, 2003, págs.227-246.

Papado), descubren la importancia que una regla como QPM podía tener en el gran conflicto competencial de la época, precisamente por ello, denominado *de las investiduras*, en cuanto que reforzaba las potestades del Emperador y, con él, las de todos los monarcas, en base al principio bartolista de que cada rey debía ser reputado como emperador en su propio reino (*rex est imperator in regno suo*).

4/ Esta deriva iuspublicista de la recepción, convertía a la regla QPM en un poderoso instrumento de los juristas gibelinos para reforzar el cesaropapismo (predominio del poder temporal sobre el espiritual) del Imperio romano germánico y de los reinos cristianos de la Europa occidental; por lo que los decretalistas y los juristas güelfos no dudaron en emplearlo también para potenciar las potestades pontificias en línea con el hierocratismo (predominio del poder espiritual sobre el temporal) que inspiraba la reforma gregoriana.

5/ El enfrentamiento “de las investiduras” demostró que la fuerza argumental de la regla QPM podía quedar neutralizada mediante la misma regla alegada de contrario; por lo que, dialécticamente, la cuestión no tenía otra salida que la pacticia y, efectivamente, el famoso conflicto competencial entre la Iglesia y el Imperio sólo concluyó mediante una fórmula convencional: el Concordato de Wörms de 1122.

La solución concordataria estaba en línea con la primitiva doctrina canónica del *dualismo gelasiano* (así denominado por la carta que el Papa Gelasio I dirigió al Emperador bizantino Anastasio I, en 494, sobre la separación entre el poder temporal y el espiritual), y con la doctrina medieval *utrumque gladium* o de *las dos espadas* (ideada por San Bernardo).

6/ La distensión concordataria posibilitó la convergencia de ambos Derechos (*utroque ius*), el civil y el canónico, en un Derecho común (*ius commune*), privado y público, susceptible de ser reconocido en toda la cristiandad y a cuyo cultivo podían dedicarse los comentaristas.

Así, a Baldo, debemos la noticia de que Pillius da Medicina (ca. 1150-1207) realizó la primera recopilación de *regulae iuris*, a la que siguió la de Azón (antes de 1220); si bien, para referirse a ellas, la denominación escolástica *generalia* / reglas generales quedó desplazada por la canónica *brocarda* / brocardos; término éste que suele entenderse derivado del obispo Burchard / Burcardo de Worms (965-1025), del que se difundió una célebre recopilación canónica en 20 libros denominada *Collectarium canonum* (también conocida como *Liber decretorum* o simplemente *Decretum*), que fue muy citada, usualmente mediante pequeños extractos que, para referirlos a Burcardo, fueron llamados *brocarda*.

Este episodio nominalista demuestra que la influencia entre civilistas y canonistas era mutua, pues la obra de glosadores y comentaristas del *CIC* influyó de forma especial en el Derecho Canónico pues (desde que, por el *Edicto de Milán* de 313 d.C, Constantino permitió la libertad de la Iglesia) se habían generado múltiples *Colecciones* de cánones conciliares y decretales pontificias (como las de Burcardo) que convenía sistematizar, sobre todo por el espectacular incremento de decretales que supuso el pontificado de varios grandes canonistas educados en la Universidad de Bolonia, como Rolando Bandineli (Alejandro III), Cencio Sabelli (Honorio III), Lotario de Segni (Inocencio III), Benedetto Gaetani (Bonifacio VIII) o Sinibaldo dei Fieschi (Inocencio IV).

7/ La primera gran compilación sistemática de cánones conciliares fue el *Decreto de Graciano* (ca. 1140), al que siguieron las grandes compilaciones de decretales pontificias (comenzando por las que, en s. XVI, nuestro erudito Antonio Agustín denominó *Quinque compilationes antiquae*, elaboradas, entre 1187 y 1226, por figuras tan relevantes como Bernardo de Pavía, Pedro Collivacino, Juan de Gales, Juan Teutónico o el maestro Tancredo), las cuales condujeron a la magna obra de San Raimundo de Peñafort, los *5 libros de Decretales de Gregorio IX* (1234), que, junto con el *Liber Sextus* (de Bonifacio VIII), las *Clementinas* (así llamadas por Clemente V, 1317) y las que, por no haber sido recopiladas, fueron llamadas *Extravagantes* (desde Juan XXII hasta 1478), formaron (al añadirles el *Decreto* graciano) el *CICn* (así bautizado por sus editores en 1580, para distinguirlo y equipararlo al *CIC*)¹¹.

Como era de esperar, la ingente normativa canónica, potenciada por las obras de sus muchos exegetas y comentaristas (decretistas y decretalistas)¹², incluyó las correspondientes *regulae*. Así, tomándolas de la obra *Comentarius in regulas iuris pontificii* de Dino de Mugello (ca. 1298), el *CICn* (inspirándose en el *CIC* y, en concreto, en Dg.17.50) incluyó 11 reglas, en el Título 41 (*De regulis*), del Libro V, de las *Decretales* raimundinas; a las que añadió otras 88, en el Título 12 (*De regulis iuris*), del Libro V, del *Sextus* bonifaciano. De ahí pasaron a los principales textos de la recepción del Derecho común en Europa, como las *Partidas* (P.7.34).

8/ Varias de estas reglas canónicas se fundan en la *ratio* QPM; así: i) la 31 (*quod semel placuit amplius displicere non potest* / lo que se aceptó una vez con un determinado ámbito no puede luego rechazarse de manera absoluta); ii) la 35 (*plus semper in se continet quod est minus* / lo más siempre contiene en sí lo menos); iii) la 53 (*cui licet quod est plus, licet utique quod est minus* / a quien es lícito lo más, también es lícito lo menos); iv) la 68 (*potest quis per alium quod potest facere per se ipsum* / quien puede hacer algo por otro también puede hacerlo por sí mismo); o v) la 80 (*in toto partem non est dubium contineri* / no hay duda de que la parte está contenida en el todo).

9/ Como puede observarse, la *regula* núm. 53 de Dino de Mugello conforma ya la que podemos denominar formulación canónica de la regla QPM tal y como actualmente la conocemos¹³.

10/ Además, la experiencia de la lucha de las investiduras y su solución concordataria redujeron a sus justos límites la virtualidad de la regla QPM y apuntalaron para lo sucesivo la denominada *vía compromissii* (preconizada por San Raimundo de Peñafort y que cosechó grandes éxitos: civiles, como el fin de las disputas dinásticas en

¹¹ Cfr. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, Nicolás y SEDANO, Joaquín, *Derecho canónico e perspectiva histórica; fuentes, ciencia e instituciones*, Ed. Eunsa, Pamplona 2022.

¹² Como Juan Andrés (1270-1348) y Juan Mónaco (fallecido en 1313), de los que se conserva un manuscrito del s. XIV en la BAV, intitulado *Commento alle Regulae iuris del Liber Sextus*; pasando por Petrus Peckius, Enrique Canisio, Dino de Mugello, Guido Baysio o Nicolas de Tudeschi (el famoso *Abad parnomitano*) y, ya en el s. XVII, el portugués Agustín Barbosa.

¹³ El canonista Dino de Rossoni o Rossonis (1254-1303), más conocido por Dino de Mugello, al haber nacido en Mugello, al norte de Florencia, pudo tomar esta regla de Azón, *Summa Aurea*, 10.33. La edición más conocida de su obra es MUXELLANI, Dynus, *Commentarius in regulas Iuris Pontificii. Adnotationibus jureconsultorum clarissimorum Nicolai Boërij, Francisci Cornelli et Gabrielis Sarainae, apud haeredes Iacobi Iuntae, Lugduni*, Lyon, 1561. Cfr. MUSSELLI, Luciano, *Storia del Diritto canonico. Introduzione alla Storia del Diritto e delle istituzioni ecclesiali*, Ed. G. Giappirelli, Torino, 1992.

Aragón mediante el Compromiso de Caspe (1412); y eclesiásticos, como el fin conciliar del Cisma de Occidente (1417).

En el mismo sentido, cuando la cuestión del predominio del poder civil revivió con el regalismo (especialmente durante el despotismo ilustrado y las revoluciones burguesas de finales del s. XVIII y la primera mitad del s. XIX), sólo se solventó, de nuevo, por la vía concordataria que, reinaugurada por el Concordato de 1801 entre Napoleón y el Papa Pío VII, fue seguida por distintos Estados en la segunda mitad del s. XIX y durante el s. XX.

Todo ello está en la base de las doctrinas de equiparación entre las potestades civiles y eclesiásticas, como la pre-conciliar *de las sociedades perfectas* (que inspiró el CIC'17) o la de colaboración desde la *libertad religiosa* (que preconiza la normativa canónica tras el Concilio Vaticano II).

11/ Esta reflexión, sobre la génesis de la regla QPM en el Derecho común y su diversa proyección en los ámbitos privado y público, tanto en el Derecho civil como en el canónico, muestra la importancia que (como luego se explica con detalle) sigue teniendo en nuestros días la contemplación, diacrónica, sistémica y casuística, de la regla QPM.

4. Denominación.

A) Terminología.

1/ Espigando en los repertorios informáticos de jurisprudencia española desde 1978 a 2022, he localizado cientos de sentencias, de todos los órdenes jurisdiccionales, que se refieren a la regla QPM; y una, primera y curiosa, constatación es la variedad de sustantivos empleados para identificarla¹⁴.

En efecto, aunque muchas sentencias (sólo señalaré un ejemplo de cada caso) se limitan a citarla (STS 3ª 27-05-2020/TOL 966.301), otras la denominan de formas tan diversas que no parecen responder a un criterio racional y uniforme, sino a un uso aleatorio de distintos sinónimos, como: “adagio” (SAP Baleares 17-01-2017/TOL 5953.359), “aforismo” (STS 3ª 20-02-2013/TOL 3056.922), “viejo aforismo” (SAP Bizcaia 01-02-2016/TOL 5695.889), “apoteagma” (SAP Tenerife 03-03-2021/TOL 8569.913), “axioma” (SAP Madrid 30-04-2015/TOL 5165.513), “conocido brocardo” (STS 1ª 25-06-2014/TOL 4394.723), “criterio” (SAP Barcelona 28-09.2004/TOL

¹⁴ Esta variedad es resultado del permanente desconcierto que, en esta materia, se aprecia en la doctrina académica de todos los países; cfr, como ejemplos: SOCINI, Bartolomeo, *Regulae et fallentiae iuris*, apud Ioannem, Kinckium, ad intersigne Monocerotis, Coloniae Agrippinae, 1626; VIZMANOS, Tomás María, *Aforismos legales o Diccionario de las reglas de Derecho acerca de todas las materias de este, colocadas según orden alfabético*, Ed La Compañía tipográfica, Madrid 1841; ALBANESE, Umberto, *Il latino giuridico. Maxxime, locuzioni e formule giuridiche latine. Traduzione, commento, fonti e riferimenti sistematici alla legislazione italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2005; NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario del latín jurídico. Vocablos, aforismos, reglas, brocardos y sinónimos latinos del lenguaje jurídico, con citas del derecho positivo relacionadas con ellos, de la Argentina, Brasil, España, Portugal y Uruguay*, Ed. Bosch, Barcelona 1999; REINOSO-BARBERO, Fernando, “*Paroemia et regulae iuris romanorum: Desde el ius commune a la jurisprudencia de la Unión Europea*”, en *Glossae. European Journal of Legal History*, 13, 2016, págs. 590-62; MENTXAKA ELEXPE, Rosa, “Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria”, en *AUFDUC*, 8, 2004, 530-625.

7916.899) “especie de interpretación *a fortiori*” (SAP Barcelona 26-02-2013/TOL 3730.144), “expresión” (SAP Málaga 09-11-2010/TOL 2064.578), “idea” (STS 1ª 09-03-2011/TOL 2065.942) “principio” (STS 3ª, 03-12-2013/TOL 4062.329), “principio clásico” (SAP Ourense 07-02-2020/TOL 7900.379), “principio lógico” (STS 1ª, 30-10-1983/RJ 1983/5847), “principio procesal” (SAP Tarragona 22-05-2018/TOL 6642.973), “principio racional general” (SAP Badajoz 15-01-2007/TOL 7556.283), “principio de Derecho” (STS 1ª 03-10-1080/TOL 1740.484), “principio general del Derecho” (STS 3ª, 30-03-2011/TOL 2093.589), “máxima” (SAP Málaga 15-11-2016/TOL 6493.890), “máxima jurídica” (SAB Bizcaia 02-12-2015/TOL 5677.195), “máxima de Derecho” (AP Baleares 10-12-2004/TOL 8028.029); o “regla general” (SAP Asturias 18-05-2007/TOL 7375.066).

2/ Se impone, pues, una aclaración terminológica: la regla QPM pertenece a los denominados “géneros cortos”, empleados por la comunidad lingüística de raíz latina para expresar, de una forma, oral o escrita, pero siempre breve y sintética, ideas o pensamientos culturales diversos, generalmente para su aplicación social práctica.

B) Tipología.

1/ La tipología de los “géneros cortos” es muy amplia y su diferenciación se basa a veces en matices tan sutiles que sus especies suelen circular como sinónimos.

Un primer grupo está integrado por los “géneros cortos” *paremiológicos* (del griego *paremia*/ proverbio), es decir, frases sapienciales con finalidad moralizante; si bien aquí procede distinguir varias especies como: *apoteigma* (del griego *apoteigma*/ dicho), a veces denominados *aurea dicta* o *pensamientos* (si son profundos y se atribuyen a un concreto personaje ilustre), *aforismo* (si se refiere a una concreta y antigua ciencia o arte, como la Medicina o el Derecho), *proverbio* (si procede de la sabiduría popular de un pueblo antiguo, como los chinos o hindúes), *refrán* (proverbio popular español, generalmente construido como un pareado), *dicho* (de carácter más sencillo y popular), *adagio* (más propio de jergas cultas o especializadas), *máxima* (donde destaca su altura, nobleza y carácter incontestable) o *sentencia* (en el sentido de sensata opinión de alguien que la profiere a título personal y con cierta formalidad).

2/ Otro grupo de “géneros cortos” es de carácter *lúdico* o *jocoso*, como el *chiste* (que sólo busca la risa), la *sátira* (con intención más burlesca), la *agudeza* (donde prima el ingenio verbal), el *epigrama* (composición lírica helenística con intención satírica o festiva), el *trabalenguas* (que pone a prueba la habilidad oral), el *acertijo* (propuesta paradójica que hay que resolver), el *enigma* (proposición hermética de solución compleja), o la *greguería* (composición breve y ocurrente propia de Ramón Gómez de la Serna).

3/ Un subgrupo distinto está formado por los “géneros cortos” *gnómicos* (del griego *gnomicós* / sensato), donde destaca más el conocimiento que la experiencia que revelan; como son: el *axioma* (que expresa una verdad científica indiscutible) o la *aporía* (enunciado de un problema que parece insoluble).

4/ También hay que aludir a los “géneros cortos” llamados *morales* (por su finalidad de educación ética), como las *parábolas* (narraciones que encierran una enseñanza religiosa), los *apólogos* (antigua y breve narración greco-latina de finalidad moralizante que está protagonizada por personas), *fábulas* (si en la narración aparecen animales personificados), *emblemas* (si el mensaje moral se acompaña de

representaciones figurativas y alegóricas), *exempla / ejemplos* (narraciones con finalidad de adoctrinamiento moral) o las *moralejas* (parte final de la narración que resume su mensaje moral).

5/ Existen otros subgrupos de “géneros cortos”, así: i) los *propagandísticos*, entre los que se encuentran los *lemas* (que pretenden una guía de conducta), las *consignas* (formuladas en un ámbito jerárquico) y los *eslóganes* (que recogen una idea político-social); ii) los *referenciales*, como las *citas* (generalmente, bibliográficas), las *glosas* (pequeñas acotaciones a un texto principal) o los *excerpta* (resúmenes de obras intelectuales); o iii) los *comunicacionales*, como las *misivas* y *cartas* postales o los *mensajes* enviados por correo electrónico, SMS, *Twitter*, *WhatsApp*, *micro-blogs* u otras formas o redes sociales de telecomunicación.

C) Propuesta.

1/ La regla QPM se integra más bien en el subgrupo de los “géneros cortos” *preceptivo-jurídicos*, que integra a todos los mensajes comunicacionales que tienen por finalidad expresar una *disposición* (en el sentido de precepto legislativo, consuetudinario o comercial) por la que se permite, ordena o prohíbe algo (como sucede con los *artículos* o *cánones* de un código legislativo) o una *norma* (en el sentido de criterio racional dirigido a una aplicación práctica) que puede orientar a quien debe resolver un problema de Derecho, como son las *fórmulas* (modelos prototípicos) y las *reglas jurídicas*.

2/ La calificación como *brocardo* podría aceptarse por haberse convertido, desde la recepción europea del *utrumque ius*, en sinónima de la de *regla jurídica*; pero es un cultismo canónico¹⁵ que oculta su significado actual, sin tampoco aclarar su origen histórico, el cual, además, si efectivamente los primeros *brocarda* eran meros resúmenes de textos de Burcardo de Worms, induce más bien a reputarlos como un género corto de tipo referencial.

3/ En cuanto al término *principio* y a sus especificaciones como *jurídico, general* o *del Derecho* estimo (siguiendo a mi recordado maestro, el Prof. D. Francisco González Navarro) que padecemos una injustificada expansión de este sustantivo en el ámbito jurídico, como si estuviéramos fascinados por la abstracción e intelectualidad que el mismo evoca, de suerte que hay *principios* por doquier y parece que ninguna institución pueda ser explicada ni aplicada sin recurrir a ellos.

4/ Frente a esta gratuita tendencia, hemos de comenzar por distinguir nuestros vanales y omnipresentes *principios* de aquellos fundamentos genéticos que los griegos

¹⁵ Cfr. DAMASUS, Gulielmus, *Buchardica, sive regulae canonicae, elegante quadam ratione*, apud G. Rovilium, Lugduni, 1565; y REIFFENSTUEL, Anacleto, OFMC provinciae Babariae, *Ius Canonicum Universum, tomus IV, apud Antonium Bortoli Venetiis*, Venecia, 1726, p. 345 (al comentar el *Liber V Decretalium, titulus 41: de regulis iuris*, con la *quaestio* ‘*regula juris quid? alia est authentica, alia brocardica. de regulis iuris in specie qui scribant; quid sentiendum de regulis juris*’); concluye que los brocardos “*ius tamen non faciunt, nec iuris auctoritatem habent* / no generan Derecho ni tienen autoridad de tal”.

(tal como recogen *Los Basílicos*) denominaban *ta protá*, para aludir a la verdadera esencia de una institución. Desde luego, la regla QPM no alcanza esa sublime categoría.

5/ En segundo lugar, los *principios* que son así denominados en cualquier texto normativo (como los de legalidad y jerarquía normativa), así como los que se desprenden, concreta y directamente, de un tratado internacional (como los principios del Derecho comunitario europeo), una ley (como los famosos principios hipotecarios), una costumbre o un negocio jurídico, son una mera aplicación metodológica de la Tópica a la Dogmática jurídica y tienen la misma naturaleza jurídica (supranacional, constitucional, legal o negocial) que el texto del que proceden y, por tanto, ocupan en la jerarquía normativa el lugar que al mismo corresponda (generalmente, el prioritario de la ley ¹⁶ y no el subsidiario y último que es propio de los *principios generales del Derecho* según el art. 1.4, primer inciso, del Cc.

Por esto, estimo que la regla QPM, al no estar actualmente formulada en norma vigente alguna, no debe ser conceptuada, sin más, como un *principio* (constitucional, legal o consuetudinario); y, si se ubica un texto negocial, su valor será meramente la de un criterio negocialmente preconstituído para la aplicación del propio negocio documentado.

6/ La misma reconducción (de la regla QPM a la naturaleza jurídica del texto en que se formula) sucede, en mi criterio, cuando dicha regla es reiterada por la jurisprudencia y la doctrina consultiva o académica; de suerte que, en tales casos, la regla QPM tiene el mismo carácter y valor (jurisprudencial o doctrinal) que el texto que la recoge, por lo mismo que éste no puede tener un carácter ni un valor distinto que el que pueda conferirle el órgano, colegio o persona física que lo emite.

7/ En cuanto a si, con la calificación de la regla QPM como un *principio jurídico* sin más, sólo se quiere aludir a la racionalidad que la misma pueda tener en el campo de la lógica formal y del razonamiento jurídico, entiendo que, para evitar confusiones, es mejor calificar a la regla QPM como tal *regla*, y no como un simple *principio* a secas.

8/ Por último, respecto a la posibilidad de conferir a la regla QPM la denominación de *principio general del Derecho*, en el sentido de fuente última y subsidiaria del Derecho en que lo recoge el precitado art. 1.4, inciso primero Cc, me inclino por rechazarla, debido al carácter, esencialmente relativo, sistémico y casuístico, de la regla QPM.

En efecto, la operatividad práctica de la regla QPM depende siempre de las limitaciones derivadas del sistema (no sólo jurídico) en que se integre el asunto que tiene

¹⁶ Repárese en que, cuando el art. 1 del Cc, en su primitiva redacción, hablaba de “la ley” como fuente del Derecho, tenía una visión plana del ordenamiento jurídico que ha sido sustituida por lo que Muñoz Machado denomina “nueva estructura de la legalidad” y que comprende, no sólo la ley en sentido formal y parlamentario estricto (con sus modalidades, como Ley orgánica, ordinaria, autonómica, etc), sino también los Tratados internacionales, el Derecho comunitario europeo, el bloque de la constitucionalidad, la legislación delegada y la asumida por el Gobierno en casos de urgencia o necesidad; e incluso los múltiples tipos de reglamentos de desarrollo. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, vol I, 2ª ed. Ed Iustel, Madrid, 2008, pág. 93.

por objeto en cada caso y que, en algunos casos, puede determinar incluso su completa inaplicabilidad.

Esta limitación sistémica es común a toda regla. En efecto, Paulo (Dg.50.17.1) señaló, con carácter general, que *regula est quae rem quae est breviter enarrat*, es decir, que el término *regla* evoca una proposición que, ampliamente admitida por quienes desarrollan una misma profesión, es formulada de manera breve y clara, para que sirva como pauta de conducta a la vista de una situación contemplada “tal cual es”.

Esta última precisión es importante porque sitúa el punto de gravedad de la regla en una consideración que, acerca de algo, hace quien la aplica, al contemplar ese “algo” tal como es (*res qua est*); esto es, considerándolo, no sólo aisladamente en sí mismo (como *thema*), sino holísticamente en función de sus circunstancias sistémicas, según el caso concreto de que se trate (como *systema*).

Por ello, Paulo advirtió, en el fragmento citado, que el Derecho (*ius*) no procede de la regla (*ex regula*), sino la regla del Derecho (*ex iure*); pero sin explicar con claridad que la razón de que las reglas no sean fuente del Derecho es que el carácter sistémico de unas y otro determina su relatividad y aplicación casuística¹⁷.

Se generó así el espejismo jurídico (de considerar a las reglas como fuentes jurídicas, en concreto a título de *principios generales del Derecho*) en el que incurre el propio Alfonso X cuando, en *Partidas* 7.34, alude a los efectos de prevalencia de la ley y desplazamiento de las reglas jurídicas contrarias a ella, por cuya virtud *deue ser guardado lo que la ley manda e non lo que la regla dice*¹⁸.

9/ En cuanto a si cabe reputar a la regla QPM como un *principio general del Derecho*, no en el sentido de *fuerza*, sino de mero criterio *informador* del ordenamiento jurídico, al amparo del art. 1.4, segundo inciso, del Cc; me inclino también por descartar esta segunda posibilidad, no sólo por el reiterado carácter relativo, sistémico y casuístico

¹⁷ BARTOCCEITI, Victorius, *De regulis Juris Canonici. Regularum in Libro VI.º Decretalium earumque praesertim cum Codice J. C. relationum brevis explanatio*, Ed. A. Belardetti, Roma, 1955, pág. 5 explica la confusión existente sobre el concepto de reglas jurídicas, al recoger el siguiente (por lo demás, bello) texto humanístico de Godofredo donde las reglas son reputadas fundamentos, fuentes, semillas, llaves o señales: “*sunt regulae scilicet verae juris fundamenta, quibus universum juris fastigium inimitur; sunt fontes et quibus, veluti per canales et rivulos, jus educitur; sunt semina, quae procedente proficienteque judicio usuque, in ramos sese postea quam latissime diffundunt et explicant; sunt claves quibus adyta juris reserantur; sunt denique cynosurae in vastissimo Oceano navigantibus propositae*”.

¹⁸ ARIAS BONET, Juan Antonio, “Las ‘reglas de Derecho’ de la Séptima Partida”, en *AHDE*, 48, 1978, 165-191; y, más ampliamente, GARCIA FUEYO; Beatriz, “Anotaciones a la regula iuris ‘prior tempore potior iure’”, de Roma a la jurisprudencia europea”, en LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, María Carmen (coord.), *Fundamentos romanísticos del Derecho europeo e iberoamericano*, Ed. Universidad de Oviedo-BOE, Oviedo, vol I, 2020, págs.349-391, destacan que este espejismo procede de los comentaristas boloñeses Búlgaro y su discípulo Piacentino, cuya opinión de que las reglas jurídicas son fuente del Derecho fue seguida por Acursio y, en el ámbito canónico, por Graciano. Sin embargo, la opinión discrepante de Azón y Bassiano sobre el texto de Paulo determinó las dudas de Bártolo (quien apuntó la idea de que las reglas eran meras *presunciones*) y, sobre todo, por el canonista Alejandro de Imola (al observar que las *excepciones* a las reglas jurídicas no las confirman sino que demuestran su casuismo); y eso explica la prudente denominación *generalia*, adoptada en sus comentarios a las *Decretales*, por Juan Andrés, Bernardo de Pavía y Dino de Mugello; así como la observación de Nicolas Tudeschi (el Abad Parnomitano) de que las reglas se limitan a expresar algo ordinariamente admisible (*regulariter vera*), pero susceptible de excepciones *ad casum*; hasta el punto de que otro canonista, Filippo Decio, concluyó que, contra la creencia extrajurídica general, éstas, en Derecho, no confirman las reglas, sencillamente porque las delimitan.

que tiene la regla QPM, sino principalmente porque la misma se limita a expresar un criterio de lógica formal, cuya fuerza argumental sirve para reforzar el razonamiento jurídico en algunos casos; pero no para informar, ni siquiera con carácter sectorial, el ordenamiento jurídico.

Quizá haya reglas jurídicas con carácter menos argumental de las que pueda decirse que son *principios generales del Derecho*, en el sentido de informadores del ordenamiento jurídico. A ellas, sería aplicable la precitada advertencia de Paulo de que las reglas proceden del Derecho (*ex iure*), aunque estimo que la misma sólo pretende diferenciar las reglas jurídicas de las operativas en otros ámbitos, como el moral.

10/ En suma, la denominación que me parece más adecuada para el criterio QPM en el ámbito del Derecho es la de *regla jurídica*, que vengo utilizando en este estudio, no sólo por su prestigio histórico, sino también porque su contenido y fin jurídicos hacen menos adecuadas otras denominaciones de “géneros cortos” tanto jurídicos como extrajurídicos.

En efecto, la expresión *regla jurídica* resalta que sólo se quiere aludir a la racionalidad que la misma pueda tener en el campo de la Lógica formal y de la aplicación del Derecho al expresar un criterio cuya fuerza argumental sirve para reforzar el razonamiento jurídico, quedando su eficacia reducida a la que es propia de los criterios orientativos de actuaciones; y sin perjuicio de las exigencias sistémicas derivadas de cada caso concreto; por lo que ha de ser siempre aplicada con suma cautela¹⁹.

5. Presupuestos.

A) De carácter gnoseológico.

1/ La regla QPM plantea un problema filosófico, general y de carácter preliminar, que conviene resolver y que se reconduce a la pregunta ¿expresa esta regla un contenido de pensamiento cognoscible y sensato o se trata de un mero *flatus vocis* carente de legitimación conceptual?

La cuestión de la cognoscibilidad pertenece a la Gnoseología (aquella parte de la Filosofía que estudia si, qué y cómo podemos conocer, tanto a nosotros mismos, como a esa inmensa alteridad que nos rodea y a la que llamamos “el mundo”); por lo que tal disciplina se reconduce a la Teoría del conocimiento²⁰.

2/ En este ámbito, la experiencia muestra que una primera tendencia gnoseológica suele inclinarnos a reflexionar *ad extra* sobre el *objeto* del conocimiento; pero entendiendo aquí *objeto* como lo *iectum-ob*, es decir, como todo aquello que conforma “el mundo” y está ahí, tendido y mostrado ante nosotros, para que lo conozcamos como realidad exterior.

¹⁹ En el mismo sentido, cfr: IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia, *Sobre las diversas reglas del Derecho antiguo (Digesto 50.17). Estudio introductorio, traducción, anotación e índices*, UNAM, México, 2005; KALDE, Franz, *Diccionario enciclopédico de Derecho canónico*, ed. por St. Haering y H. Schmitz, trad. por R. H. Bernat, Barcelona 2008, págs. 730-731; TESTA BAPPENHEIM, Stefano, voz *Regulae iuris*, en *Diccionario general de Derecho canónico*, Ed. Universidad de Navarra-Aranzadi, vol. VI, Pamplona 2012, págs. 845-848, con amplia bibliografía.

²⁰ Cfr. POLO, Leonardo, *Curso de Teoría del Conocimiento*, 5 vols, Ed. Euns, Pamplona, 1984-1996.

A este primer momento cognitivo, corresponde la Ontología realista (propia de la tradición aristotélico-tomista), que concibe al “mundo” como un conjunto físico inteligible, donde la interacción entre materia y forma genera la noción universal de *ser*, aplicable a toda entidad que, dotada de existencia y esencia, sea susceptible de ser conocida por su sustancia y los accidentes que la perfilan.

Empero, es de advertir que el concepto de realidad (*realitas*) que aquí se plantea es más amplio que el de materia o cosa perceptible (*res*), pues (en obsequio a la tradición platónico-agustiniana) también integra a las demás personas y a las realidades inmateriales, como, por ejemplo, los personajes de ficción propios de la literatura, los valores artísticos, las ideas y representaciones mentales o los conceptos matemáticos; y, en general, todo lo que suscita la atención de la ciencia, la experiencia o la cultura en toda su gran variedad de ramas y campos²¹.

Es obvio que la regla QPM puede tener por objeto cualquier asunto que forme parte de la realidad y jurídicamente sea susceptible de provocar una duda competencial, es decir, sobre quién (*quis*) puede, y hasta qué punto, hacer algo (*quid*). Por tanto, no cabe duda gnoseológica sobre la aptitud noético-objetual de esta regla jurídica.

3/ En un segundo momento, el análisis gnoseológico tiende a dirigirse *ad intra*, hacia el propio sujeto cognoscente, para descubrir sus posibilidades de conocer y su esencia como entidad conocedora; pero entendiendo aquí *sujeto* como *iectum-sub*, es decir, como la persona humana que es el supuesto interior que “sub-yace” en todo conocimiento.

A este segundo momento cognitivo, corresponde la Psicología personalista (propia de la tradición helenística y judeo-cristiana) que, entre todos los seres que integran el mundo, sólo reconoce la facultad cognoscitiva a la persona humana.

Esto conlleva la advertencia de que, frente a las últimas tendencias post y trans-humanistas²², el concepto de *sujeto* que aquí se plantea es más restringido que el de ser dotado de *inteligencia* o *sensibilidad*, pues estas cualidades pueden predicarse traslaticiamente de otros entes impersonales (como las máquinas programadas con inteligencia artificial o los animales, indudablemente sensibles), mientras que (en la

²¹ Para el concepto de realidad, cfr VV.AA. *Realitas* I (1972-73), II (1973-74), III-IV (1976-79), Ed Sociedad de Estudios y publicaciones (Fundación Zubiri), Madrid, 1974, 1976 y 1979, respectivamente; con trabajos de Xavier Zubiri, Ignacio Ellacuría, Alberto del Campo, Carlos Baciero, Carlos Fernández Casado, Diego Gracia, María Rianza, Fernando Montero Moliner, Alfonso López Quintás, Javier Monserrat, Hans Widmer, Pedro Laín Entralgo, Albino Babolin, Enrique Rivera, Germán Marquín Argote, Antonio Pintor Ramos y A. Robert Caponigri.

²² Con antecedente en las propuestas futuristas (como las de Fereidon M. Esfandiary, Max More, Stefan Lorenz Sorgner o Nikolai Fyodorov) y de ciencia ficción (como las de J.B.S. Haldane, J.D. Bernal o Stanley Kubrick), el trans-humanismo surge a finales del siglo XX con diversos autores (como Raymond Kurzweil, Julian Sabulescu, Marvin Minsky, Nick Bostrom o David Pearce) que sostienen la sustitución del humanismo tradicional por una nueva visión del ser humano muy mejorado en sus capacidades merced a la ingeniería genética, la cibernética, la inteligencia artificial o la tecnología robótica; hasta el punto de alumbrar una nueva cultura global post-humanista con nuevos paradigmas bióticos, éticos y políticos. Para una crítica de estas ideologías, cfr. ARANA CAÑEDO-ARGUELLES, Juan, “Ante los desafíos del posthumanismo y el transhumanismo”, *Nueva Revista de política, cultura y arte*, 162, 2017, 171-199.

mejor tradición kantiana) sólo la persona humana presenta la auto-transparencia en que consiste la *conciencia*²³.

Ahora bien, la misma estructuración de la persona humana como ser dotado de conciencia, pero que, a la vez, es corporal, inteligente y sensible, explica que nuestro modo de entender el mundo como realidad holística no obedezca sólo a una cognición exclusivamente racional, sino que dependa también de factores físicos y psíquicos, así como de los emocionales e intuitivos que proceden de nuestra sensibilidad.

En suma, esto explica que nuestro conocimiento de la realidad se corresponda, en términos zubirianos, más bien a una *conciencia* (mejor que inteligencia) *sentiente*²⁴; pues, en la persona humana, caracterizada por auto-identificarse como tal, el sentir y la intelección no son dos actos numéricamente distintos y cada uno completo en su orden, sino que constituyen un solo acto de aprehensión sentiente de lo real, efectuado por un sujeto que es consciente de sí mismo y de la realidad que le rodea.

Desde esta segunda perspectiva, es obvio que la regla QPM puede tener por sujeto a cualquier persona física, pero no a máquinas ni animales, sin perjuicio de poder aplicarla a las personas físicas responsables de unas y otros.

También es aplicable la regla QPM a las personas jurídicas, en cuanto que la personificación de éstas últimas no es sino un instrumento técnico de utilidad social que el Derecho humano (tras la crucial aportación del canonista Sinibaldo dei Fieschi) establece para atribuir traslaticiamente la titularidad de posiciones jurídicas a ciertos conjuntos (*universitates*) de personas físicas, como es el caso de las personas jurídicas de tipo asociativo (*universitates personarum*); o de bienes dotados y afectados por personas físicas al logro de una finalidad de interés general, como es el caso de las personas jurídicas de tipo fundacional (*universitates bonorum*).

4/ En suma, parece claro que una proposición de apariencia racional, como es la regla QPM, procede de la Gnoseología humana, realista y personalista, por lo que su formulación, si respeta los matices que hemos esbozado, no puede ser tildada de insensata y, empleando una terminología procesal, puede ser admitida filosóficamente a trámite para seguir analizándola.

B) De carácter epistemológico.

1/ Ahora bien, dicho lo anterior y como se ha anunciado al comienzo, la regla QPM tiene un sentido *preceptivo*, pues propone un criterio de actuación humana ante un problema práctico donde se plantea qué hacer en un caso concreto cuando el sistema de normas que regulan el ámbito en el que surge no define con precisión el *agere licere*, esto es, qué puede y qué no puede ser hecho en el seno de dicho sistema normativo.

En otras palabras, la regla QPM aparece en un marco de actuación humana regido por un sistema normativo, sea moral o jurídico, que, en principio, suele precisar

²³ Para la fijación del concepto “conciencia”, cfr. ARANA CAÑEDO-ARGUELLES, Juan, *¿Qué es la conciencia?*, Ed. Senderos, Sevilla, 2021, en cuya pág. 37, define la conciencia como “la dimensión auto-transparente de la vida psíquica, en virtud de la cual el sujeto pensante se convierte en espectador activo de sí mismo, lo que le da pie a postularse como protagonista y responsable de sus actos”.

²⁴ Cfr. ZUBIRI, X, *Inteligencia sentiente*, Ed. Alianza-Fundación Xavier Zubiri, Madrid, 1998.

con exactitud lo que ha de ser hecho (*quae agenda sint*), pero que plantea interrogantes en un caso concreto²⁵.

Este planteamiento resitúa filosóficamente la regla QPM en la Epistemología. Ésta (aunque, en sentido amplio, suele ser confundida con la Gnoseología o Teoría general del conocimiento) es, en rigor, sólo una parte especial de la misma que se aplica, no al conocimiento en general, sino a un sector especial del mismo, como es el científico; en este caso, al conocimiento que es propio de las Ciencias morales y políticas, como son la Ética y el Derecho²⁶.

2/ Así, en el ámbito moral, la regla QPM trata de formular un criterio de acción lícita en caso de duda ética sobre la moralidad de un acto, es decir, sobre si algo puede o no llevarse a cabo sin reproche moral, dentro de un determinado sistema de valores, sea religioso (según la Moral de las distintas confesiones) o meramente social (según la Ética social objetivamente imperante en determinada sociedad).

El consenso existente sobre el acervo moral universal que conforma el estándar de los derechos humanos (entendiendo por tales los reconocidos en los Estados, e instituciones supraestatales, democráticos y con tradición democrática) ofrece un *corpus* (transnacional, objetivo y bastante seguro) de referencia ética, por lo que no analizaré ahora el juego que la regla QPM pueda tener en la Ética social²⁷; sino sólo en el ámbito jurídico, es decir, para resolver problemas de acción (dudas competenciales sobre quién puede hacer qué) que se plantean en la aplicación del Derecho.

3/ En otras palabras, la regla QPM encuentra mejor su acomodo en el ámbito de la Epistemología jurídica, es decir, en aquella disciplina jurídica que analiza la posibilidad, condiciones y formas del conocimiento y aplicación del Derecho.

Conviene además adelantar que, existiendo una antigua diferenciación metodológica entre el Derecho privado y el público, la regla QPM, como luego se expone, presenta una diferente dinámica en uno y otro ámbito; debido a que, en el Derecho privado, la regla QPM ha de respetar las exigencias propias del *principio de libertad civil*, que permite mayor amplitud a las normas de habilitación competencial; mientras que, en el ámbito del Derecho público, dicha regla ha de respetar también las derivadas del *principio de legalidad*, que impone mayor restricción a las normas habilitantes de potestades de *imperium*.

C) De carácter pre-contencioso.

1/ El origen retórico y forense de la regla QPM, su reiterada cita jurisprudencial y su aspecto preceptivo-decisional formal pueden inducir a considerarla como un recurso o técnica propia del ámbito procesal o jurisdiccional, cuando, en rigor, puede

²⁵ A esta duda moral responde la preciosa oración con la que el Presidente iniciaba las sesiones del antiguo Consejo real de Aragón: “*iibi Domine quaesumus lumine claritatis tuae illustra ut videamus quae agenda sint et quae recte agere audeamus*” / iluminanos, Señor, con tu excelsa claridad para que sepamos lo que debemos hacer y lo hagamos con determinación y equilibrio.

²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ, B, *Metodología jurídica*. Cap. II. Teoría del conocimiento y el conocimiento del Derecho, Ed. Oxford Univ. Press, México, 7ª ed, 2006, págs. 50- 65.

²⁷ Cfr. CORTINA, Adela, *Las raíces éticas de la democracia*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010.

operar en fases o ámbitos prejudiciales o extrajudiciales, como es el de la función consultiva, aunque no esté institucionalizada.

Aconsejar bien es el cometido institucional (*munus*) propio de la función que denominamos consultiva, la cual puede, por tanto, ser concebida como la actividad o conjunto típico de actividades que las personas físicas que tienen conocimiento de algo realizan para responder qué es lo que deben hacer (*quae agenda sint*) quienes se lo consultan porque éstos últimos precisan tal conocimiento para adoptar, fundada y correctamente (*recte agere*), decisiones en un determinado ámbito, personal, material, espacial y temporal, que viene conformado por el marco sistémico en el que dichas decisiones han de incardinarse²⁸.

2/ Repárese en que la función de *consejo* es filosóficamente posterior a la de *conocimiento*. Los teólogos medievales llegaron a esta conclusión tras reflexionar sobre cuatro de los siete dones del Espíritu Santo que pueden fácilmente ser confundidos, cuales son los de entendimiento, ciencia, sabiduría y consejo. Así, la Escolástica postuló que el *entendimiento* (también llamado conocimiento o inteligencia) estriba en la facultad de comprender la realidad; la *ciencia* implica la capacidad de retener y tratar sistemáticamente los conocimientos adquiridos por estudio o simple experiencia; y la *sabiduría* es algo más profundo pues consiste en un saber prudencial de actuación correcta en orden a conseguir un fin bueno que se pretende²⁹.

Ello implica, por una parte, que una persona humana puede ser sabia aunque su ciencia sea escasa o tenga poca inteligencia; y, por otra, que el consejo es una función derivada de las anteriores pues presupone el conocimiento y la ciencia sobre lo que se aconseja, pero está íntimamente ligado al pragmático saber prudencial en que la sabiduría consiste.

En efecto, el consejo es la aplicación práctica que quien, por su reconocida *auctoritas* (esto es, por su conocimiento, ciencia o sabiduría), sabe “algo sobre algo”, ofrece ese saber a quien lo ha menester para realizar “ese algo” que tiene el poder (*potestas*) de hacer; como esquematiza el lema orsiano *pregunta quien puede, responde quien sabe*³⁰.

3/ La regla QPM, pues, al dirigirse a la acción, proceder de una experiencia natural que ha nutrido el conocimiento, ciencia o sabiduría desde antiguo, y formularse como un consejo para resolver un problema jurídico, parece claro que se incardina en el estatuto jurídico que es propio de la función consultiva.

Esto no significa que la regla QPM no pueda ser invocada en el foro, sino que su *locus* metodológico no es exclusivamente forense, pues no opera sólo como un criterio judicial aplicable *a posteriori*, es decir, una vez planteado un proceso jurisdiccional sobre el problema competencial que la misma trata de resolver, sino

²⁸ Esta descripción procede de mi estudio “La Función consultiva en el Estado de Derecho”, Memoria de ingreso como Académico Correspondiente en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2020; que puede consultarse en www.racmyp.es/docs.

²⁹ Entre las muchas obras al respecto, cfr. p.e, MARTÍNEZ RODRIGUEZ, L., *Los dones del Espíritu Santo*, Ed Rialp, Madrid, 2015; o PHILIPON, M., *Los dones del Espíritu Santo*. Ed Palabra, Madrid, 1983.

³⁰ El pensamiento de Álvaro D’Ors al respecto aparece extractado en DOMINGO OSLÉ, Rafael, *Teoría de la auctoritas*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1987.

también *a priori*, es decir, como un mecanismo preventivo, prejudicial o, pre-contencioso, para tratar de fijar las posiciones antes, o en vez de, un proceso.

D) De carácter competencial.

1/ Es de reiterar que la regla QPM no se refiere a cualquier problema ético o jurídico sino específicamente a un tipo muy determinado de cuestiones, cuales son las que plantean dudas sobre el *agere licere*, es decir, sobre un problema competencial, puesto que versa sobre *quién* puede hacer *qué*.

En efecto, la competencia, en sentido amplio, no es sino la determinación de qué persona física o jurídica y, en su caso, qué órgano de ésta última, está jurídicamente habilitado para llevar a cabo una concreta actuación de cuya correcta ejecución se trata.

2/ La determinación competencial es, como sucede en tantas otras cuestiones jurídicas, gradual o escalar. Este aspecto ha sido especialmente analizado en Derecho Internacional Privado por ser la disciplina encargada no tanto de resolver el fondo jurídico de los problemas cuanto de señalar el ordenamiento al que su solución debe sujetarse.

Aplicando ese análisis, es obvio que, ante un problema competencial, lo primero que ha de determinarse es la actuación que quiere realizarse (normalmente un acto jurídico unilateral o plurilateral). Esta fijación opera como el supuesto de hecho (*tatbestand*) del problema, ya que la determinación de la competencia es la consecuencia jurídica (*rechfolge*) del mismo.

3/ Fijado así el acto en cuestión que ha de ser realizado, procede determinar, en un segundo momento, qué *jurisdicción* (en sentido legislativo, como el que se emplea cuando se habla de jurisdicción *fiscal* o de *aguas jurisdiccionales*) procede aplicar. Normalmente, esta *jurisdicción* será la de un Estado concreto en cuyo ámbito ha de realizarse el acto; pero, en actos con elementos (sujetos, objetos o formas) de extranjería, dicha concretización se logra mediante la aplicación de normas conflictuales (unilaterales o convencionales).

Un problema parecido surge en los Estados con pluralidad de regímenes jurídicos coexistentes en su territorio (como sucede en los Estados federales, autonómicos, regionalizados o con normativas especiales para ciertos territorios forales, comarcas o localidades), en cuyo caso la determinación de cuál de dichos regímenes debe ser elegido se consigue aplicando las reglas conflictuales internas, normalmente de rango constitucional.

4/ Fijada la jurisdicción, procede, en un tercer momento, determinar la *competencia* en un sentido amplio, es decir, precisar, dentro de la *jurisdicción* legislativa predeterminada, qué instancia debe actuar.

Dicha instancia puede ser una persona jurídica pública, sea territorial (central, periférica o local), institucional o corporativa; en cuyo caso su determinación se realiza mediante normas jurídicas (legales o reglamentarias) de carácter administrativo.

La instancia competente puede ser también a una persona jurídico-privada, esté o no dotada de un régimen de autonomía, más o menos delimitada por una “ley de reserva autonómica”; como sucede con los entes eclesiásticos, deportivos o societarios, cuyos ámbitos de actuación están, respectivamente, delimitados por las leyes eclesiásticas, deportivas o societarias de la *jurisdicción* legislativa actuante.

También puede suceder que la instancia que deba actuar sea una persona física, cuyo ámbito de actuación (auténtica *autonomía de la voluntad*) viene también delimitado por las normas aplicables sobre la capacidad jurídica y de obrar (general y especial) exigible en el caso concreto de que se trate.

La determinación del funcionario que haya de fedatar la documentación de un acto jurídico sujeto al Derecho privado supone un caso peculiar, ya que el Notariado ejerce una jurisdicción preventiva y voluntaria que tiene el doble carácter de función pública y privada, lo que explica sus propias normas estatutarias para la fijación de la competencia.

5/ En un último momento, que sólo adviene caso de litigio, la determinación del órgano con jurisdicción contenciosa llamado a entender del asunto, es una cuestión de Derecho procesal cuyas normas fijan el *orden* jurisdiccional (civil, penal, laboral, etc) al que corresponde la controversia; y, dentro del mismo, la competencia que por razón de la materia, la cuantía, el procedimiento, el territorio o el rango funcional fije el concreto órgano jurisdiccional llamado a instruir, sustanciar y decidir definitivamente la litis.

6/ En suma, la regla QPM puede operar en los diversos niveles escalares que presenten las posibles competencias que comporta su objeto genérico.

E) De carácter conflictual.

Por derivación, la configuración *competencial* de la regla QPM confiere a la misma también un carácter eventualmente *conflictual*, en el doble sentido de que puede ser invocada en las distintas fases de determinación de la competencia que hemos apuntado; y puede traducirse en conflictos competenciales multinivel.

Tal es, por ejemplo, el caso de los conflictos que se plantean entre instancias supraestatales (conflictos de Derecho internacional público) o supranacionales (conflictos en el seno de organizaciones de integración, como la UE); y también de los conflictos entre instancias internas de nivel constitucional (como los conflictos entre poderes del Estado o, en los Estados compuestos, entre las instancias centrales y las descentralizadas). Cabe añadir las cuestiones de competencia entre jurisdicciones, órdenes jurisdiccionales u órganos administrativos (cuya ordenación se efectúa en las leyes procesales y procedimentales correspondientes).

Por supuesto, también es el caso de los conflictos de Derecho privado sobre quién puede hacer qué en las distintas esferas de actuación (patrimonial, mercantil, obligacional, sucesoria, etc.).

6. Naturaleza.

A) Hipótesis de la norma jurídica.

1/ Una primera hipótesis sobre la naturaleza jurídica de la regla QPM consiste en situarla (en el marco de la *Teoría General del Derecho*) en la *Teoría general de las normas jurídicas* y, en concreto, en su parte inicial destinada a analizar el concepto de norma jurídica, para así identificarla como tal.

Parte esta idea de que la regla QPM presenta dos elementos: i) el primero es de carácter subjetivo y consiste en un alguien (*quis*), determinado o determinable, al que la regla se refiere impersonalmente con la expresión “quien”, para aludir a la persona,

física o jurídica, que pretende hacer algo y de la que interesa conocer si está habilitada competencialmente para llevarlo a cabo; ii) el segundo elemento es de carácter objetivo y consiste en un “algo” (*quid*), determinado o determinable, al que la regla se refiere neutralmente con la expresión “lo”, para aludir a aquello que el sujeto pretende realizar, con la precisión de que eso puede ser ejecutado en una dimensión (cualitativa o cuantitativamente) mayor o menor, a la que alude la regla con las genéricas expresiones “más” (*plus*) y “menos” (*minus*); y iii) el tercer elemento es de carácter formal y consiste en el poder (*potestas*), al que la regla se refiere repitiendo la expresión “puede ... puede”, para aludir a la habilitación competencial que el sujeto necesita para realizar-“lo” (el objeto) que pretende.

Esta estructura trimembre recuerda a la clásica que es propia de las normas jurídicas según la jurisprudencia conceptual germánica, ya que: i) el elemento subjetivo puede ser identificado como el destinatario (*empfänger*) de la norma; ii) el elemento objetivo puede ser entendido como el supuesto de hecho (*tatbestand*) de la norma; y iii) el elemento formal puede ser concebido como la consecuencia jurídica (*rechfolge*) de la norma.

2/ Sin duda, la regla QPM tiene una finalidad preceptiva de investidura (pues reitera el término “puede”, que alude a una *potestas* en el sentido de una habilitación competencial) y, por tanto, pertenece al ámbito jurídico; pero no puede ser calificada como una norma jurídica en sentido estricto, pues carece de la fuerza (*vis*) de voluntad (*voluntas*) que es inherente a toda norma jurídica.³¹

Es decir, la única fuerza inherente a la regla QPM es convictiva, o sea, de *autoritas*, pues apela la razón y, en concreto a la “mayor razón” que se supone ampara su consecuencia. La regla, pues, no es una norma jurídica, en un sentido formal estricto (pues no procede de una previa formulación y aprobación formalizada como las disposiciones legales o negociales) y tampoco en un sentido material (pues no procede de una fuerza de voluntad, sino de un razonamiento).³²

³¹ Repárese en que, en rigor, toda obligación jurídica procede de una *voluntad*, sea la *propia* voluntad (caso de las obligaciones unilaterales por auto-vinculación, como sucede en el testamento, la fundación, la pública promesa o el concurso con premio, en las que no en vano se habla de la *voluntad* del testador, fundador, promisor o convocante); sea la voluntad del legislador (caso de las obligaciones legales, en las que no en vano se habla de *voluntas legis* y de *voluntas legislatoris*); sea la voluntad de varias personas (caso de las obligaciones contractuales que proceden de la *autonomía de la voluntad* de los contratantes y que por eso operan como una “ley” entre ellos y sus sucesores); sea la voluntad ínsita en las acciones espontáneas (como sucede en la responsabilidad extracontractual, antiguamente denominada cuasi-delictual; en la cuasi-contractual; y en la penal, sea por culpa, riesgo o dolo). Cfr. arts. 1089 a 1093; 1254 a 1258, 1887 y 1902 Cc.

³² Como se habrá observado, siguiendo el criterio más extendido, empleo como sinónimas las expresiones *norma* y *disposición*, que han sido distinguidas por las escuelas normativista e imperativista del Derecho; aunque personalmente prefiero el segundo por su carácter semiótico de *mandato*, más que el primero que tiene una connotación de precepto *moral*. En rigor, sucede que, como se ha observado en los textos constitucionales, existe una *escala de la normatividad* en la que también se incluyen los *valores* o los *principios*. Empero, esta precisión carece de importancia para acotar el criterio QPM, ya que entiendo que el mismo no es *norma* ni *disposición*, ni tampoco un *valor* o *principio*, sino una mera *regla* jurídica, operativa en el marco extra-normativo, es decir, no perteneciente a la Teoría General de las normas (que se ocupa de los problemas derivados de su creación, integración e interpretación), sino a la Teoría General de la aplicación del Derecho, donde se ubica, en concreto, la *Teoría de la argumentación jurídica* en que la regla QPM se incluye, sin olvidar que está estructuralmente condicionada por las limitaciones sistémicas derivadas de cada caso concreto en que se trate de aplicar. Cfr. ZAFRA VALVERSDE, José, *El Derecho como fuerza social*, Ed. Eunsa, Pamplona, 2002; ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ed. Ariel, Barcelona, 2012.

3/ Otra cuestión es si cabe concebirla como una fuente del Derecho y, en concreto, desechado que sea de tipo consuetudinario, como un *principio general del Derecho*. Como quiera que esta posibilidad ya ha sido prejuzgada y desechada al tratar de la denominación, baste ahora con recordar que, si bien en la práctica (forense, académica, consultiva y jurisprudencial) no es difícil encontrar múltiples alusiones a la regla QPM como un *principio general del Derecho*; sólo suelen ser citas *obiter dicta*, en las que se alude a la regla QPM de paso (para reforzar o completar un razonamiento en el seno de una justificación más amplia) y no como la *ratio decidendi* de la litis mediante la aplicación subsidiaria de una fuente jurídica de último grado en defecto de una norma legal o consuetudinaria para resolverlo.

4/ En suma, la regla QPM tiene un carácter preceptivo, pero no de norma jurídica en sentido estricto.

B) Hipótesis del criterio exegético.

1/ Otro intento de atrapar la naturaleza jurídica de la regla QPM consiste en la posibilidad de que, siguiendo en la *Teoría de las normas jurídicas*, forme parte de la *Hermenéutica jurídica*, como una de tantas reglas de *interpretación* de las normas; la cual sería, en concreto, *extensiva*, en el caso de la regla QPM. Ahora bien, la *Hermenéutica jurídica* opera en distintos niveles en los que procede examinar si tiene encaje la regla que nos ocupa.³³

2/ Un primer nivel hermenéutico es el que tiene por objeto fijar con rigor la norma aplicable y, para ello, acoge todos los *argumentos interpretativos*, sean de tipo *lingüístico* (como los léxicos y semánticos), *genético* (como los de antecedentes históricos o los comparativos), *teleológico* (como los análisis de políticas subyacentes o de finalidad de las normas), de *auctoritas* (como los precedentes doctrinales, consultivos o jurisprudenciales) o *heterónomos* (como los morales, de equidad, o de naturaleza de las cosas, etc).

Según esta explicación, la regla QPM pertenecería a este primer nivel en cuanto que contribuye a determinar la norma aplicable por inferencia *a fortiori* de otra anterior.

Pero, en rigor, no es así. La regla QPM no tiene carácter hermenéutico pues no tiene por objeto la *interpretación* de una norma jurídica *explícita* (como, p.e, una disposición obrante *a priori* en el texto de una ley o negocio jurídico) cuyo sentido haya que averiguar mediante la aplicación de alguno de los métodos tradicionales de exégesis (literal, sistemático, histórico, teleológico, etc); pues lo que persigue es (vertiendo su fuerza argumental sobre una norma explícita, que habilita a “lo más”) obtener *a posteriori* una norma (que habilita “a lo menos”) y que es *implícita*, en cuanto que es nueva y distinta de la anterior, aunque, por efecto de la aplicación de la regla, se entiende que estaba virtualmente contenida en ella.

3/ Un segundo nivel hermenéutico es el de las *reglas interpretativas*, es decir, las que no constituyen, en sí, argumentos, sino que disciplinan la forma correcta de

³³ Cfr. CABRA APALATEGUI, J. M., “Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica”, en *AFD*, 33, 2017, págs. 37-62; CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, trad. Maribel Narváez Mora y Pau Luque Sánchez, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011; RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., “Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)”, en *AFD*, 30, 2014, págs. 339-369.

emplearlos, fijando el quién, el qué y cómo de los mismos (*reglas de uso*); valorando su distinta *vis convictiva* (*reglas de ponderación*) y, eventualmente, determinando su orden de aplicación (*reglas de prelación*).

Pero la regla QPM tampoco se integra en este segundo nivel hermenéutico, pues conforma un argumento en sí y, por tanto, no se integra entre las reglas sobre la forma correcta de argumentar, aunque está sujeta a ellas y, por eso, su aplicación es susceptible de crítica cuando, en un caso concreto, su uso sea indebido, su fuerza convictiva sea escasa o deba ceder ante otros argumentos prevalentes.

4/ Un tercer nivel hermenéutico es el de los *valores de interpretación*, esto es, los políticos, sociales y de ética social objetiva que, por su carácter constitucional o fundante del ordenamiento, deben guiar y orientar todo discurso jurídico y, por tanto, también los argumentos y las reglas de interpretación.

La regla QPM presupone y no puede sustraerse a estos valores que forman parte de su contexto sistémico; pero, en sí, no consiste en dichos valores ni los formula, por lo que tampoco procede reputarla integrada en este tercer nivel hermenéutico.

C) Hipótesis de la analogía.

1/ Partiendo del planteamiento anterior, surge la hipótesis de que la regla QPM obtenga una norma nueva infiriéndola por analogía con la anterior.

Según esta idea, la aplicación de la regla QPM supone partir de una norma anterior (aplicable a lo que es más) para extraer otra (aplicable a lo que es menos), lo cual implica una cierta *nomogénesis* que induce a incluir la regla QPM en la Teoría de las *fuentes* normativas, junto a otras formas, no *de interpretación*, sino *de inferencia* o *integración* de normas, como la *analogía*.

Esta hipótesis estriba en que, al implicar una comparación entre el supuesto de hecho normado y aquel cuya normación se trata de establecer, el argumento *a fortiori*, en su modalidad jurídica y tal como se patentiza en la regla QPM, se parece al de *analogía*, puesto que en ambos se produce una transferencia de fuerza argumental entre distintos elementos comparados.

2/ Sin embargo, ambas formas de razonamiento jurídico deben ser diferenciadas.

En concreto, la regla QPM infiere la norma *implícita* debido al carácter *a fortiori* (“con más razón”) del argumento que contiene, pero es precisamente esa naturaleza de Lógica general la que distingue la regla QPM de otras formas jurídicas de inferencia normativa que, como la *analogía*, se basan en otros tipos de argumentación.

El razonamiento *analógico* implica una comparación por semejanza (*eadem ratio*, “por la misma razón”), que es propia de los argumentos *a pari* (entre iguales) y *a simili* (entre semejantes) que fundan la *analogía*, es decir, la aplicación de una norma (*a legis*) o del ordenamiento (*a iuris*) a supuestos distintos pero que tienen la misma justificación.³⁴

³⁴ FALCON Y TELLA; María José, *El argumento analógico en el Derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

Pero, en la regla QPM, no subyace una “misma (*eadem*) razón” sino una “razón más fuerte (*fortius*)”; y, por eso, encierra una argumentación que no es analógica sino comparativa a *fortiori*, donde la comparación es de sobreabundancia (“con más razón”).

3/ En suma, la regla QPM y la pretendida *nomogésis* que implica no pueden ser explicadas con la dogmática propia de la *analogía*.

D) Hipótesis de la presunción *iuris tantum*.

1/ Otra hipótesis de trabajo para tratar de descubrir la naturaleza jurídica de la regla QPM es situarla, no en la *Teoría de las normas jurídicas*, sino en la *Teoría de la aplicación del Derecho*, y, en concreto en la *Probática jurídica*, para entenderla como una presunción, en línea con una antigua sugerencia general de Bártolo sobre toda regla jurídica.³⁵

Esta hipótesis parte de que la regla QPM parece presentar tres elementos: i) el primer elemento puede entenderse como un *hecho-indicio*, consistente en aquello que claramente “se puede” hacer y que es “lo más”; expresión ésta que alude a un “algo”, en concreto, a un poder hacer, esto es, a una competencia actual que, apriorísticamente y *per se*, se tiene como indudable; ii) el segundo elemento puede concebirse como un *hecho-presunto*, consistente en aquello que “se pretende poder hacer” y es “lo menos”; expresión ésta que también alude a un “algo” que también es una competencia esperada; y iii) el tercer elemento puede considerarse como una *conclusión*, pues la reiteración verbal “puede/puede” evoca elípticamente la expresión “por tanto” (*ergo*) que es propia de los silogismos.

Estos elementos inducen a concebir a la regla QPM como una institución probática propia del Derecho procesal, por estar construida con la técnica de las presunciones *iuris tantum*; consistente en que, como establece el art. 386 LEC (sucesor del antiguo art. 1249 Cc), de un hecho conocido (hecho-indicio), se infiere otro desconocido (hecho presunto), con el que guarda conexión según las reglas del criterio humano, de suerte que, en expresión del c. 1825.1 CIC’83, se pueda fundar en el mismo una conjetura probable (*probabilis coniectura*) que, por supuesto, admite prueba en contrario.

2/ Pero tal concepción no parece jurídicamente adecuada, ya que la regla QPM no pretende ser un *medio* “de prueba”, sino más bien “de investidura”, esto es, de habilitación competencial y, por eso, su técnica constructiva obedece, como veremos, a una lógica mucho más compleja que la presuntiva.

En efecto, la estructura lógica de la regla QPM es más compleja pues, aunque comienza refiriéndose a un “quien” (*quis*), es decir, a un sujeto agente (determinado o determinable), su fuerza argumental no se centra en ese *quis* que es el sujeto agente, sino en el objeto (*quid*) de la acción, a que la partícula “lo” (ínsita en la proposición quien puede “lo” más, puede “lo” menos) alude como un “algo” indeterminado, pero determinable mediante concretización, para la que es precisa una reflexión sobre su existencia y esencia, esto es, sobre si ese “algo” es (*an sit*), es decir, si existe; y, en su caso, qué es (*qui sit*), es decir, en qué consiste; y, además, requiere un juicio comparativo y de ponderación entre “lo más” (*plus*) y “lo menos” (*minus*) que puede “dar de sí” dicho

³⁵ BÁRTOLO DE SAXOFERRATO, *Omnia quae extant opera, tomus secundus. In secundam Digesti Veteris partem*, apud Iuntas, Venetiis, 1615.

“algo”, ya que sólo interesa destacar su mayor o menor magnitud, cuantitativa o cualitativa para inferir de ella la competencia que se buscaba.³⁶

Esa reflexión (que es precisa para que la regla QPM no incurra en el óbice de hacer supuesto de la cuestión) no es necesaria en el caso de las presunciones *iuris tantum*, porque la premisa mayor de la que parten es un hecho-indicio que se tiene apriorísticamente por seguro, lo cual patentiza que la regla QPM no está construida con la técnica de dichas presunciones.

3/ En suma, el, en apariencia, simple razonamiento de la regla QPM se refiere, en rigor, a un sujeto incierto o actor, cuya existencia y capacidad de obrar hay que determinar previamente; y, además, requiere una profunda calificación, no sólo sobre la existencia y la esencia del objeto de su posible acción, sino también sobre la integración de dicho objeto, como especie, en un más amplio género (y, a la postre, en el sistema o sistemas en que se encuadra); operaciones todas estas que superan en complejidad al sencillo mecanismo de la presunción *iuris tantum*.

E) Hipótesis de la ficción jurídica y la presunción *iuris et de iure*.

1/ Un tercer intento de aproximarse a la naturaleza jurídica de la regla QPM estriba en, sin salir del ámbito probatorio, calificarla como una ficción jurídica o una presunción *iuris et de iure*.

Con arreglo a la clásica definición de Bártolo y Baldo de la *fictio iuris* (*assumptio, contra veritatem sed pro veritate, a iure facta in re certa de eius quod est possibile* / afirmación jurídica de que es cierto algo cuya verdad no consta pero cuya realidad es verosímil y posible),³⁷ la ficción jurídica es un acto de *potestas*, vedado a los aplicadores del Derecho, pues requiere siempre una declaración legal expresa que se dispone (por motivos de equidad, justicia o seguridad jurídica, pero imperativamente y sin admitir prueba en contra) tener por cierto algo que no lo es, pero que bien podría serlo al situarse en línea con la verdad, es decir, por ser verosímil.

2/ Sin embargo, la regla QPM no es una creación del legislador ni viene impuesta por un órgano revestido de *imperium*, sino que consiste en un mero criterio jurídico razonable, emanado de la jurisprudencia y de la doctrina que, como aplicadores del Derecho, no son fuentes formales del mismo, sino meras instancias de *auctoritas* y, por tanto, carentes de poder para imponer ficciones jurídicas o presunciones *iuris et de iure*.

3/ Además, la regla QPM admite prueba en contrario, lo que revela que su naturaleza difiere de las ficciones jurídicas y de las presunciones *iuris et de iure*, que no la admiten; y, por ello, ambas constituyen meras declaraciones legales irrefutables, que

³⁶ ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación” en ATIENZA, M. y GARCÍA AMADO, J., *Un debate sobre la ponderación*, Ed. Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2012, págs. 9-38.

³⁷ BÁRTOLO DE SAXOFERRATO, *In primam Digesti Novi partem commentaria*, n. 21, en *Commentaria [Consilia quaestiones et Tractatus]... [III]. Commentaria in primam (secundam) Digesti novi partem.. (in Dg 41.3.15, quaestio 5)...*, Lyon, 1550; BALDO DE UBALDIS, *In Codicis libri Commentaria ... (in CJ 4.19.16. nota 12)*, Apud Iuntas / Giunta impresores, Venecia, 1599. Cfr. LUNA SERRANO, Agustín, *Las ficciones del Derecho*, Ed Dyckinson, Madrid, 2019.

el legislador impone por motivos prácticos en casos muy limitados en que algo verosímil debe ser tenido por verdadero para evitar una prueba imposible o enojosa.

Pero no es este el caso de la regla QPM, la cual no goza de rango legal y se limita a formular un criterio útil que puede servir para resolver ciertos casos que encierran un *dubium* competencial.

F) Hipótesis de la argumentación.

1/ Otra posibilidad estriba en entender que la regla QPM (siempre en el seno de la *Teoría General del Derecho* y, en concreto, de la *Teoría de la aplicación de las normas jurídicas*) pertenece a la denominada *Teoría de la argumentación jurídica*, pues consiste en una mera técnica argumental que, junto a otras, es operativa en los ámbitos académico, prejudicial y forense.³⁸

2/ Este planteamiento se fundamenta en concebir el Derecho democrático como un ámbito de racionalidad práctica donde la interdicción constitucional de la arbitrariedad exige que el discurso de las partes litigiosas y de los aplicadores jurídicos haya de fundarse siempre en motivos de razón y en valores objetivos socialmente aceptados.³⁹

La regla QPM sería así uno de los múltiples instrumentos argumentales en manos de los operadores jurídicos en casos de conflictividad sobre el alcance de una competencia.

3/ Como no es este el momento de adentrarnos en la complejidad filosófico-jurídica que presenta actualmente la *Teoría argumental del Derecho*,⁴⁰ baste con indicar que, obviamente, la regla QPM es un *argumentum* que resulta apropiado para el razonamiento jurídico, pues apuntala su racionalidad. Por ello, entiendo que esta hipótesis resulta aceptable, siempre que se la entienda con ciertas precisiones, como las siguientes.

4/ Una primera precisión consiste en advertir que la regla QPM es un argumento *jurídico*, esto es, no un mero recurso *retórico*, por lo que dicha regla no

³⁸ ATIENZA, M, *El derecho como argumentación*, Ed. Ariel, Barcelona, 2006; GARCÍA AMADO, J. A., *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, Ed. Eolas, León, 2013; GASCÓN ABELLÁN *et al*, *Argumentación Jurídica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

³⁹ Cfr. mi estudio “La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos”, en *Dicrecionalidad administrativa y control judicial I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Ed Civitas, Madrid, 1996, págs. 123-193.

⁴⁰ Con base en las ideas de la Filosofía analítica y del lenguaje (a través principalmente de las figuras de Ludwig Wittgenstein y Hans G. Gadamer), la visión del Derecho como lenguaje (con precedente en la tópica jurídica de Theodor Wihweg) ha generado la *Teoría de la argumentación jurídica*, la cual (partiendo de los estudios generales sobre Retórica de Chaïm Perelman (*Tratado de la argumentación; la nueva retórica*, publicado con Lucie Olbrechts-Tyteca, 1958, versión española, Ed. Gredos, Madrid, 1989; y *Lógica jurídica; nueva retórica*, 1976, versión española, Ed. Civitas, Madrid, 1980) ha sido preconizada por el finés Aulis Aarnio (en *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*, CEC, Madrid, 1991; y, junto a otros autores, en *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fund. Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010); y, en especial, por Robert Alexy (en su *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, 2ª ed, Madrid, 2008). Cfr. SERNA BERMÚDEZ, Pedro (dir). *De la argumentación jurídica a la hermenéutica, revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Ed. Comares, 2ª ed, Granada, 2005; y MANASSERO, María de los Ángeles, *De la argumentación al Derecho razonable. Un estudio sobre Chaïm Perelman*, Ed. Eunsa, Pamplona, 2001.

constituye una simple técnica comunicacional integrada en el género *epidíctico* (meramente demostrativo de algo dudoso ante quien no lo contradice ni tiene que decidirlo), sino que va más allá pues trata de refutar a los contradictores y convencer a los decidentes, por lo que se convierte en un instrumento *dialéctico*.

5/ La segunda precisión deriva de la anterior y estriba en advertir que su carácter dialéctico no significa que la regla QPM ofrezca resultados *apodícticos*, esto es, incontrovertibles; y, mucho menos, que, en sí misma, exprese una proposición *apofántica*, es decir, absolutamente verdadera,⁴¹ ya que la regla QPM sólo pretende formular, en el marco de un conflicto, una proposición jurídicamente razonable que puede coadyuvar a la resolución de un problema competencial.

Si se opta por el carácter indiscutible de la regla QPM, se incurre en un exceso que, con carácter general, ha sido criticado por la moderna Filosofía del lenguaje. En efecto, la regla QPM no puede equipararse a las proposiciones matemáticas, pues no es un *teorema* (un razonamiento comprobable experimentalmente con el rigor de las ciencias exactas), ni tampoco un *axioma* evidente por sí mismo.

6/ Una tercera precisión, también enlazada con la anterior, consiste en advertir (en línea con la reciente concepción lingüística y argumental del Derecho y con la aplicación de la Teoría general de sistemas a la exégesis del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad), que la regla QPM ha de ser concebida, más modestamente, como un sensato medio de razonamiento jurídico; pero siempre que éste supere las pruebas de *legitimación* y *sistematicidad*.

7/ La prueba de *legitimación* opera en la forma y consiste en que la aplicación de la regla QPM resulte admisible por cumplir, en el caso de que se trate, las generales condiciones de validez impuestas por la Lógica formal.

Esta prueba viene exigida por la Heurística general (aquella parte de la Lógica formal que estudia todo lo que contribuya a depurar el conocimiento teórico y práctico para contribuir a que el análisis racional y el proceso de toma de decisiones sea lo más ajustado posible a las exigencias de la Lógica general); y, en concreto, por la Heurística jurídica, que se ocupa de cuanto contribuya a que el *discurso jurídico* (que comprende el razonamiento y el proceso de toma de decisiones) se ajuste lo más posible a la Lógica jurídica en los distintos niveles de actuación, incluido el argumental en que se inserta la regla QPM.

8/ La prueba de *sistematicidad* opera en el fondo del asunto en que se aplique la regla QPM y pretende que su aplicación resulte eficaz por operar en línea con el sistema al que pertenezca el asunto controvertido y respetar los condicionantes que de dicha pertenencia se deriven.

Esta prueba viene exigida por la Sistemología estructural (aquella parte de la Teoría del conocimiento que versa sobre cuantos sistemas integran el mundo) y, en

⁴¹ Por oposición a las proposiciones *apofánticas*, el filósofo británico del lenguaje John Langshaw Austin (1911-1960) calificó de meramente *retóricas* todas las que no resultaban por sí mismas verdaderas. Cfr. AUSTIN, J. *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*, Ed. Paidós, Barcelona, 1982.

concreto, por la Sistemología jurídica, que versa sobre el sistema jurídico en cuyo seno se plantea el asunto (el “lo”) a que se refiere la regla QPM.

9/ Así entendida, la regla QPM parte de la idea consensual de la verdad formulada por J. Habermas (a su vez, derivada de la teoría de los actos del habla y de la dimensión pragmática del lenguaje de J. Austin) para resaltar la necesidad y condiciones de validación (tanto de los argumentos como de la hermenéutica de sus premisas fácticas y normativas) y que (como ha sugerido P. Ricoeur) las decisiones jurídicas no sean arbitrarias, sino dotadas de una *aceptable racionalidad* objetiva en función de los consensos sociales existentes sobre las normas vigentes y los valores en juego en cada caso.

7. Estructura.

Una vez establecido que la proposición QPM es una verdadera regla jurídica que debe ser denominada como tal y que su naturaleza jurídica es la de un sensato argumento que resulta útil en la aplicación del Derecho al proporcionar una aceptable racionalidad a las decisiones jurídicas, procede preguntarse sobre la estructura (en rigor, los límites estructurales) que presenta.

A) La proposición *a fortiori*.

1/ El primer elemento estructural de la regla es la proposición o aserto QPM que contiene y que, sin duda, consiste en un argumento *a fortiori*,⁴² esto es, una forma compleja de argumentación que comporta la comparación de dos o más argumentos para inclinarse por el de mayor fuerza convictiva, con expresiones comparativas, sean positivas (como “tanto/aún más” o “con más/mayor razón”) o negativas (como “mucho menos aún”).

Como es sabido, los argumentos *a fortiori* constituyen uno de los más antiguos *topoi* de la Retórica y la Dialéctica, pues derivan de la autoridad de Aristóteles que enuncia el tópico de “lo más y lo menos” cuando (en su *Retórica* 2.23.1397b) señala que “si al que más conviene el predicado no lo posee, es evidente que no lo poseerá aquél al que conviene menos”.

2/ En el discurso ordinario, los argumentos *a fortiori* suelen revestir una primera modalidad, que podemos denominar *retórica*, cuando sus enunciados refuerzan la veracidad de la proposición que tratan de demostrar, añadiendo, a una parte aducida como prueba, otra que sobrea abunda en lo anterior; y ello con adjetivos comparativos como “más/menos que” o “mayor/menor que”, los cuales, por su transitividad, conducen a una conclusión anunciada con la expresión “tanto más” u otras parecidas.

La complejidad de esta forma de argumentación estriba en que, para llegar a la conclusión, se ofrecen varias razones (razonamiento múltiple) que deben ser coordinadas (razonamiento coordinado) mediante comparación (razonamiento comparativo), ya que sólo pretende refutar errores o precisar verdades ya reconocidas, fortaleciéndolas merced a determinadas comparaciones (razonamiento de refuerzo).

⁴² Cfr. MARRAUD, Hubert, “Argumentos *a fortiori*”, en *Theoría*, 79, 2014, págs. 99-112.

3/ Es de advertir que, como es inherente a los argumentos *a fortiori*, la regla QPM puede operar tanto en su modalidad directa *a maiore ad minus* (“mucho más aún”), que suele aplicarse en ámbitos de prescripción permisiva; como inversa, *a minore ad maius* (“mucho menos aún”), que suele aplicarse en ámbitos de prescripción prohibitiva; con la advertencia de que ésta última no debe ser confundida con las argumentaciones *a contrario* y *ad absurdum*.

En efecto, la aplicación inversa de la regla QPM sigue encerrando un razonamiento *a fortiori* que es distinto del que subyace en la argumentación *a contrario* (de exclusión), por la que se excluye aplicar la consecuencia jurídica de una norma a supuestos no previstos en ella o que han sido expulsados de su ámbito (esto último sucede, p.e, en los casos de “interpretación conforme a la Constitución”, en que la STC que la impone conlleva excluir todas las demás interpretaciones posibles).

Este efecto negativo o de exclusión no es propio de la regla QPM, donde la aplicación resultante es positiva y extensiva, aunque se emplee en el marco de una contra-argumentación.

Conviene igualmente distinguir la argumentación *ad absurdum* (de reducción), que prescinde de toda consecuencia jurídica que carezca de soporte lógico; mientras que la regla QPM amplía el campo aplicativo a todo lo que tenga una justificación mayor.

4/ La argumentación *a fortiori* encierra, en su modalidad *retórica*, un razonamiento *inductivo* que fundamenta las inferencias que descubre entre las premisas y de las que resulta la conclusión.

Pero la moderna Lógica formal ha apuntado la posible existencia teórica de un segundo tipo de argumentación *a fortiori*, denominada modalidad *lógica*, que surge del intento de explicar como un razonamiento *deductivo* las referidas inferencias.

5/ En ambos casos, la regla QPM, siguiendo la tipificación tradicional, encierra un *silogismo* (argumento demostrativo) *categorico* (no hipotético ni disyuntivo), de la primera *figura* y construido en modo *Bárbara* (AAA), pues sus tres proposiciones son A (afirmativas), donde: i) la premisa *mayor* es: “la persona P puede B, que es lo más”; ii) la premisa *menor* es: “C es menos que B”; iii) el *término medio* de comparación es: “B y C pertenecen a una misma especie D, que es graduable por su magnitud”; y iv) la *conclusión* es: “P puede C”; si bien la regla QPM la expresa, por generalización del sujeto mediante el sincategorema “quien,” con el que expresa que “todo aquel que esté en la misma posición que P también puede C”.

Pero es de advertir que, en la regla QPM, el argumento está enunciado de forma *sintética*, elidiendo la premisa menor y el término medio y generalizando la conclusión, por lo que, en rigor, conforma un *entimema* (silogismo cortado) para facilitar su expresión como regla jurídica.

6/ Ahora bien, en Derecho y sin perjuicio de su expresada estructura retórica y lógica, la argumentación *a fortiori* suele revestir una modalidad específicamente *jurídica*, en cuanto que, como sucede en el caso de la regla QPM, partiendo de una norma jurídica que permite, prohíbe o habilita algo a una o varias personas, se concluye

que el mismo permiso, prohibición o habilitación puede ser aplicado a otra u otras cuya posición la merezca “aún con mayor razón” que aquélla o aquéllas.⁴³

La argumentación jurídica es *compleja* porque es una “argumentación sobre normas”⁴⁴ pues, para llegar a la conclusión, se parte una norma (legal, consuetudinaria o negocial) en la que se analiza su supuesto de hecho (*tatbestand*) y su consecuencia jurídica (*rechfolge*); de suerte que el primero se compara con otro no regulado, al que, “con mayor razón” (que es la expresión prototípica de esta modalidad argumental), se ha de aplicar la segunda (aunque ésta sea meramente virtual por entenderse comprendida tácitamente en la primera).

Por otra parte, la comparación ínsita en todo razonamiento *a fortiori* determina la complejidad estructural del mismo; la cual es mayor cuando no se comparan dos supuestos simples, sino dos o más razonamientos argumentales previos que tal vez sean, a su vez, complejos discursos jurídicos. Entonces el razonamiento *a fortiori* es de segundo o tercer nivel y deviene una *meta-argumentación* (argumento sobre argumentaciones). Así sucede cuando se trata de aplicar la regla QPM en asuntos incluidos en sistemas complejos.

7/ Esta complejidad estructural explica que, si (en el marco dialéctico en que suele desarrollarse en discurso jurídico) se apela a la regla QPM, revista especial importancia la *legitimación* formal del razonamiento; es decir, un cuidadoso análisis que tenga por objeto determinar la correcta construcción formal de las premisas, la ponderación su nexu lógico con las conclusiones y, en suma, la valoración de la fuerza argumental de los razonamientos.

El “juicio de legitimación” argumental no trata tanto de examinar si el razonamiento *a fortiori* supera el test lógico-formal de contundencia, ínsito en el criterio anglosajón RSA (es decir, si el planteamiento de las premisas y la inferencia de la conclusión es *relevante*, *suficiente* y *aceptable*); cuanto de lograr, en el aplicador jurídico, la certeza moral de que dicho razonamiento no es una *falacia* incurra en la interdicción constitucional de la arbitrariedad, sino una argumentación razonable, aunque no sea contundente ni, mucho menos, absoluta.

En otras palabras, no se trata sólo de medir formalmente la “fuerza” de la argumentación (que persigue saber si estamos ante un “argumento *fuerte*” y en qué grado), cuanto indagar sustantivamente la “bondad” de la misma (que trata de saber si se trata de un “*buen* argumento”). Para ello, ayudan los instrumentos lógicos de justificación argumental denominados *garantía* y *respaldo*.

⁴³ En términos similares, cfr. TARELLO, G. *L'interpretazione della legge*, Ed. Giuffré, Milano, 1980, pág. 355, cuando señala que un “argumento *a fortiori* es el que predica una obligación u otra calificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos y concluye que valga (este término del autor debe entenderse en el sentido de que “virtualmente se tenga por existente y válida”) otra norma que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentran en situación tal que merecen, con mayor razón que el primer sujeto o clase de sujetos, la calificación que la norma dada establece para el primer sujeto o clase de sujetos”.

⁴⁴ Cfr. SCHELLENS, Peter Jan; DE JONG, Menno, “Argumentation Schemes in Persuasive Brochures”, en *Argumentation*, 18, 2004, págs. 295–323.

B) La garantía del nexo.

1/ En la, moderna y extrajurídica, terminología lógico-formal, se entiende por *garantía* un elemento implícito en las argumentaciones *a fortiori* que explica el modo en que las premisas conducen a la conclusión, de suerte que permite ponderar la *fuerza* y determinar la *bondad* del argumento; por lo que no forma parte del argumento en sí, sino del posterior juicio de valoración del argumento.

Puede decirse que, si las premisas conducen a la conclusión en virtud de un nexo inferencial que se expresa con el término conclusivo *ergo*/ por tanto; la *garantía* explica ese nexo de inferencia con un término justificativo *cur* / porque, cuya misión estriba en desvelar “qué tienen que” ver las premisas con la conclusión.

2/ La *garantía* tiene especial importancia para valorar los meta-argumentos *a fortiori* porque, al constar éstos de diversas argumentaciones que operan como macro-premisas, el nexo de inferencia entre ellas puede ser débil o incluso faltar, lo que haría fracasar, no al argumento en sí (que seguiría siendo “un” argumento desde el punto de vista léxico-formal, es decir, un convincente mensaje comunicacional, y, por tanto, incluso ser “bello” o “hábil” desde una perspectiva retórica o dialéctica); sino a la *fuerza* (contundencia) y *bondad* (razonabilidad) que tiene en el fondo y que revelan si se trata de un argumento débil o de un mal argumento.

3/ La *garantía* es jurídicamente relevante puesto que no sólo permite una ponderación del fondo de cada argumento, sino que, además, en las meta-argumentaciones *a fortiori* (que son las más frecuentes en el foro), permite calibrar la *fuerza* y *bondad* de cada razonamiento y de sus contra-argumentos; así como deslindar con más precisión si se trata de una meta-argumentación *analógica* (cuando los argumentos-premisa son semejantes por su *ratio* subyacente) o propiamente *a fortiori* (cuando se jerarquizan por su mayor o menor *ratio* subyacente).

En otras palabras, la comparación inherente a la argumentación *a fortiori* versa, en las meta-argumentaciones, principalmente sobre las *garantías* de los argumentos implicados, pues son las que revelan la *fuerza* y *bondad* de cada uno en orden a inferir la conclusión propuesta y, por tanto, permiten criticarla.

C) El respaldo de la garantía.

1/ El *respaldo* es un instrumento de Lógica formal para la legitimación de argumentos, consistente en la justificación de la aplicabilidad general de la *garantía* de una argumentación.

Si el conjunto *premisas-conclusión* corresponden a un primer nivel de la estructura del argumento (pues explica su construcción técnica) y la *garantía* a un segundo (pues muestra el nexo de inferencia entre premisas y conclusión), el *respaldo* es de tercer nivel lógico-formal (pues revela que la *garantía* es aplicable con carácter general).

2/ El *respaldo* es también un elemento de relevancia en Derecho, ya que el argumento jurídico *a fortiori* es “de argumentaciones”, en el sentido de que: i) su *premisa mayor* suele ser un complejo argumental cuyo objeto es una norma *conocida* (cuyo supuesto de hecho, graduable en su magnitud, es de un grado superior); ii) su *premisa menor* suele ser otro complejo argumental (cuyo objeto es un supuesto de hecho, diferente al anterior, no en especie pero sí en grado, que es inferior); y iii) la

garantía estriba habitualmente en un tercer complejo argumental por el que (a diferencia de la analogía o la interpretación extensiva) no se aplica, al segundo supuesto de hecho, la “misma” consecuencia jurídica prevista para el primero en la norma conocida, sino una “diferente”, que se infiere de la anterior y que es igual a la de aquélla, pero que se aplica en un grado inferior de magnitud.

De ahí que, para concluir esta compleja operación macro-argumental no baste con justificar la *garantía* que explica la conclusión, pues también es preciso acreditar (y a ello obedece el *respaldo*) que dicha garantía es de aplicación general y, por tanto, también aplicable a la conclusión inferida. El *respaldo* puede condensarse en la expresión “eso es así por”.

El *respaldo*, en las meta-argumentaciones jurídicas, suele consistir en una apelación a una “razón más alta” que las legitima, como la *voluntas legislatoris* (argumento *a iure*, consistente en que así resulta de una norma externa al ámbito del razonamiento).

D) La conclusión *prima facie*.

1/ El último elemento estructural del argumento *a fortiori* es la *conclusión*, es decir, el resultado lógico al que, por inducción o deducción, conducen las premisas.

2/ Por supuesto, la finalidad de todo razonamiento es que el resultado sea contundente en el sentido de indiscutible; pero, como se ha expuesto, el argumento *a fortiori* no es *apofántico* (absolutamente verdadero), ni siquiera *apodictico* (irrefutable), pues se limita a ser *epidíctico* (convincente), al concluir una actuación que se estima suficientemente razonable; y, además, en su modalidad jurídica, admite siempre prueba en contrario, en base a las circunstancias concurrentes en el caso concreto de que se trate.

3/ De ahí que, en la escuela lógico-formal hispano-americana, se haya formulado la idea de que la argumentación jurídica *a fortiori*, en cuanto que puede ser contrarrestada, sólo genera una apariencia *prima facie* (o “en principio”) de razonabilidad; por lo que, para ser operativa, debe ser corroborada en cada caso concreto.⁴⁵

Esta explicación puede revestir una primera modalidad *epistémica*, consistente en entender que la conclusión *a fortiori* sólo presenta una apariencia (*fumus*) de razonabilidad *inicial*; es decir, que se trata de una mera *hipótesis* (que hay que corroborar o descartar en cada caso concreto); la cual, según los autores, puede explicarse como una *tendencia* (si se aprecia que las premisas “se inclinan” hacia la conclusión), una

⁴⁵Cfr. GARCÍA YZAGUIRRE, José Victor, “La validez *prima facie* y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas”, en *Dikaion*, 21, 2, 2012, págs. 459-487; ídem, “A primera vista; un análisis sobre las normas *prima facie*”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 25, 2022, págs. 31-85; ALCHOURRÓN, C., “Para una lógica de razones *prima facie*”, en VVAA, *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 129-139; ASCHER, N. y BONEVAC, D., “Prima facie obligation”, en *Studia logica: An International Journal for Symbolic Logic*, vol. 57, núm. 1, 1996, págs. 19-45; ATWELL, J., “Ross and *prima facie* duties”, en *Ethics*, vol. 88, núm. 3, 1978, págs. 240-249; BOUVIER, H., “Deliberación y decisión. Los deberes *prima facie* según David Ross”, en *Revista brasileira de Filosofia*; vol. 234, 2010, págs. 37-53; DANCY, J., “Una ética de los deberes *prima facie*” en SINGER, P. (ed.), *Compendio de Ética*, Ed. Alianza, Madrid, 2004, págs. 309-321; FARREL, M., “Las obligaciones jurídicas como obligaciones *prima facie*”, en BULYGIN, E. *et al* (comp.), *El lenguaje del derecho, Homenaje a Genero R. Carrió*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, págs. 131-55.

probabilidad (si la conclusión resulta avalada por el “cálculo de probabilidades”), un *antecedente* (si se observa que las premisas contienen condiciones “que contribuyen” a producir el resultado) o una *presunción* (si se sostiene que las premisas encierran un “hecho-indicio” del que se infiere el resultado).⁴⁶

Pero también cabe una modalidad de explicación *normativa* (consistente en entender que la conclusión *a fortiori* sólo presenta una apariencia de aplicabilidad *provisional*, ya que depende de otra norma cuya aplicación puede limitarla o excluirla, por lo que, para lograr una conclusión *definitiva* ha de dilucidarse, en cada caso concreto, el grado de aplicabilidad o la total inaplicabilidad de esa otra norma, mediante criterios sistémicos de ordenación inter-normativa (como los principios de jerarquía y competencia) o de interpretación conforme de ambas normas.

Ambas modalidades suponen que el razonamiento jurídico *a fortiori* encierra una norma jurídica *prima facie* (hipotética, inicial o provisional) cuya buena apariencia de aplicación (*fumus*) ha de ser, en definitiva, corroborada (efecto prevalencia) o desechada (efecto desplazamiento), lo que plantea dos problemas añadidos, cuales son: el ámbito de la retroactividad (*ex nunc* o *ex tunc*) del juicio definitivo de corroboración o descarte; y los efectos residuales (efecto resiliencia) que la norma desechada pudo producir hacia el pasado (efectos provisionales o provisionalmente definitivos) o puede generar de cara al futuro (efectos prodrómicos).⁴⁷

Pero ya hemos expuesto que la regla QPM no tiene virtualidad *nomogenética*, sino que consiste en un mero argumento jurídico, por lo que tales efectos no deben ser explicados como efectos de aplicación normativa sino como resultados de argumentaciones y contra-argumentaciones respecto a aspectos que deben ser probados por el alegante (*res probanda*) o el contradictor (*res refutanda*) o que se suponen si no son discutidos (*res non refutanda*).

En efecto, en coherencia con el carácter de argumentación y no de norma jurídica que tiene la regla QPM, puede decirse que, de su aplicación, no resulta una norma *prima facie*, es decir, una norma jurídica que habilita a una competencia de una manera hipotética, inicial o provisional y cuya buena apariencia de aplicación (*fumus*) haya de ser, en definitiva, corroborada (efecto prevalencia) o desechada (efecto desplazamiento) en el correspondiente proceso judicial posterior.

Lo que resulta de la aplicación de la regla QPM es un mero criterio jurídico de actuación respecto a una competencia discutida, el cual opera *prima facie* pero no porque constituya una norma jurídica, sino porque es un argumento razonable, abierto a contradicción y prueba en contrario.

E) Crítica.

1/ El expuesto panorama estructural de la argumentación jurídica *a fortiori* en cuyo marco se aplica la regla QPM, determina que la crítica de las premisas, de la

⁴⁶ GARCÍA YZAGUIRRE, V, “Normas derrotables como normas compuestas por condiciones contribuyentes”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 42, 2020, págs. 115-34; id., “Antecedente de las normas y excepciones implícitas”, en *Diritto e Questioni Pubbliche*, 21, 2021, págs. 217-238.

⁴⁷ BRUMMER, J., “The structure of residual obligations”, en *Journal of Social Philosophy*, vol. 27, 3, 1996, págs. 164-80.

conclusión y, especialmente, de la *garantía* y el *respaldo* del razonamiento puedan deslegitimar la argumentación por incurrir en una falacia formal o informal, incompatible con la interdicción constitucional de la arbitrariedad.

2/ Los *argumentos falaces* más conocidos son los llamados argumentos: *diabólico* (cuyas reglas siempre conducen a perder); *del lenguaje personal* (cuyos términos no son los que se emplean con carácter general); *de la caja negra* (cuyos términos obedecen a claves o registros desconocidos); *de la cucaña* (cuyas premisas conducen a procesos causales inseguros o dudosos); *de la ilusión* (cuyas premisas obedecen a percepciones ilusorias); *de la paradoja del sorites* / “montón” (cuyas premisas consisten en formulaciones cuantitativas crecientes o menguantes que conducen al absurdo); *de la cuestión abierta* (cuyas premisas dependen de la variable definición de un concepto); *del caso paradigmático* (cuyas premisas se basan en un precedente significativo y de sentido común, pero que no es aplicable al caso); *del designio trascendental* (cuyas premisas se basan en una predeterminación religiosa); o *de la serie infinita* (cuyas premisas conducen a una serie sin fin o circular).⁴⁸

3/ Entre las *falacias informales* o de argumentación defectuosa, se encuentran, entre otros, los argumentos: *ad hominem* (que tratan de legitimarse mediante una атака personal al oponente); *ad populum* (que tratan de justificar algo en base al sentimiento popular); *ad misericordiam* (que tratan de apelar a la piedad o compasión), *de composición* (que extrapolan a un elemento una característica que solo conviene a otro); *de posteridad* (argumento *post hoc, ergo propter hoc*, para no probar la causalidad); *de secundum quid* (generalizar sin tener en cuenta excepciones y particularidades); *de consensus gentium* (basado en un presunto acuerdo tácito de la humanidad); *ad baculum* (si se apoya en la amenaza de un castigo ejemplificado en una vara); *de autoridad* (si se basa sólo en la opinión de alguien respetado); *ad verecundiam* (si se apela al respeto reverencial que merece algo o alguien); *ad ignorantiam* (si se basa en un conocimiento insuficiente); *de petición de principio* (si se da por resuelto lo que se trata de demostrar); *de captación* (si se pregunta algo cuya respuesta implica reconocerlo), o *de anfibología* (si se parte de términos susceptibles de varios significados).⁴⁹

4/ En otras palabras, la regla QPM no puede ser aplicada con éxito si, en su aplicación concreta, se traduce en una formulación que fracasa lingüísticamente como mero mensaje comunicacional por algún defecto léxico o gramatical; o, lo que es más profundo, si fracasa como argumento jurídico razonable, por adolecer de algún defecto de planteamiento o presentar rasgos falaces.

Además, la regla QPM puede fracasar en el fondo si no resiste la prueba sistémica de fondo, es decir, si se prueba que, del sistema en que se incardina su objeto, emanan condiciones que limitan o impiden su aplicación en el caso concreto de que se trate.

5/ En términos procesales, eso se traduce en que la regla QPM admite siempre prueba en contrario.

⁴⁸ Cfr. HONRERICH, Ted (ed.), *Enciclopedia Oxford de Filosofía*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, voz “falacia”.

⁴⁹ AUDI, Robert (ed.), *Diccionario Akal de Filosofía*, Ed. Akal, Madrid, 2004, voz “argumento”.

8. Funcionalidad.

Analizada la estructura lógica de la regla QPM, procede adentrarnos en su funcionalidad jurídica, la cual es *sistémica* (pues no puede desentenderse del sistema en que se engloba la realidad a la que trata de aplicarse) y *multinivel* (pues opera con diversa eficacia en diversos ámbitos jurídicos); aspectos ambos que determinan que dicha funcionalidad sea también *relativa* y *casuística* (pues, pese a su formulación de apariencia general, su virtualidad depende de las circunstancias de cada caso concreto).

A) Sistémica.

1/ La actividad competencial cuya dudosa o conflictiva atribución trata de resolver la regla QPM constituye el objeto de la misma; pero éste no sólo se muestra como el subyacente asunto controvertido (*thema*), pues forma parte de una realidad suprayacente (*systema*) que determina y condiciona su configuración interna y sus relaciones externas y, por tanto, la propia aplicación de la regla QPM.

2/ Esta remisión al sistema del objeto controvertido sitúa a la regla QPM en la óptica de la Sistemología estructural; una metodología, especialmente apta para la explicación de las Ciencias sociales, que, fruto de la convergencia entre la Teoría general de Sistemas y el Estructuralismo, concibe “el mundo” (esa alteridad que conforma el no-yo) como un acervo universal de realidades organizadas en *sistemas*; esto es, en unidades de intelección coherente que se caracterizan por las estructuras que las integran, así como por las relaciones que éstas mantienen entre sí y con los demás sistemas circundantes.

Aunque es real y se aprecia por medios tanto lógicos como experimentales, el concepto de sistema es, en sí, metafísico; y, por tanto, cabe debatir y es preciso discernir en qué sistema o sistemas se integran como estructuras los elementos (subjetivos, objetivos y formales) que configuran un caso concreto.

Tal discernimiento resulta especialmente relevante en Derecho porque las consecuencias jurídicas son distintas en función de si los elementos estructurales (sujetos, objetos, actos) de un caso concreto pertenecen o no a un determinado sistema o grupo de sistemas.⁵⁰

3/ En mi criterio, el funcionamiento de la regla QPM se comprende mejor en el marco de una intelección sistémica de la realidad. En efecto, todo ese *no-yo* que conforma “el mundo” no es un caos informe, como el *pángea* originario que describen las antiguas teogonías, sino un cosmos inteligible, regido en sus aspectos materiales por leyes físico-químicas y evolutivas que lo explican razonablemente en su configuración actual.⁵¹

Es cierto que el principio cuántico de indeterminación formulado por Heisenberg arroja una cierta incertidumbre sobre la estructura íntima de las partículas más elementales y también que la profundidad pluriforme de la conciencia humana no resulta explicable con las solas leyes naturales; pero no menos cierto es que los juristas

⁵⁰ FERRER, J. y RODRÍGUEZ, J, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

⁵¹ Cfr. ARANA CAÑEDO-ARGÜELLES, Juan (dir), *La cosmovisión de los grandes científicos*, Ed Tecnos, Madrid; publicados los vols. referidos a los siglos XVIII (2022), XIX (2021) y XX (2020).

no pretendemos dar una explicación absolutamente coherente e irrefutable del mundo y del ser humano, sino sólo facilitar pautas para una razonable y pacífica solución de los conflictos sociales.

Pues bien, desde esa humilde y pragmática perspectiva jurídica, la regla QPM es susceptible de prestar algún útil servicio, pero a condición de que se la reduzca a sus propios límites estructurales, todos ellos de carácter sistémico.

4/ Conviene, pues, comenzar reconociendo que la fuerza lógica (*vis convictiva*) de la regla QPM depende de los condicionantes y limitaciones que se deriven de un análisis de las distintas relaciones que, en cada caso, atañen a su objeto, las cuales pueden ser denominadas: i) *específicas*, que son las producidas entre la especie de mayor magnitud (*plus*) y la de menor (*minus*); ii) *genéricas*, que son las que tales especies mantienen con el mismo género (*ídem*) al que ambas pertenecen; iii) *intra-sistémicas*, que son las que dicho género común mantiene con otros del sistema en que se integra; y iv) *inter-sistémicas*, que son las que dicho sistema integrador mantiene con los demás que conforman el mundo.

5/ El carácter sistémico de la regla QPM resulta de que (al ser jurídica; estar construida como proposición comparativa de magnitudes; y no pretender tanto la enunciación de un criterio dogmático, abstracto y general, cuanto la resolución práctica de casos concretos de competencia dudosa o conflictual), su objeto (al que alude con la partícula “lo”), no debe ser entendido como un *catagorema*, esto es, como “un algo” simple (en su estructura interna), único (en su especie) e intransitivo (sin proyección externa) que deba ser inteligido aisladamente; sino como una constante lógica de tipo *sincategoremático*, es decir, en concreto, como una actividad competencial cuyas estructuras de composición (existencia, esencia, género y especie), magnitud (mayor o menor) y relación (interna y externa), así como los límites y condicionamientos que de ellas se derivan se explican desde el sistema que las alberga; por lo que debe ser entendido holísticamente.

Lo que pretendo significar, en suma, es que la regla QPM, al remitirse, principalmente por razón de sus elementos subjetivo y objetivo, a una realidad que está sistémicamente organizada, sólo puede resolver el problema competencial controvertido, en cuyo seno se alega, si hay consenso en cuanto al sistema en que tales elementos se incardinan y al modelo de relaciones que dicho sistema determina.

Esta sistematicidad inherente a todas las *regulae iuris* fue intuida por los comentaristas medievales y renacentistas del *ius commune* cuando (como se ha expuesto) entendieron que las *excepciones* no confirman las reglas generales (*generalia*), sino que definen sus límites estructurales; por lo que no pueden aplicarse apriorística sino prudencialmente y, siempre, *ad casum*.

La misma sistematicidad es la que ha llevado a la Lógica formal anglosajona a entender que una conclusión sólo es definitiva cuando es ATC (*all tinks considered*), es decir, cuando es holística por haber sido considerados todos los aspectos del problema.⁵²

⁵² AQVIST, L., “Prima facie oughtness vs. oughtness all things considered in deontic logic: a Chisholmian approach”, en EJERHED, E; LINDSTROM, S (eds.), *Logic, Action and Cognition. Essays in Philosophical Logic*, Ed. Springer, Dordrecht, 1997, págs. 89-97.

B) Multinivel.

Consecuencia de su sistematicidad es el carácter multinivel de la regla QPM, por el que la misma opera con distinta eficacia según las peculiaridades sistémicas del ámbito jurídico en que se trate de aplicar.

En efecto, los principios que rigen los distintos niveles del Derecho en los que o desde los cuales se puede plantear una controversia competencial (supranacional-interno; público-privado; escrito-no escrito; histórico-vigente; *de iure condito-de iure condendo*; axiológico-positivo; válido-eficaz, etc) hacen que la aplicación de la regla QPM no pueda desatenderlos.

En efecto, no es igual aplicar la regla QPM a un problema internacional sobre el ámbito de la soberanía de un Estado que a un problema sobre la interpretación de una cláusula testamentaria; lo mismo que difiere aplicarla a un conflicto competencial entre poderes constitucionales que a un debate sobre la competencia entre los funcionarios titulares de dos puestos de trabajo en un pequeño municipio o entre dos o más socios de una mediana empresa.

Y ello es así, no porque la dogmática institucional o la validez teórico- jurídica de la regla sea distinta en cada caso, sino porque su eficacia jurídico- práctica está en función de los principios inherentes al sistema y al nivel en que se plantee el caso al que la regla QPM trate de aplicarse.

De ahí que, para conocer en detalle cómo tales peculiaridades afectan a la aplicación de la regla QPM, sea preciso analizarlas desde la perspectiva de la praxis del Derecho, como se expone en la parte III.

C) Relativa y casuística.

Al ser sistémica y multinivel, la funcionalidad de la regla QPM es necesariamente relativa y casuística, porque está sujeta a los condicionantes derivados del sistema (p.e, urbanístico, hipotecario, sucesorio, tributario, etc.) en que se incardina el problema competencial que constituye su objeto; y éste, no sólo resulta afectado por los principios funcionales propios del ámbito jurídico en que se planea (nivel supraestatal o interno, constitucional, legal o, negocial, jurídico-público o de Derecho privado, etc.), sino también por las exigencias que se desprenden de las variadas circunstancias (personales, reales, formales, etc.) de cada caso concreto en que se trate de aplicar.

Al igual que no cambia la luz emitida por un foco, pero el objeto iluminado puede quedar total o parcialmente oscuro en función de sus circunstancias (colocación, obstáculos, naturaleza, propiedades, etc.) no es que cambie la regla aplicada, sino que su aplicación está en función de las características de su objeto en cada caso.

Por eso, la aplicabilidad de la regla QPM no es genérica, absoluta y abstracta, sino esencialmente relativa y casuística, lo que explica que, siendo una y la misma regla, sin embargo, en unos casos sea procedente aplicarla y en otros no, o sólo en parte o condicionalmente, como revela la abundante jurisprudencia que se expone a continuación.

II. PRÁCTICA JURÍDICA.

1. Ordenamientos externos.

A) Derecho internacional público.

1/ En general, la regla QPM tiene un limitado empleo para resolver conflictos competenciales de Derecho internacional público en que sean parte Estados u Organizaciones internacionales *de cooperación* interestatal, pues no puede ser aplicada en casos rigidos por normas de *ius cogens* o que correspondan al *domain reservé* de los Estados.

2/ En casos regulados por *Tratados*, priman también las normas convencionales, en aplicación de la Convención de Viena de 23-05-1969 sobre Derecho de los Tratados y del criterio *pacta sunt servanda*, máxime cuando las competencias suelen venir predeterminadas en ellos mediante el *sistema de lista* con cláusula *de residuo* (atribución a los Estados de toda competencia no listada).

3/ Respecto a los litigios reñidos ante **instancias internacionales** de justicia o arbitraje, la regla QPM sólo tiene un escaso valor argumentativo, pues la soberanía de los contendientes limita enérgicamente el ámbito de las potestades en liza y de la cognición de los juzgadores.

4/ En cuanto a las **Organizaciones internacionales de integración**, sus competencias suelen estar fijadas por el *sistema de fines* (por el que se entiende que las instancias supranacionales están habilitadas con todas las facultades precisas para lograr las finalidades a que han sido destinadas por los Tratados constitutivos); lo que teóricamente incentiva recurrir a la regla QPM para incrementarlas con *potestades implícitas*, es decir, que se entiendan tácitamente incluidas en los fines convencionalmente asignados a la Organización por su Derecho originario.

B) Derecho comunitario europeo.

Sin embargo, en la principal experiencia de integración supranacional, que es la UE, el *principio de subsidiariedad* (que, en base al art. 5.3 del TUE, reputa reservadas a los Estados miembros las competencias que puedan ejercer con más eficacia) limita la expansión del *sistema de fines* y de la teoría de *potestades implícitas* que conlleva y, con ella, la aplicación de la regla QPM en Derecho comunitario europeo.

C) Derecho canónico y otros ordenamientos extra-estatales.

En los ordenamientos jurídicos supranacionales, pero extra-estatales y autopoéticos, como es el caso de los que emanan de las confesiones religiosas (el caso paradigmático es el Derecho canónico) o de algunas ONGs (el caso más conocidos es el Derecho del Comité Olímpico Internacional), hay que distinguir: i) por un lado, su funcionamiento *in abstracto*, es decir, desde la visión que cada uno de ellos tiene de sí mismo como regulador de la comunidad (religiosa, deportiva, etc.) a la que afecta; y ii) por otro, su funcionamiento *in concreto* en cada Estado, pues el ámbito de admisión que tales ordenamientos tienen en el Derecho interno de cada Estado depende del grado de reconocimiento que éste les depare en sus normas constitucionales o en leyes que, como las de libertad religiosa, podemos denominar “de reserva autonómica”, en cuanto que fija las materias que tales ordenamientos extra-estatales pueden y no pueden regular.

De ahí que la aplicación de la regla QPM dependa: en abstracto, de las propias concepciones jurídicas de cada ordenamiento autopoyético; y, en concreto, de las normas estatales de reserva autonómica.

Así, por ejemplo, los conceptos abstractos del **Derecho Canónico** (paradigma del *Kirchenrecht* o Derecho propio de la Iglesia) pueden quedar constreñidos por las exigencias derivadas del **Derecho eclesiástico** de cada Estado (que es *Staatskirchenrecht* o Derecho del Estado sobre la Iglesia); de ahí que estos ordenamientos extra-estatales tiendan a soluciones convencionales, como las que determina el llamado **Derecho externo** (aquella parte, del Derecho Canónico o del Eclesiástico del Estado, que tiene por objeto los acuerdos, convenios o concordatos concluidos entre el Estado y las Iglesias o confesiones religiosas).

Esta consecuencia sistémica determina que ahora no sea posible un análisis, de Derecho comparado, tan pormenorizado de la aplicabilidad de regla la QPM en cada uno de estos ordenamientos y perspectivas.

D) Derecho internacional privado.

Por lo que hace a los conflictos de Derecho internacional privado (sobre relaciones jurídicas litigiosas que presenten algún elemento de extranjería), la determinación del ordenamiento aplicable (por el que se ha de fijar y regir la jurisdicción, la competencia, el procedimiento y el fondo del asunto) se produce, merced a diversos *puntos de conexión*, mediante las *normas de conflicto* del Estado del foro, salvo que éste las haya desplazado por normas de Derecho convencional (al suscribir Tratados internacionales, bi o multilaterales) o de Derecho derivado (al adherirse a instituciones supranacionales de integración, como la UE); por lo que la aplicabilidad de la regla QPM es muy escasa.

E) Derecho comparado.

En el nivel interno de los Estados, la regla QPM tiene una operatividad diferente, en primer lugar, según el modelo jurídico a que cada uno pertenezca en una perspectiva de Derecho Comparado; pues no es la misma en los que siguen el modelo anglosajón (primacía de la jurisprudencia y del *commom law* sobre la legislación y el *statute law*) o el euro-continental (división de poderes con primacía de la ley y neta distinción entre normas de Derecho privado y público): por no hablar de los modelos ajenos a la tradición jurídica europea (la romano-germánica y canónica del Derecho común y la anglo-francesa del moderno constitucionalismo), como son los de base religiosa o tradicional (Derecho islámico, hindú, etc.), que exceden nuestro propósito; por lo que, en lo sucesivo y como paradigma de los ordenamientos internos, sólo se alude al modelo español, donde es forzoso distinguir entre el Derecho privado y el público para calibrar la aplicabilidad de la regla QPM.

2. Ordenamientos internos.

A) Derecho privado.

1/ Una primera limitación sistémica a la aplicación de la regla QPM es la primacía del *principio de libertad* (por el que está permitido todo lo que no esté expresamente prohibido), el cual derivaría del mismo origen contractual de la sociedad, pues los ciudadanos, en la concepción roussoniana, no habrían cedido a los poderes

públicos, sino que se habrían reservado, todo el contenido de los derechos fundamentales, resumido en los de libertad y propiedad.

Pese a su carácter metafísico, el *contrato social*, que no es de oposición (*vertrag*) sino de convergencia (*vereinbarung*) de intereses, explica el origen social del poder político, que es la base de la democracia; además, por lo que ahora nos interesa, revela la centralidad del *principio de libertad*, que sigue siendo esencial para entender el Derecho privado, con sus secuelas de libertad contractual, autonomía de la voluntad, libertad de empresa o las libertades de testar y fundar, entre otras.

2/ La técnica de habilitación (otorgamiento de posiciones jurídicas de poder, como son las potestades, los derechos y las facultades) más propia del Derecho privado es la investidura mediante normas (legales y, sobre todo negociales) permisivas (autorizantes de cierto modo de ejercer una posición jurídica que ya se ostentaba) o concesivas (conferentes de posiciones jurídicas que no se ostentaban), pues ambas ensanchan la esfera jurídica del destinatario, en línea con el *principio de libertad* que le es consustancial.

En este ámbito de normas jurídico-privadas, surgió históricamente la regla QPM y es donde sigue teniendo más operatividad habilitante; ello es debido a que facilita la expansión del principio de libertad civil y mercantil, al generar un efecto extensivo de la potestad privada que ha sido reconocida o conferida en un grado de magnitud mayor.

3/ Esto explica la multitud de ejemplos, reglas o aplicaciones derivadas de la regla QPM en Derecho privado, desde la antes analizada afirmación centunviral, formulada en la *causa Curiana*, de que “la sustitución vulgar va ínsita en la pupilar”, una vez presupuesto que “quien puede instituir también puede sustituir” (cfr. arts. 774 y ss. Cc); hasta la de que “quien puede donar (que es lo más, porque es un negocio gratuito), con más razón “puede vender” (que es lo menos porque es un negocio oneroso); o las de que “quien puede enajenar, puede también hipotecar” (pues es de esencia a la hipoteca poder enajenar lo hipotecado, caso de impago de la deuda que garantiza, cfr. arts. 129 y cc. LH); o que “quien puede instituir heredero pura y simplemente, también puede gravarle con condiciones o legados” (cfr. arts. 858 y cc Cc).

4/ La presencia de la regla QPM en la jurisprudencia civil española (que he repasado desde 1978, incluyendo la Sala 1ª del TS y las Salas civiles de los TSJ y AP) es significativa pues son centenares las SS que la citan (me remito al elenco de las citadas al tratar de la variedad de denominaciones).

Sin embargo (salvo en materia de sucesiones nobiliarias irregulares) confieso no haber localizado ninguna (no descarto que las haya) en que dicha regla constituya la *ratio decidendi* del fallo.

Como más explícitas, destacan las afirmaciones siguientes: i) quien puede abrir un hueco en pared común también puede abrirlo en una pared propia contigua (cfr. STS 1ª 30-10-1983/RJ 1983/5847); o ii) el árbitro que puede dictar un laudo condenando sin más, puede también condicionarlo en cuanto a tiempo o modo (STSª 29-11-1979/RJ 1979/3858).

Por lo general, la cita de la regla QPM consiste en meros *obiter dicta* que, para apoyar o rechazar una argumentación, se limitan a anteponer a la cita de la regla QPM

expresiones deductivas (como “teniendo en cuenta que”; “ya que”; “pues”; “puesto que”; “porque”; “es cierto que”; “atendiendo a que”; “toda vez que”; “considerando que”; “sabido es que”; “es obvio que”; “ciertamente”; “es decir”); o, simplemente, a citarla entre paréntesis.

5/ El campo jurídico-privado con mayor incidencia de la regla QPM es, sin duda, el **Derecho (civil y mercantil) de obligaciones y contratos** y, en menor medida, el **Derecho de cosas** y el **Derecho de sucesiones**.

En el ámbito del **Derecho de la persona y la familia**, entiendo que la regla QPM tiene un juego más limitado debido a la prevalencia de los principios de orden público como el interés superior del menor o de la persona con discapacidad.⁵³

La razón de ello estriba en que las normas imperativas y prohibitivas son excepcionales en Derecho privado pues restringen la esfera jurídica de los destinatarios para preservar valores que, por afectar a los demás o al orden público, son socialmente superiores al de libertad individual; de ahí que este tipo de normas sean de interpretación estricta o restrictiva y no sean susceptibles de aplicación analógica (cfr. art. 4.2 Cc) y, en consecuencia, tampoco sean el campo adecuado para la aplicación de la regla QPM.⁵⁴

6/ Como se ha adelantado, merece una mención especial el **Derecho nobiliario** (en parte privado y en parte público) donde la regla QPM ha sido empleada como *ratio decidendi* en varias Sentencias relativas a sucesiones irregulares de títulos nobiliarios; en las que se reitera la doctrina de que quien puede crear un título, con más razón puede determinar su orden sucesorio (cfr. SS. 1ª 28-11-1981/RJ 1981/4676; 03-10-1980/ RJ 1980/3611; 11-05-2000/RJ 2000/3408, entre otras).

Pero no me parece una excepción significativa porque el Derecho nobiliario conforma un estatuto de *ius singulare* (la sucesión nobiliaria es excepcional y no se rige por las normas civiles ordinarias) que parte de la irrestricta prerrogativa regia de ennoblecer, ínsita en el más amplio *ius honorandi* que, al titular de la Corona, confiere el art. 62-f) *in fine* CE, sin limitaciones expresas en cuanto a los títulos creacionales y sin necesidad de sujetarse al orden sucesorio tradicional del fuero nobiliario español contenido en nuestra legislación histórica (*Partidas*; *Novísima Recopilación*) y en la vigente normativa nobiliaria posterior.

B) Derecho público.

El panorama que la operatividad de la regla QPM presenta en Derecho interno público es mucho más limitado pues, a diferencia del Derecho privado (que se fundamenta en el *principio de libertad*, por el que está permitido a los ciudadanos todo lo que no les esté expresamente prohibido), el Derecho público se basa en el *principio de legalidad* (por el que está prohibido a los poderes públicos todo lo que no esté expresamente permitido); y, por tanto, las técnicas habilitantes de competencias implícitas a dichos poderes públicos (entre las que se encuentra la regla QPM) han de ser contempladas con suma cautela, hasta el punto de que procede interpretarlas estricta

⁵³ Cfr. p.e, SAP Castellón de 27-04-15/ TOL 5008.155, que aduce la regla QPM para reconocer una guardia y custodia compartida (que es lo menos) a quien podía ejercerla sin compartir (que es lo más).

⁵⁴ Así, p.e, La STS 1ª, de 14-05-1999/TOL 23535, rechaza aplicar la regla QPM en un caso de renuncia de la garantía mayor en un contrato de seguro, aunque la garantía menor era suficiente para cubrir el riesgo; pues lo impide la tipicidad de los riesgos y las garantías en la contratación mercantil de seguros.

o restrictivamente, limitarlas enérgicamente o incluso impedir por completo su aplicabilidad en casos concretos.⁵⁵

3. Principales ramas jurídico-públicas.

A) Derecho constitucional.

1/ En Derecho constitucional, la interpretación suprema de la CE está reservada al TC (art. 1.1 LOTC), el cual no acude a la aplicación de reglas jurídicas que no se desprendan directamente del texto de las disposiciones integradas en el bloque de la constitucionalidad (art. 27 LOTC) y que puedan suponer la aplicación de un Derecho más alto (*higher law*).

2/ Así, en aplicación de los *derechos fundamentales*, se ciñe a los criterios exegéticos a que alude el art. 10.2 CE que se remite básicamente a la Declaración universal de derechos humanos en la que no encuentra acogida una mera técnica argumental como es la regla QPM, por más que el *favor iuris* de que gozan los derechos fundamentales (cfr. art. 53.1 CE) pueda producir un efecto expansivo similar.

3/ En cuanto a los *conflictos competenciales* (sean entre poderes; entre el Gobierno central y las CCAA; o de éstas entre sí), deben ser resueltos en aplicación de los listados de competencias que se recogen en el bloque de la constitucionalidad (a estos efectos, integrado por la CE y los EEAA), sobre los que ha recaído una amplia doctrina del TC, en la que no tiene cabida una aplicación directa de la regla QPM, pues la distribución competencial obedece a criterios constitucionales específicos que la desplazan y que, en conjunto, delimitan el principio constitucional de competencia, según ésta sea exclusiva, compartida o de mera ejecución.

Todo ello, sin perjuicio de que el criterio QPM pueda ser alegado en los procesos constitucionales para apoyar una interpretación extensiva de ciertos conceptos, materias o títulos competenciales (es lo que el reciente EAC ha tratado de “blindar” con las conocidas cláusulas de inclusión o “que en todo caso incluye”); pero siempre con sujeción a la suprema interpretación que, en definitiva, pueda dictar el TC.

Esta es la tendencia del Derecho Comparado, pues el TS norteamericano⁵⁶ ha rechazado aplicar la regla QPM en la *S. Liquormart, Inc. vs Rhode Island*.⁵⁷

⁵⁵ Así, la STS 3ª de 26-03-07/TOL 1.060.368 rechaza aplicar la regla QPM cuando el asunto se resuelve aplicando simplemente la presunción de legalidad del acto administrativo.

⁵⁶ Cfr. TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2ª ed. The Foundation Press, New York, 1988, págs. 890-904, nota 84, pág. 903.

⁵⁷ Se trataba de la prohibición estatal de un anuncio en un periódico donde se informaba de los bajos precios de las bebidas alcohólicas en un negocio. La Sentencia entiende que la regla QPM es incompatible con la primera enmienda (libertad de expresión) porque: i) "prohibir un discurso puede ser mucho más nocivo que prohibir una conducta"; ii) las prohibiciones de los anuncios comerciales no sólo dificultan las decisiones de los consumidores sino que también impiden el debate acerca de cuestiones fundamentales de política pública; y iii) prohibir el anuncio de los precios de las bebidas alcohólicas no es una medida adecuada para la consecución del interés gubernamental en promover el consumo moderado. Además, varios votos particulares añaden que la regla QPM (alegada por el Estado y que, en el caso, implicaba que, si los empresarios aceptan que el Estado regule las actividades comerciales, con mayor razón deben admitir la reglamentación de la publicidad sobre estas actividades) debe ser rechazada también porque se asemeja a la regla QSC (*qui sentit commodum, et sentit debet incommodum*) (que obliga a “tomar lo amargo con lo dulce” o “estar a duras y maduras”); es decir, en el caso, que los empresarios no pueden tomar lo beneficioso de una regulación e

B) Derecho penal.

Es paradigmático el ámbito del Derecho Penal, donde (debido a la absoluta primacía del *principio de legalidad*) los arts. 4.2 Cc y 4.1 CP prohíben la analogía y la aplicación de la ley a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas; de ahí que la aplicación de la regla QPM en estos ámbitos se limite a casos en que opera *pro reo*, como los de absorción de la pena menor en la mayor (arts. 8.3 y 8.4 CP).

C) Derecho tributario.

1/ El Derecho tributario fue asimilado por los comentaristas del *utrumque ius* al Derecho penal al acuñar criterios de interpretación restrictiva como *in dubio contra Fiscum* (reverso del criterio *in dubio pro contribuyente*) que impidían la invocación por la Hacienda pública de la regla QPM.⁵⁸

2/ Para evitar que esta tradición se convirtiera en una actitud contraria a los valores constitucionales a que debe responder el Derecho financiero en el Estado social de Derecho, el art. 12 LGT (en su actual redacción) impone una aplicación e interpretación estricta (no extensiva pero tampoco restrictiva) de las normas tributarias.

3/ Pero, la esencialidad del *principio de legalidad* en Derecho tributario determina que el art. 14 LGT siga prohibiendo la analogía en materia tributaria, lo que, a mi juicio, sigue también impidiendo la invocación de la regla QPM por las Administraciones tributarias como técnica de habilitación competencial,⁵⁹ especialmente si se trata de dirimir conflictos entre jurisdicciones fiscales, que se rigen por criterios constitucionales de reparto de competencias entre la Hacienda general y las Haciendas forales, autonómicas o locales.⁶⁰

ignorar lo perjudicial de la misma); la cual (pese a sucesivos votos particulares del juez Rehnquist) ha sido reiteradamente rechazada por el TS. Cfr. GARCÍA GUERRERO, José Luis (coord.), *La publicidad, fundamentos y límites constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁵⁸ La *réglula contra Fiscum* procede de un fragmento de Modestino recogido en Dg . 49.14.10 y fue muy comentada por Bártolo, Baldo, Cuyacio, Antonio Agustín, Diego de Covarrubias y otros muchos, entre los que destacaron Turaminius y Alciato. Cfr. BLANCH, Juan Manuel, “Observaciones en torno a la formación histórica de la regla ‘in dubio contra fiscum’ (pro fisco) y a la recta interpretación de Mod. I. *Sing. de praescript.* Dg. 49.14.10”, en *RGDR*, 26, 2016, págs. 1-32. Para una visión general, cfr. AGUDO RUIZ, Alfonso, *Estudios de Derecho fiscal romano*, Ed Dyckinson, Madrid, 2016.

⁵⁹ Sin embargo, como excepciones que aplican la regla QPM en contra del contribuyente (aunque, en el fondo, lo que sucede es que aplican otros principios jurídicos aparentemente conexos a ella, pero diferentes), cabe citar: i) una S. TSJVal. CA, de 31-07-15/ Res 839.2015 admite que la Inspección aduanera pueda instruir un procedimiento (que es lo más) cuando sólo estaba facultada para requerir información para instruirlo (que es lo menos); ii) varias SS TSJAnd CA (p.e, de 10-04-08/TOL 1471.805, y de 15-05-08/TOL 1469.147, entre otras muchas) que consideran que, al formar el Catastro (según la STC de 16-12-99) parte de la *Hacienda general* (que es lo más), la DG del Catastro puede aprobar las ponencias de valores catastrales (que es lo menos); y iii) la STS 3ª de 19-06-04/TOL 1602.483 que estima que un poder para firmar actas de conformidad (que es lo más), es bastante para firmar las de inspección (que es lo menos).

⁶⁰ Cfr. al respecto ORÓN MORATAL, Germán, *Poder tributario y competencia fiscal: en especial el caso de La Rioja*, Ed. IER, Logroño, 2003.

4/ Sin embargo, los contribuyentes, pueden invocar la regla QPM como argumento en el marco de su derecho a presentar alegaciones *ex art. 34-l LGT*,⁶¹ y también puede hacerlo la Hacienda pública si ello beneficia al contribuyente.⁶²

D) Derecho laboral.

En Derecho laboral, por supuesto, la regla QPM no puede excepcionar la aplicación de las normas de *ius cogens*; por lo que su aplicación se limita a los casos en que alega *pro operario* o va ínsita en principios legales de igual finalidad, como los de norma mínima, condición más favorable e irrenunciabilidad de derechos (arts. 3.3 y 3.5 ET).⁶³

E) Derecho procesal.

1/ El Derecho procesal, es campo poco propicio para aplicar la regla QPM, especialmente cuando sus normas se inspiran el *principio inquisitivo* (como sucede en el *Derecho procesal penal*) o en criterios de orden público e indisponibles (como suele suceder en *Derecho procesal contencioso-administrativo, laboral y comunitario-europeo*),⁶⁴ sin perjuicio de que pueda ser alegada en ámbitos en que opere el *principio dispositivo* (más propio del *Derecho procesal civil*) que permiten cierto juego a la autonomía de la voluntad de los litigantes, en el marco de instituciones procesales de aspecto negocial.⁶⁵ También el antiformalista criterio procesal *pro actione* puede incentivar el empleo de la regla QPM,⁶⁶ como el criterio de salvaguarda de las potestades del juzgador puede llevar a desecharla.⁶⁷

⁶¹ Así, p.e. cabe alegar que, si se permite regularizar su situación fiscal a un infractor principal, con más razón ha de permitirse a un mero participante; en este sentido (aunque desde una perspectiva penal), cfr. IGLESIAS RIO, Miguel Ángel, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la "auto-denuncia"*, art. 305.4 CP), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

⁶² Así, la CV 1675/18, de la DGT del MH/ TOL 7160.570 aplica la regla QPM para considerar que, si está exenta del IAJD una constitución de hipoteca (que es lo más), también ha de estarlo la mera ampliación de hipoteca (que es lo menos).

⁶³ Así, una STS, 4ª, de 24-09-2015/ ECLI-ES:TS:2015:4150), aplica la regla QPM a la negociación colectiva, entendiendo que quien está facultado para negociar un convenio colectivo (en el caso, un Comité inter-centros), también puede pactar una modificación parcial del mismo. Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco y GOERLICH PESET, José María (coords.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁶⁴ Cfr, p.e. STS 3ª de 30-06-06 /TOL 967.604 que rechaza aplicar la regla QPM en un proceso contencioso-administrativo en que, pudiendo pedir una anulación (que es lo más), sólo se pedía una retroacción de actuaciones (que es lo menos), pues ésta alargaría el proceso en perjuicio del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva.

⁶⁵ Cfr. STS de 27-05-20/TOL7.966.301 que entiende que quien puede demandar (que es lo más) puede desistir (que es lo menos).

⁶⁶ Cfr, p.e. la S TSJ Mad. De 18-01-13/TOL 3.296.940 que lo aplica en la interpretación extensiva de las facultades de un poder representativo.

⁶⁷ Así, la S TSJ-CL CA-Burgos de 18/09/2020/ TOL 8.165.694, rechaza la regla QPM cuando, de entender que un Consejo de administración que podía elegir a un candidato (que es lo más), también podía desechar una terna o a alguno de los candidatos (que es lo menos), se seguiría convertir a dicho Consejo en órgano de control del Tribunal sentenciador, en lesión de la reserva constitucional de jurisdicción.

Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la operatividad que la regla QPM pueda tener como argumento aducible en la cuestión de fondo debatida en el proceso.

2/ En el llamado *Derecho procesal orgánico* (de la organización judicial), también se ha alegado la regla QPM para justificar medidas de política legislativa en materia de reforma de la competencia objetiva de Juzgados y Tribunales⁶⁸ o para resolver alguna cuestión competencial.⁶⁹

4. En especial, el Derecho administrativo.

A) La colisión de la regla QPM con el principio de legalidad.

1/ En Derecho administrativo, entiendo que la aplicación de la regla QPM es también muy limitada a causa de la garantía constitucional del *principio de legalidad* (art. 9.3 CE), que determina el pleno sometimiento de todas las Administraciones públicas al Derecho (art. 103-1 CE).⁷⁰

2/ Repárese en que la finalidad de la regla QPM es habilitante de una competencia controvertida; pero, en Derecho Administrativo, toda habilitación procede de la legislación (que inviste a una Administración pública con las potestades precisas para una actuación), de suerte que es dicha legislación (esto es, por antonomasia, “la ley y sólo la ley”) el único título de investidura competencial para los poderes públicos; pues éstos, a diferencia de las personas (físicas y jurídicas) de Derecho privado, no tienen una “capacidad de obrar” (general o especial) que deba ser interpretada extensivamente (como exige el principio de libertad); sino que su “capacidad de obrar” coincide exactamente con el conjunto de facultades que la legislación les confiere; y no puede ir más allá.

3/ En este planteamiento general, la regla QPM, aunque pueda alegarse como un argumento, no resulta contundente ya que puede ser refutada con el contra-argumento de exclusión (*inclusio unius, exclusio alterius*) por el que se entiende que las facultades conferidas son precisamente las que recoge el precepto legal habilitante de que se trate y no otras a las que se pudiera llegar mediante una aplicación analógica o una interpretación extensiva de dicho precepto.

4/ Como subraya T. Rendón aplicando al Derecho público una idea del sistemólogo social Niklas Luhman,⁷¹ el efecto expansivo de las competencias que conlleva la aplicación de la regla QPM colisiona y es incompatible, en un *ius strictum* como es el Derecho Administrativo, con el *principio de legalidad* (que conlleva una

⁶⁸ Cfr. p.e., la Circular 3/1995, de 27 de diciembre, de la FGE /TOL 119.333, que aduce la regla QPM para justificar la reforma consistente en atribuir a los Juzgados de lo Penal tanto la instrucción de causas por delito, como por las extintas faltas, que estaba antes atribuida a órganos judiciales de nivel inferior.

⁶⁹ Cfr. p.e., STS, 2ª, de 04-07-13/Res 594.2013 para delimitar las competencias entre AP y Juzgados de Instrucción.

⁷⁰ En el mismo sentido, cfr. RENDÓN HUERTA, Teresita, “Capítulo XVI, Colisión del principio de legalidad con el principio *qui potest plus, potest minus*, en el Derecho Administrativo”, en VV.AA, BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, et al. (coords.), *Homenaje de AIDA al Profesor D. Jesús González Pérez*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 331-348.

⁷¹ El funcionario, filósofo y sociólogo alemán Niklas Luhmann, fallecido en noviembre de 1998, es considerado el padre de la Teoría General de Sistemas aplicada a las Ciencias Sociales; sobre su significación, cfr. mi artículo *Adios a Niklas Luhmann*, en Diario “La Rioja”, Logroño, de 30 de diciembre de 1998.

definición precisa y excluyente de las competencias); y esa colisión de criterios debe ser resuelta haciendo prevalecer al *principio de legalidad* y desplazando la aplicación de la regla QPM, porque así lo exige la primacía de la CE y la lógica del sistema jurídico (en este caso, administrativo) en que ambos pretenden operar.

Niklas Luhman⁷² se refiere a esta problemática cuando sostiene que la aplicación de las normas y los conflictos que pudiera generar, se resuelven desde el sistema jurídico en que operan; es decir, las respuestas están dentro del Derecho y no fuera (descartando otro tipo de perspectivas, como son las morales, ideológicas o religiosas).

Ello es así porque, en la visión de N. Luhman, el sistema jurídico es *autopoyético*, esto es, se remite, en todo lo que afirma, a sí mismo; y la interdisciplinariedad, o los valores morales de la sociedad, sólo sirven para fundamentar una decisión, pero empiezan y terminan en el Derecho.

Por eso, la colisión de principios debe ser resuelta dentro del propio sistema jurídico para así lograr la respuesta más coherente y sencilla en relación con el concepto, también sistémico, del Estado democrático en que el Derecho Administrativo se enmarca; lo que, en el caso que nos ocupa, determina la prevalencia del *principio de legalidad* y el desplazamiento de la regla QPM.

5/ Ahora bien, este planteamiento general debe, a mi juicio, ser matizado en función de los subsistemas que conforman los diversos sectores de la acción administrativa (como agricultura, patrimonio, urbanismo, función pública, sanidad, etc.); y también en función del tipo de actividad administrativa (de intervención, de fomento o servicial) de que se trate.

En efecto, tal variedad de sectores y actividades se produce porque versan sobre muy distintas afectaciones del interés general (por ejemplo, si concurren o no factores como orden público, derechos fundamentales, posiciones de especial protección, necesidad de defensa de la apariencia jurídica o de los derechos de terceros, entre otras muchas), que permiten, en algunos casos, argumentar con la regla QPM, aunque (en la mayor parte de los supuestos) el principio de legalidad obliga a modular o limitar los efectos de la regla QPM e incluso, en muchos de ellos, a inaplicarla.

Llevando al extremo esta prevención, puede afirmarse que la regla QPM ha de tener una aplicación exclusivamente argumentativa (además de muy prudente, casuística y prácticamente excepcional) en Derecho Administrativo,⁷³ con la importante consecuencia de que será difícil extraer precedentes generalizables de la aplicación doctrinal, consultiva o jurisprudencial de la misma.

6/ Por mi parte, sin ánimo exhaustivo alguno, he repasado la jurisprudencia contencioso-administrativa del TS desde 1978 hasta la actualidad y, al igual que en el caso de la jurisprudencia civil, la regla QPM es citada como *obiter dictum* en múltiples

⁷² Cfr. LUHMAN, Niklas, “La clausura operativa del sistema del derecho (VIII-IX)”, en VV.AA, *El Derecho de la Sociedad*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 2002, págs. 153-154.

⁷³ Por supuesto, como afirma la STS 3ª de 03-12-13/TOL 4.062.329, el carácter argumental de la regla QPM conlleva que es carga de quien la alega probar su aplicación al caso concreto.

fallos⁷⁴ que suelen limitarse a recogerla como argumento aducido por las partes, pero que la Sala desecha en el caso concreto, a veces explicando la causa del descarte.⁷⁵

Seguidamente expongo los principales sectores de actividad administrativa que la jurisprudencia (que he podido localizar) ha contemplado para aplicar o desechar la regla QPM.

B) Las actuaciones administrativas de policía y fomento.

1/ En el subsistema de *interior*, la regla QPM ha sido acogida en favor del administrado en casos de permisos de residencia.⁷⁶

2/ Sin embargo, el subsistema de la policía sobre *títulos y competencias profesionales* no parece el más adecuado para la regla QPM, pues dichas competencias suelen estar contenidas en normas *stricti iuris* que se basan en otros criterios como el interés público o el nivel de titulación académica.⁷⁷

3/ Un subsistema administrativo en el que puede ser acogida la regla QPM es el *subvencional* (prototipo de la acción administrativa de fomento, donde prima la consideración de proteger los caudales públicos afectados) en base a que quien puede lo más (que es no conceder la subvención) puede lo menos (que es concederla bajo ciertas condiciones), si bien “la condicionalidad” dependerá de la forma en que esté formulada la normativa reguladora.⁷⁸

C) Las actuaciones administrativas de organización; incidencia de la regla QPM en la competencia de los órganos administrativos.

1/ También es apto para el acogimiento de la regla QPM el subsistema administrativo de la *organización* (cuyo carácter instrumental y doméstico *-in house-* incentiva las potestades discrecionales), en el que se encuadran las cuestiones sobre *competencia* de los órganos administrativos.

2/ En esta materia, por ejemplo, se ha afirmado que quien puede lo más (que es efectuar un nombramiento y revocarlo), puede también lo menos (que es designar

⁷⁴ Cfr. p.e, SS TS 3ª de 27-05-20/TOL 966.301; 27-04-18/TOL 6594.834; 25-06-14/TOL 4394.723; 20-06-14/TOL 4430.731; 03-03-14/TOL 4152.556; 03-12-13/TOL 4062.329; 27-10-11/TOL 2281.476; 20-02-13/TOL 3056.922; 19-06-09/TOL 1602.483; 30-03-11/TOL 2093.589; 30-01-08/TOL 1256.653; 19-01-04/TOL 340.485; 20-03-02/TOL 155.633; 11-05-98/TOL 36293; 11-05-98/TOL 1707690; 05-03-97/TOL 5145.443; 20-02-92/TOL 1682.189; 20-02-92/TOL 1676.878; 30-12-87/TOL 2328.258; 30-12-87/TOL 2344.068; 03-12-79/TOL 966.736; 20-11-64/TOL 4328.570; 27-05-20/TOL 7966.301; 27-04-18/TOL 6594.834; 28-02-17/TOL 5978.137; 16-02-17/TOL 973.121; o 13-11-07/TOL 1221.072, entre otras.

⁷⁵ Así, la STS 3ª de 25-06-14/TOL 4394.723 explica que no procede aplicar la regla QPM por ser distinto el objeto en los procesos de inconstitucionalidad que en los recursos contra reglamentos.

⁷⁶ Así una S. TSJNav, CA, de 27-07-21/ ECLI: ES-TSJNA-2021-19, acepta que quien puede solicitar la adquisición de la nacionalidad (que es lo más), puede también solicitar el permiso de residencia (que es lo menos).

⁷⁷ Cfr. STS 13-11-07/TOL 1221.072. Sin embargo, la STS 3ª de 26-11-98 /TOL 1.715.256 lo aplica a quien, pudiendo ejercer en un amplio territorio, decide limitar su ejercicio profesional a un territorio menor.

⁷⁸ Cfr. p.e, SS TS 3ª de 30-01-08/TOL 1256.653; y 19-01-04/TOL 340.485.

sustitutos),⁷⁹ se ha mantenido que una competencia del Alcalde haya sido ejercida por la Comisión permanente de la que dicho Alcalde forma parte,⁸⁰ o que la incompetencia de un órgano queda sanada por la intervención posterior de su superior jerárquico,⁸¹ pero son más las Sentencias que, en materia de distribución de competencias locales entre Alcalde, Pleno y otros órganos municipales, optan por una interpretación estricta de las leyes delimitadoras de las competencias y desechan la aplicación de la regla QPM.⁸²

En efecto, el *principio de irrenunciabilidad de la competencia* (art. 8.1 LSP¹⁵) es un valladar para una aplicación generalizada de la regla QPM,⁸³ pues sus alteraciones deben vehicularse a través de los mecanismos típicos, como la delegación (art. 9 LSP¹⁵), la avocación (art. 10 LSP¹⁵) o la encomienda de gestión (art. 11 LSP¹⁵), entre otros (arts. 12 a 14 LSP¹⁵).

3/ Por otro lado, existen casos en que la regla QPM se aplica para ratificar la competencia de un órgano nacional (que es lo más) sobre un territorio infra-nacional (que es lo menos), pero es una aplicación impropia ya que sólo se trata de una consecuencia necesaria de la competencia territorial objetiva del primero.⁸⁴

D) Las actuaciones administrativas en materia de contratación, patrimonio y urbanismo.

1/ La defensa del principio de libre e igual concurrencia de los licitadores puede excluir la aplicación de la regla QPM en el subsistema de la *contratación* administrativa,⁸⁵ pues no cabe afirmar que quien puede lo más (que es contratar o no),

⁷⁹ STS 3ª 11-05-98/TOL 36293. La referencia a un caso de sustitución (aquí, orgánica) recuerda al de la *causa Curiana* (allí, sucesoria).

⁸⁰ STS 3ª 03-12-79/TOL 966.736, aunque también puede ser entendido no como una aplicación de la regla QPM sino como un caso de aplicación de la *prueba de resistencia* y *conversión* del acto colegial, para excluir a todo el colegio menos al Alcalde y operar la conversión del acto colegial nulo en uno válido del Alcalde.

⁸¹ STS 3ª 20-11-64/TOL 4328.570, aunque puede ser entendido como un caso de avocación influido por la doctrina civil de la ratificación del mandato. Cfr. así D.71/08 del CCR. También se reconduce al criterio jerárquico la STSJ-CL, CA-Valladolid, de 13-09-12/TOL 2.653.814 al reconocer competencia al Departamento de grandes contribuyentes de la AEAT. Dicho criterio ya operaba en la STS de 20-11-64/TOL4.328.570.

⁸² Cfr. BOIX MAÑÓ, Patricia, "Competencia para la revisión de oficio en el ámbito de las entidades locales", en *RJCV*, 5, 2003, págs. 97-110, con cita de SSTS de 02-02-87/Ar. 2903, 25-01-84/Ar.156; STSJ And de 25-07-00/Ar.1830; STSJ Cat de 07-10-97/Ar. 239; y D. Consejo Estado 3363/98. Cfr. también, p.e, STS 3ª 27-04-18/TOL 6594.834; 28-02-17/TOL 5978.137; 16-02-17/TOL 973.121; o 13-11-07/TOL 1221.072.

⁸³ Cfr. DD. 10/06 y 71/08 del CCR. En el mismo sentido, cfr. RENDÓN HUERTA, Teresita, "Capítulo XVI, Colisión", *op.cit.*, apunta que "la relación del principio de legalidad (por el que) "el poder público únicamente puede lo que la ley le concede y el gobernado todo lo que ésta no le prohíbe", es incompatible con (la regla QPM), en el ámbito del Derecho Administrativo, específicamente si se aplica a la competencia... de los órganos de la Administración pública (que) es de estricto derecho (pues) se trata de una competencia acotada, graduada y regulada por normas de carácter público, que no puede ser prorrogada".

⁸⁴ Así, SSTS 3ª de 05-03-97/ TOL 5.145.443 y 05-03-97/TOL 192.864; en el mismo sentido, cfr. SAN, CA, de 21-05-03 /TOL 5.364.042.

⁸⁵ Dos SSTS 3ª, de 20-02-92/ TOL1.682.189 y 1.676.878, afirman que argumentar en el caso con la regla QPM "supone ignorar los fines que se persiguen por la legislación vigente al establecer las formalidades de la selección de contratistas por la Administración, mediante la que se trata de garantizar que la selección sea acorde con el fin público perseguido".

puede lo menos (que es contratar en turno restringido),⁸⁶ pero cabe que, si se ha podido elegir un procedimiento de adjudicación negociado (que es lo menos), se pueda optar por uno de libre concurrencia (que es lo más),⁸⁷ aunque se ha admitido en el caso de prerrogativas de la Administración contratante como son el desistimiento parcial (si se podía desistir de todo el contrato) o el rescate parcial (si se podía rescatar toda la concesión).⁸⁸

2/ Quizá por su cercanía a los planteamientos civiles o más bien por el criterio de defensa de la propiedad de la Administración pública, también se ha admitido el juego de la regla QPM en el subsistema del *patrimonio* administrativo, al afirmar que quien puede lo más (que es ceder gratuitamente) puede lo menos (que es ceder onerosamente).⁸⁹

3/ Del mismo modo, en el ámbito *urbanístico*, cabe entender, p.e, que, si se puede revocar totalmente una licencia, también se puede mantenerla con condiciones,⁹⁰ que, si se puede denegarla, también cabe conferirla de manera provisional⁹¹; o que, si se puede conferir a precario y revocar sin causa, también se puede conferir para usos compatibles.⁹²

III. CONCLUSIONES.

1. Sin ser una **definición**, cabe reiterar que, como señalé al comienzo, QPM (*quien puede lo más, puede lo menos*) puede ser descrita como la formulación (brevilocua, comparativa, preceptiva, lógica y clásica) de una regla (moral o jurídica) aplicable a la resolución de algunos conflictos (casos debatidos) competenciales (en que se dude sobre quién puede hacer qué), por la que, *prima facie*, toda persona (física o jurídica) a la que una norma (ética o jurídica, sea ésta última, legal, negocial o consuetudinaria) habilite para llevar a cabo, en un grado (cuantitativa o cualitativamente) superior, una actuación (positiva o negativa) sobre un asunto (calificable como un género susceptible de presentar diversas especies según su distinto grado de magnitud), ha de entenderse que también está habilitada, por la misma norma, para realizarla en un grado (cuantitativa o cualitativamente) inferior, pero sin perjuicio de las limitaciones que se deriven del sistema en que se integre el asunto al que se refiere, las cuales incluso pueden determinar la inoperancia práctica de la regla; por lo que, en suma, la regla QPM ha de entenderse siempre con la cláusula implícita de relatividad “según el caso”, que exige su carácter sistémico.

⁸⁶ Cfr. STS 3ª de 20-02-92/TOL 1682.189.

⁸⁷ Cfr S. TSJAst, CA, de 26-02-10/ TOL 850.823.

⁸⁸ Así, SS. del TSJCat, CA, de 25-07-12 y 30-03-06.

⁸⁹ STS 3ª de 05-03-1997/TOL 5145.443.

⁹⁰ Cfr. FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, *Derecho Urbanístico estatal y autonómico*. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

⁹¹ Cfr. S. TSJ Mad. de 12-07-05/ TOL705.413.

⁹² Cfr, STS de 20-03.02/TOL 155.633.

2. Los **antecedentes** de la regla QPM se remontan a la Retórica forense durante el periodo clásico del Derecho romano, como resulta de las referencias de Cicerón a la *causa Curiana*, del *fragmento labeoniano* (Dg. 32.29.1) y la *régula pauliana* (recogida en Dg 50.17.110.pr), aunque su actual formulación es canónica (CICn, *Liber Sextus*.5.12.53) y se debe a Dino de Mugello (*ca.* 1298).

3. La doctrina, académica, consultiva y jurisprudencial, estimándolas sinónimas, presenta una tal variedad de **denominaciones** para la regla QPM, que denota un desconocimiento de su naturaleza y funcionalidad jurídicas, por lo que deben desecharse todas las que aluden a *géneros* literarios *cortos* de tipo paremiológico-sapiencial, lúdico-jocoso, gnómico, moralizante, propagandístico o referencial; y acogerse sólo las de carácter preceptivo-jurídico.

Propongo optar por la clásica denominación de **regla jurídica** (preferible a la oscura de *brocardo*) ya que la misma no debe ser incluida entre los principios *fundamentales* de las instituciones (*ta protá*), y tampoco entre los principios *legales* (que se desprenden de textos normativos) o entre los *generales* del Derecho (pues no es fuente supletoria de tercer grado, ni tampoco informa el ordenamiento jurídico), pues se limita a expresar un criterio de Lógica formal, cuya fuerza argumental sirve para reforzar el razonamiento jurídico en algunos supuestos, quedando su eficacia reducida a la propia de los preceptos orientativos o los criterios de actuación y sin perjuicio siempre de las exigencias sistémicas derivadas de cada caso concreto, por lo que ha de ser siempre aplicada con suma cautela.

4. En cuanto a sus **presupuestos**, la regla QPM es gnoseológicamente sensata y se ajusta a la Epistemología jurídica donde se presenta como una proposición de carácter más bien *pre-contencioso* (en el doble sentido de pre-judicial y preventivo, pero que no impide su posterior invocación forense), cuyo perfil *competencial* (pretende solventar dudas competenciales sobre “quién puede hacer qué”) puede ser eventualmente *conflictual* (si el asunto a que se trata de aplicar deviene litigioso).

5. La fijación de la **naturaleza jurídica** de la regla QPM resulta de desechar (momento negativo) diversas hipótesis que se han apuntado doctrinalmente y acoger (momento positivo) la que parece más ajustada a su realidad jurídica.

Entre las propuestas que, a mi juicio, procede desechar, se encuentran las hipótesis de que la regla constituya: una *norma jurídica* (porque no descansa en una formulación de *potestas*, sino de mera *auctoritas*); un *criterio interpretativo* (porque no versa sobre la interpretación de ninguna norma); una forma de *analogía* (porque no implica una comparación *a simili* sobre una *eadem ratio*, sino una argumentación *a fortiori* sobre una *ratio* más enérgica); una presunción *iuris tantum* (porque su técnica de construcción argumental es mucho más compleja); o una ficción o presunción *iuris et de iure* (porque no encierra ninguna previa declaración legal de obligada observancia).

Por el contrario, estimo que procede acoger la idea de que la regla QPM consiste en un **argumento jurídico**, en el bien entendido de que es *epidíctico* (o sea, dialéctico y no meramente retórico), pero no *apodíctico* (irrefutable) y, menos aún, *apofántico* (expresivo de una verdad absoluta); por lo que, para resultar admisible, ha de superar las pruebas de *legitimación* (que acreditan, en cuanto a la forma, que el discurso jurídico en que inserta se ajusta a las exigencias heurísticas de la Lógica formal) y *sistematicidad* (que acreditan, en cuanto al fondo, que opera en línea con el sistema

al que pertenezca el asunto controvertido y respeta los condicionantes que de dicha pertenencia se deriven). Por lo que, en suma, la regla QPM está trascendida de *relatividad* y tiene una funcionalidad esencialmente *casuística*.

6. La **estructura** de la regla QPM es la propia de un argumento *a fortiori* directo (modalidad *a maiore ad minus*, “mucho más aún”) o inverso (modalidad *a minore ad maius*, “mucho menos aún”); aunque, por su carácter expansivo, no implica una argumentación *a contrario* (con efecto de exclusión) ni *ad absurdum* (con efecto de reducción); sino la de un planteamiento silogístico en *Bárbara* de la primera figura, enunciada sintéticamente (*entimema*).

Ahora bien, pese a su concisión, la regla QPM suele operar en el marco de una *meta-argumentación*, por lo que su proceso de validación lógica (mediante los precisados juicios de *legitimación* y *sistematicidad*) es compleja pero necesaria para que, en el caso concreto en que se trate de aplicar, proyecte un razonamiento *fuerte* (que sea un argumento contundente) y *bueno* (que sea un *buen* argumento).

Para ello, es preciso acudir a dos elementos estructurales: i) la *garantía* (la razón por la cual las premisas conducen a la conclusión, consistente en un *cur* “porque” explicativo de que tienen con ella un claro nexo de inferencia o deducción); y ii) el *respaldo* (la razón por la que dicha garantía es aplicable con carácter general, consistente en un “eso es así por”; y que suele ser una norma externa al razonamiento).

El último elemento estructural del razonamiento *a fortiori* ínsito en la regla QPM es la *conclusión*, que se caracteriza por producir, no un efecto *nomogenético* (una norma jurídica habilitante de una competencia) sino meramente *convictivo* (una convicción de que es razonable el efecto habilitante) y siempre sujeto a probanza en contrario, por lo que opera *prima facie* y está sujeto a ratificación probatoria.

7. La **funcionalidad** de la regla QPM es *sistémica* y *multinivel*; lo primero porque depende de los condicionantes que se deriven del sistema o sistemas en los que se incardine el asunto que tenga por objeto; lo segundo, porque depende de los principios que informen la rama del Derecho en cuyo marco se plantee aplicar la regla. En suma, la aplicabilidad eficaz de la regla QPM no es general y apriorística sino *relativa* y *casuística*.

8. La concreta **aplicación práctica** de la regla QPM ha de ser sumamente prudente y no olvidar el ámbito jurídico en que se trate de proyectar. La aplicabilidad de la regla es mayor en Derecho privado (al estar regido por el *principio de libertad* que permite a los ciudadanos hacer todo lo expresamente prohibido por la legislación) que en Derecho público (al estar regido por el *principio de legalidad* que prohíbe a las Administraciones públicas hacer todo lo que no les esté expresamente permitido por la legislación) y es intermedia en las ramas jurídicas que tienen aspectos en parte de uno y en parte de otro. Ello explica el amplio casuismo jurisprudencial que de la misma se expone en las distintas disciplinas.

En el ámbito jurídico **supranacional**, la regla QPM tiene limitado juego en Derecho de Tratados y Organizaciones internacionales de *cooperación*, al venir sus competencias regidas por el sistema de lista y reservarse el resto a la jurisdicción soberana de los Estado; a diferencia de las Organizaciones internacionales de *integración* donde prima el sistema competencial de *finés*; aunque, en el principal

ejemplo de integración supranacional que es el Derecho comunitario europeo, el *principio de subsidiariedad* limite mucho la aplicabilidad de la regla QPM.

En los Derechos **internos**, la aplicabilidad de la regla QPM depende del sistema jurídico en que se integren. En caso español (que pertenece, en Derecho **privado** al modelo latino y, en Derecho **público**, al modelo francés de Estado democrático de Derecho), la regla QPM resulta más aplicable en conflictos competenciales de carácter civil o mercantil (sobre todo, en materia de obligaciones y contratos, derechos reales y sucesiones), que en los jurídico-públicos (constitucionales, penales, laborales, procesales, administrativos o de Derecho de la persona y la familia) por el efecto desplazamiento que provoca el *principio de legalidad*.

9. La abogacía (en el foro) y la doctrina (académica y consultiva) cita con mucha frecuencia la regla QPM para emplearla como un **argumento** (sea de apoyo o de refutación). En la jurisprudencia (de todos los órdenes jurisdiccionales) la regla QPM es citada en cientos de sentencias, pero sólo como *obiter dictum* y para aceptar o rechazar, según los casos, la argumentación que implica. Como excepción, la regla QPM es aplicada como *ratio decidendi*, por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en materia de títulos nobiliarios, para admitir sucesiones irregulares (que no se sujetan al orden sucesorio regular del Derecho Nobiliario, sino a uno especial establecido por el acto regio de concesión de la merced); pero no es un precedente significativo, habida cuenta de la amplia discrecionalidad del constitucional *ius honorandi* regio.

10. En suma, la regla QPM no genera una norma jurídica provisional que sea desplazable por prueba en contrario, sino un buen argumento jurídico *ad casum*, para algunos asuntos competenciales conflictivos; pero que no es decisivo, puede ser refutado (mediante contra-argumentaciones y pruebas en contrario); y ha de ser limitado, o incluso rechazado por completo, en su eficacia, cuando ésta resulte incompatible con las exigencias derivadas del sistema en que se integre, tanto el asunto que tenga por objeto, como la normativa y principios jurídicos prevalentes que lo regulen.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*, CEC, Madrid, 1991; y, junto a otros autores, en *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fund. Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.

AGUDO RUIZ, Alfonso, *Estudios de Derecho fiscal romano*, Ed Dyckinson, Madrid, 2016.

ALBANESE, Umberto, *Il latino giuridico. Maxime, locuzioni e formule giuridiche latine. Traduzione, commento, fonti e riferimenti sistematici alla legislazione italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2005

ALCHOURRÓN, C., “Para una lógica de razones *prima facie*”, en VVAA, *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 129-139.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, 2ª ed, Madrid, 2008.

ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, Nicolás y SEDANO, Joaquín, *Derecho canónico e perspectiva histórica; fuentes, ciencia e instituciones*, Eunsa, Pamplona 2022.

AQVIST, L., “Prima facie oughtness vs. oughtness all things considered in deontic logic: a Chisholmian approach”, en EJERHED, E; LINDSTROM, S (eds.), *Logic, Action and Cognition. Essays in Philosophical Logic*, Ed. Springer, Dordrecht, 1997, págs. 89-97.

ARANA CAÑEDO-ARGÜELLES, Juan (dir), *La cosmovisión de los grandes científicos*, Ed Tecnos, Madrid; publicados los vols. referidos a los siglos XVIII (2022), XIX (2021) y XX (2020).

ARANA CAÑEDO-ARGUELLES, Juan, *¿Qué es la conciencia?*, Ed. Senderos, Sevilla, 2021.

ARANA CAÑEDO-ARGUELLES, Juan, “Ante los desafíos del posthumanismo y el transhumanismo”, *Nueva Revista de política, cultura y arte*, 162, 2017, 171-199.

ARIAS BONET, Juan Antonio, “Las ‘reglas de Derecho’ de la Séptima Partida”, en AHDE, 48, 1978, 165-191.

ASCHER, N., y BONEVAC, D., “Prima facie obligation”, en *Studia logica: An International Journal for Symbolic Logic*, vol. 57, núm 1, 1996, págs. 19-45.

ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ed. Ariel, Barcelona, 2006.

ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación” en ATIENZA, M. Y GARCÍA AMADO, J, *Un debate sobre la ponderación*, Ed. Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2012, págs. 9-38.

ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ed. Ariel, Barcelona, 2012.

ATWELL, J., “Ross and prima facie duties”, en *Ethics*, vol. 88, núm. 3, 1978, págs. 240-249.

AUDI, Robert (ed.), *Diccionario Akal de Filosofía*, Ed. Akal, Madrid, 2004, voz “argumento”.

AUSTIN, J, *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*, Ed. Paidós, Barcelona, 1982.

BACKHAUS, “In maiore minus est”, en *Zeitschrift der Savigny*, 100, 1983, págs. 136-184.

BALDO DE UBALDIS, *In Codicis libri Commentaria ... (in CJ 4.19.16. nota 12).*, apud *Iuntas Venetiis* (Giunta impresores venecianos), Venecia, 1599.

BARTOCETTI, Victorius, *De regulis Juris Canonici. Regularum in Libro VI.º Decretalium earumque praesertim cum Codice J. C. relationum brevis explanatio*, Ed. A. Belardetti, Roma, 1955.

BÁRTOLO DE SAXOFERRATO, *In primam Digesti Novi partem commentaria*, n. 21, en *Commentaria [Consilia quaestiones et Tractatus]... [III]. Commentaria in primam (secundam) Digesti novi partem...*, Lyon , 1550.

BÁRTOLO DE SAXOFERRATO, *Omnia quae extant opera, tomus secundus. In secundam Digesti Veteris partem, apud Iuntas Venetiis* (Giunta, impresores venecianos), Venecia, 1615.

BLANCH, Juan Manuel, “Observaciones en torno a la formación histórica de la regla ‘in dubio contra fiscum (pro fisco)’ y a la recta interpretación de Mod. I. Sing. de praescript. Dg. 49.14.10”, en *Revista General de Derecho Romano* 26, 2016, págs. 1-32.

BOIX MAÑÓ, Patricia, “Competencia para la revisión de oficio en el ámbito de las entidades locales”, en *RJCV*, 5, 2003, págs. 97-110.

BONO, José, *Historia del Derecho Notarial español*, Ed Junta de Decanos de los Colegios notariales de España, vol I.1 (único publicado), Madrid, 1979.

BOUVIER, H., “Deliberación y decisión. Los deberes *prima facie* según David Ross”, en *Revista brasileira de Filosofia*; vol. 234, 2010, págs. 37-53.

BRUMMER, J., “The structure of residual obligations”, en *Journal of SocialPhilosophy*, vol. 27, núm. 3, 1996, págs. 164-80.

CABRA APALATEGUI, J. M, “Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica”, en *AFD*, 33, 2017, págs. 37-62.

CHIASSONI, P. (2011): *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, trad. Maribel Narváz Mora y Pau Luque Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2011.

CORTINA, Adela, *Las raíces éticas de la democracia*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010.

D’ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, 9ª ed., Pamplona, 1997.

DAMASUS, Gulielmus, *Buchardica, sive regulae canonicae, elegante quadam ratione, apud G. Rovilium, Lugduni* (Lyón), 1565.

DANCY, J., “Una ética de los deberes *prima facie*” en SINGER, P. (ed.), *Compendio de Ética*, Ed. Alianza, Madrid, 2004, págs. 309-321.

DINO DE MUGELLO, *Muxellani, Dynus, Commentarius in regulas Iuris Pontificii. Adnotationibus jureconsultorum clarissimorum Nicolai Boërij, Francisci Cornelli et Gabrielis Sarainae, apud haeredes Iacobi Iuntae, Lugduni* (Lyón), 1561.

DOMINGO OSLÉ, Rafael (dir.), *Textos de Derecho romano*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.

DOMINGO OSLÉ, Rafael, *Teoría de la auctoritas*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1987.

DOMINGO OSLÉ, Rafael; RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, Beatriz, *Reglas jurídicas y aforismos*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000.

FALCHI, Gian Luigi, *Interpretazione 'tipica' nella 'causa curiana'*, Ed. Pontificia Universitas Lateranensis, Roma, 1982.

FALCÓN Y TELLA; MARÍA José, *El argumento analógico en el Derecho*, Ed Civitas, Madrid 1991.

FARREL, M., “Las obligaciones jurídicas como obligaciones *prima facie*”, en BULYGIN, E. *et al* (comp.), *El lenguaje del derecho, Homenaje a Genero R. Carrió*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, págs.131-55.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *Derecho Urbanístico estatal y autonómico*. Ed Tirant lo Blanc, Valencia, 2001.

FERRER, J. y RODRÍGUEZ, J., *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

GARCÍA AMADO, J. A, *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, Ed. Eolas, León, 2013.

GARCÍA FUEYO; Beatriz, “Anotaciones a la regula iuris ‘prior tempore potior iure’, de Roma a la jurisprudencia europea”, en LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, María Carmen (coord.), *Fundamentos romanísticos del Derecho europeo e iberoamericano*, Ed. Universidad de Oviedo-BOE, Oviedo, vol I, 2020.

GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

GARCÍA GUERRERO, José Luis (coord.) *La publicidad, fundamentos y límites constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2015.

GARCÍA YZAGUIRRE, José Víctor , “Antecedente de las normas y excepciones implícitas”, en *Diritto e Questioni Pubbliche*, 21, 2021, págs. 217-238.

GARCÍA YZAGUIRRE, José Víctor, “A primera vista; un análisis sobre las normas *prima facie*”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 25, 2022, pp. 31-85.

GARCÍA YZAGUIRRE, José Víctor, “La validez *prima facie* y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas”, en *Dikaion*, 21, 2, 2012, págs. 459-487.

GARCÍA YZAGUIRRE, José Víctor, “Normas derrotables como normas compuestas por condiciones contribuyentes”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2020, págs. 115-34.

GASCÓN ABELLÁN *et al*, *Argumentación Jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo español*, Eunsa, 2ª ed, , 3 vols, Pamplona, 1993-1995.

GRANADO HIJELMO, Ignacio “La Función consultiva en el Estado de Derecho”, Memoria de ingreso como Académico Correspondiente en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2020; que puede consultarse en <https://www.racmyp.es/docs>.

GRANADO HIJELMO, Ignacio, “La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos”, en *Dicrecionalidad administrativa y control judicial I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Ed Civitas, Madrid, 1996, págs. 123-193.

GRANADO HIJELMO, Ignacio, *Adios a Niklas Luhmann*, en Diario “*La Rioja*”, Logroño, de 30 de diciembre de 1998.

HONRERICH, Ted (ed.), *Enciclopedia Oxford de Filosofía*, Ed. Tecnos, Madrid 2001, voz “falacia”.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la "autodenuncia". art. 305.4 CP)*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2003.

IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Ed Ariel, Barcelona, 1979.

IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia, *Sobre las diversas reglas del Derecho antiguo (Digesto 50.17). Estudio introductorio, traducción, anotación e índices*, UNAM, México, 2005.

KALDE, Franz, *Diccionario enciclopédico de Derecho canónico*, ed. por St. Haering y H. Schmitz, trad. por R. H. Bernat, Barcelona 2008.

LUHMAN, Niklas, “La clausura operativa del sistema del Derecho (VIII-IX)”, en VV.AA, *El Derecho de la Sociedad*, U. Iberoamericana, México, 2002., págs. 153-154.

LUNA SERRANO, Agustín, *Las ficciones del Derecho*, Ed Dyckinson, Madrid, 2019.

MANASSERO, María de los Ángeles, *De la argumentación al Derecho razonable. Un estudio sobre Chaïm Perelman*, Ed. Eunsa, Pamplona, 2001.

MARRAUD, Hubert , “Argumentos a fortiori”, *Theoría*, 79, 2014, págs. 99-112.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, L, *Los dones del Espíritu Santo*, Ed. Rialp, Madrid, 2015.

MENTXAKA ELEXPE, Rosa, “Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria”, *AUFDUC*, 8, 2004, 530-625.

MIQUEL, J, *Historia del Derecho romano*, Ed. Signo, Esplugues de Llobregat, 1984.

MIQUEL, J, “Stoische Logik und römische Jurisprudez”, *Zeitschrift der Savigny*, 87, 1970.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, vol I, 2ª ed. Ed Iustel, Madrid, 2008.

NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario del latín jurídico. Vocablos, aforismos, reglas, brocardos y sinónimos latinos del lenguaje jurídico, con citas del derecho positivo relacionadas con ellos, de la Argentina, Brasil, España, Portugal y Uruguay*, Ed. Bosch, Barcelona 1999.

ORON MORATAL, Germán, *Poder tributario y competencia fiscal: en especial el caso de La Rioja*, IER, Logroño, 2003.

PERELMAN, Chaïm, *Lógica jurídica; nueva retórica* (1958), versión española, Ed. Gredos. Madrid, 1989.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación; la nueva retórica* (1976), versión española, Ed. Civitas, Madrid, 1980.

PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco y GOERLICH PESET, José María (coords.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

PÉREZ SIMEÓN, Maurici, “*Si quis pro centum ducenta per notam scripsisset*: La sanación de cláusulas testamentarias nulas a causa de la escritura por error de una cuota o de una cantidad mayor de la realmente deseada; contribución al estudio de un posible *ius controversum*”, en *RIDA*, 45, 1998, págs. 451-478.

PHILIPON, M, *Los dones del Espíritu Santo*. Ed. Palabra, Madrid, 1983.

POLO, Leonardo, *Curso de Teoría del Conocimiento*, 5 vols, Eunsa, Pamplona, 1984-1996.

REIFFENSTUEL, Anacleto, OFMC provinciae Babariae, *Ius Canonicum Universum*, tomus IV, *apud Antonium Bortoli Venetiis*, Venecia, 1726.

REINOSO-BARBERO, Fernando, “*Paroemia et regulae iuris romanorum*: Desde el *ius commune* a la jurisprudencia de la Unión Europea”, en *Glossae. European Journal of Legal History*, 13, 2016, págs. 590-62;

RENDÓN HUERTA, Teresita, “Capítulo XVI, Colisión del principio de legalidad con el principio *qui potest plus, potest minus*, en el Derecho Administrativo”, en VV.AA, BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, *et al.* (coords.), *Homenaje de AIDA al Profesor D. Jesús González Pérez*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 331-348

RODRÍGUEZ, B, *Metodología jurídica*, Ed. Oxford Univ. Press, México, 7ª ed, 2006.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J, “Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)”, en *AFD*, 30, 2014, págs. 339-369.

SANSÓN RODRÍGUEZ, María Victoria, “Situación actual de los estudios sobre la tradición manuscrita del Digesto en Occidente*”, en *Anales de la Facultad de Derecho de La Laguna*, 20, 2003, págs. 227-246.

SCHELLENS, Peter Jan y DE JONG, Menno, 2004. “Argumentation Schemes in Persuasive Brochures”, en *Argumentation*, 18, 2004, págs. 295–323.

SERNA BERMUDEZ, Pedro (dir). *De la argumentación jurídica a la hermenéutica, revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Ed. Comares, 2ª ed, Granada, 2005.

SOCINI, Bartolomeo, *Regulae et fallentiae iuris, apud Ioannem, Kinckium, ad intersigne Monocerotis Coloniae Agrippinae*, Colonia, 1626.

TARELLO, G. *L'interpretazione della lege*, Ed. Giuffré, Milano, 1980.

TESTA BAPPENHEIM, Stefano, voz *Regulae iuris*, en *Diccionario general de Derecho Canónico*, vol. VI, Ed- Univ.de Navarra-Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 845-848.

TORRENT RUIZ, Armando, *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005, voz “Causa curiana”.

TORRENT, Armando, “Interpretación de la *voluntas testatoris* en la jurisprudencia republicana: la *causa Curiana*”, en *AHDE*, 39, 1969, págs. 173-211.

TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2ª ed, The Foundation Press, New York, 1988, págs. 890-904.

VIZMANOS, Tomás María, *Aforismos legales o Diccionario de las reglas de Derecho acerca de todas las materias de este, colocadas según orden alfabético*, Ed. La Compañía tipográfica, Madrid 1841.

VV.AA, *Realitas* I (1972-73), II (1973-74), III-IV (1976-79), Ed. Sociedad de Estudios y publicaciones (Fundación Zubiri), Madrid, 1974, 1976 y 1979, respectivamente.

ZAFRA VALVERDE, José, *El Derecho como fuerza social*, Eunsa, Pamplona, 2002.

ZUBIRI, X, *Inteligencia sentiente*, Ed Alianza-Fundación Xavier Zubiri, Madrid, 1998

Siglas.

a.C.= antes de Cristo (antes del año 1 de la era cristiana); *AFDE*= Anuario de Filosofía del Derecho; *advvs*= adversus (contra); *AHDE*= Anuario de Historia del Derecho Español; *AN*= Audiencia Nacional; *And.*= Andalucía; *AOC*= Altos Órganos Consultivos; *AP*= Audiencia Provincial; *Ast.*= Asturias; *AFDUC*= Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña; *BAV*= Biblioteca Archivo Vaticano; *c.*= canon; *CA*= Sala de lo contencioso-administrativo; *CJ.*= Códex/Código de Justiniano; *Cat.*= Cataluña; *CC*= Consejo Consultivo; *Cc*= Código civil; *CcCat*= Cc de Cataluña; *CCR*= CC de La Rioja; *CE*= Constitución española; *Cfr.*= Confróntese, véase; *CIC*= Corpus Iuris Civilis; *CIC'19*= Codex Iuris Canonici de 1917; *CIC'83*= Codex Iuris Canonici de 1983; *CICn*= Corpus Iuris Canonici; *ca*=circa, alrededor de, aproximadamente en; *cit*= citado/a; *CJC*= Consejo Jurídico Consultivo; *comp.*= compilador/es; *coord.*= coordinador/a; *CP*= Código penal; *CTh*= Código teodosiano; *CV*= Consulta vinculante; *D.DD.*= Dictamen/es; *d.C*= Después de Cristo (después del año 1 de la era cristiana); *Decrt/s*= Decretal/es; *Dg*= Digesto (seguido de los núms. indicativos del libro, título y parágrafo); *DG*= Dirección General; *DGT*= DG de Tributos; *dir*= director; *DPEJ*= Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española; *dir/s.*= Director/es; *EAC*= Estatuto de autonomía de Cataluña; *ECLI-ES*= Identificador europeo de jurisprudencia, España; *EEAA*= Estatutos de Autonomía; *Ed.*= Editorial, edición; *ex*= procedente de; *ET*= Estatuto de los trabajadores; *et all.*= y otros; *etc.*= et caetera, etcétera, y otros semejantes; *Ext.*= Extravagantes (Decretales); *FGE*= Fiscalía General del Estado; *FJ.*= Fundamento jurídico; *FN*= Fuero Nuevo de Navarra; *Greg.*= Gregorio/gregoriano/a; *IAJD*= Impuesto sobre actos jurídicos documentados; *Inst.*= Instituta; *LEC*= Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil; *LGT*= Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria; *LH*= Ley Hipotecaria, texto consolidado del Decreto (legislativo) de 8 de febrero de 1946; *LOT*= Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del TC; *LPAC15*= Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común; *LSP'15*= Ley

40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector público; MH= Ministerio de Hacienda; Nav.= Navarra; Nov.= Novelas; NR= Novísima Recopilación; núm/s.= número/s; op.cit. = opus citatum, obra citada; P.= Partidas; pag/s.= página/s; p.e.= por ejemplo; pr.= principio; QPM= quien puede lo más, puede lo menos; RGDA= Revista general de Derecho administrativo; RJ= Repertorio de jurisprudencia, Ed. Aranzadi; RIDA= Revue internationale des Droits de l'Antiquité; RJCv= Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: reimp.= reimposición; S.= Sentencia; ss.= siguientes; SS. Sentencias; SAN= Sentencia de la Audiencia Nacional; SAP= Sentencia de la Audiencia Provincial; STC= Sentencia del Tribunal Constitucional; STS 1ª = Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª (de lo Civil); STS 3ª= Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª (de lo Contencioso-administrativo); TC= Tribunal Constitucional; TOL= Ed. Tirant on line; TS= Tribunal Supremo; TSJ= Tribunal Superior de Justicia; TS= Tribunal Supremo; TUE= Tratado de la UE; UE= Unión Europea; vol/s= volumen/es; Val= Comunidad Valenciana; VV.AA= Varios autores.

RESUMEN

Este ensayo analiza la clásica regla jurídica *quien puede lo más, puede lo menos* en la teoría y la práctica del Derecho. En la perspectiva teórica, se describe su concepto doctrinal, denominación más apropiada y origen histórico, así como sus presupuestos, las distintas hipótesis sobre su naturaleza jurídica, su estructura como argumento *a fortiori* y su funcionalidad. En la perspectiva práctica, se recogen los criterios doctrinales y jurisprudenciales que guían su aplicación en los distintos ámbitos y sectores del Derecho, en especial en Derecho Administrativo y en cuestiones conflictivas de competencia.

Palabras clave: Argumentación jurídica / Ámbito competencial / Principios del derecho / Criterios interpretativos

ABSTRACT

This essay analyses the classic legal rule who can do more, can do less in the theory and practice of Law. From a theoretical perspective, it describes its doctrinal concept, most appropriate name and historical origin, as well as its assumptions, the different hypotheses about its legal nature, its structure as an a fortiori argument and its functionality. From a practical perspective, it includes the doctrinal and jurisprudential criteria that guide its application in the different areas and sectors of Law, especially in Administrative Law and in conflictive questions of competence.

Keywords: Legal argumentation / Scope of jurisdiction / Principles of law / Interpretative criteria

DICTÁMENES

CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA

Dictamen 38/2022, de 27 de julio de 2022

Reclamación de responsabilidad patrimonial instada ante la Administración Sanitaria por daños morales y extra patrimoniales derivados de la errónea identificación en el momento del nacimiento y estancia posterior en el complejo hospitalario de San Millán-San Pedro de Logroño.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

La Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja ha tramitado un expediente de responsabilidad patrimonial de cuya documentación resultan de interés los antecedentes que se exponen a continuación.

Primero

La asistencia hospitalaria recibida por la reclamante entre el 13-6-2002 y el 18-6-2002.

1.- En lo que interesa al caso, el día 13-6-2002 nacieron dos niñas en el Hospital San Millán de Logroño (HSM). Una, a las 13 horas y con 2.270 gramos de peso, dada a luz por D^a BHI; otra, a las 18:15 horas y con 2.290 gramos de peso, cuya madre biológica fue D^a EKL.

2.- Al nacer, las dos niñas fueron trasladadas directamente desde la estancia en la que tuvieron lugar los dos partos hasta la Unidad de Neonatología del HSM, en la que ingresaron y en la que fueron colocadas en incubadoras consecutivas, las n^o 1 y n^o 2. Al día siguiente, 14-6-2002, el personal de dicha Unidad hospitalaria trasladó a las dos recién nacidas, desde las incubadoras n^o 1 y n^o 2 en las que se encontraban, a dos cunas, las n^o 6 y n^o 7 de la misma Unidad Neonatal del HSM.

Ambas niñas fueron dadas de alta varios días después, y lo fueron directamente desde la Unidad de Neonatología, sin pasar por las habitaciones de la Unidad de Obstetricia del HSM. La reclamante, el 18-6-2002. La otra niña, el 15-6-2002 según unos documentos del expediente (p. ej. pág. 274) o el 16-6-2002 conforme a otros (p. ej. pág. 207).

3.- Al causar alta y salir del hospital para sus respectivos domicilios, las niñas no fueron entregadas a sus correspondientes padres biológicos, sino que cada una lo fue a los progenitores de la otra. Así, la reclamante, que era hija biológica de D. DMK y de D^a EKL, fue entregada a D^a BHI. Y D^a DMK, que era hija biológica de D^a B y de D. CGJ, lo fue a los Sres. M-K.

A partir de ahí, desde el momento de sus respectivas altas y durante los años siguientes, cada una de las niñas permaneció integrada en el núcleo familiar al que equivocadamente había sido atribuida, sin ser conscientes, ni ellas ni sus familiares, del error padecido en el HSM en los días inmediatamente posteriores a los nacimientos.

4.- Sobre el momento y la forma en que pudo producirse la confusión entre las dos neonatas, y el consiguiente error de asignación a sus verdaderos progenitores, la Inspección Médica del Gobierno de La Rioja (Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones de la Consejería de Salud) emitió, a petición de la hoy reclamante, una “Información Reservada” fechada el 5-7-2019, para cuya redacción la Inspección Médica recabó información de diversos servicios del Hospital San Pedro (los de Archivo, Obstetricia y Ginecología y Pediatría).

Previo examen de las historias clínicas de las dos niñas y de las anotaciones que el personal de la Unidad Neonatal del HSM realizó entre el 13-6-2002 y el 18-6-2002, ese Informe considera verosímil “*sin poder hablar de certeza, sino de probabilidad*” que “*dadas las circunstancias que rodearon ambos nacimientos ... dicho cambio se produjera en el momento en que se decide que ambas niñas pasen de sus incubadoras a cunas, seguramente antes del contacto con sus madres en el lactario...*”.

Según se relata en dicho Informe, “*la recién nacida que ingresó en la incubadora 1 (...) tiene anotado al día siguiente de forma gráfica, «sale de incubadora 2 a cuna 7 (I-2 a C-7)» y la recién nacida de la incubadora 2 de igual forma consta anotado «sale de incubadora 1 a cuna 6 (I-1 a C-6) ...*”.

Y, ciertamente, así lo reflejan las anotaciones practicadas en esos días (13-6-2002 y posteriores) por el personal de la referida Unidad hospitalaria:

- Respecto de la niña, “DMK”, que el día 13-6-2002 es ingresada en la Incubadora 2 (y así se anota), se hace constar en la anotación del día siguiente, 14-6-2002, que pasa de la Incubadora nº 1 (no de la Incubadora nº 2) a la Cuna nº 6 (“I-1 – C-6” (págs. 214 y 215 del expediente), y que se mantiene en esa Cuna nº 6 el 15-6-2002 (pág. 216).

- Y de la recién nacida, “AHI”, que, aquel mismo 13-6-2002 fue trasladada a la “Inc. 1”, se refleja el día siguiente, 14-6-2002, que fue llevada de la Incubadora nº 2 a la Cuna nº 7 (“Inc. 2 – C-7”), donde permanece hasta el 18-6-2002 (págs. 208 a 213).

Por otro lado, la Información Reservada de 5-7-2019 argumenta que esa explicación sobre el momento en que tuvo lugar la confusión entre las dos niñas vendría reforzada por las siguientes circunstancias: i) las dos nacieron con escasas 5 horas de diferencia, y con prácticamente el mismo peso, bajo en los dos casos; ii) las dos fueron trasladadas directamente de la estancia en que nacieron a la Unidad de Neonatos; iii) ambas ingresaron en incubadoras consecutivas (la nº 1 y la nº 2); iv) en los días siguientes, las dos fueron sometidas a las mismas pautas de vigilancia y seguimiento; v) las dos presentaban grupos sanguíneos (O + y A+) “*compatibles con el posible error cometido*”; y vi) en ambas se produce una incidencia en las anotaciones de control de peso en sus dos primeros días de vida, peso cuya evolución no se corresponde con la que sería esperable: Una de ellas ingresa en la Unidad con un peso de 2.145 gramos (había nacido con 2.270 gramos) y al día siguiente, 14-6-2002, pasa a 2.260 gramos, anotándose una ganancia no de 115 gramos, sino de “+55” gramos; y la otra ingresa en la Unidad con un peso de 2.290 gramos y al día siguiente, 14-6-2002, mantiene el mismo peso.

5.- El Informe de 5-7-2019 expone también varias circunstancias adicionales que pudieron impedir que el error de asignación fuera detectado a tiempo, antes del alta de las dos neonatas. En primer lugar, el Informe indica que en los supuestos en que un niño era

ingresado en la Unidad Neonatal inmediatamente tras producirse el parto, las madres, si acaso tenían contacto visual con el bebé tras darle a luz, no lo tenían durante un tiempo suficiente como para poder reconocerle más tarde:

“... la coincidencia en la sala de partos o colindantes de las dos niñas es prácticamente imposible, porque en estas circunstancias el bebé es trasladado con más o menos celeridad a la Unidad de neonatos (prematuros), y que el contacto entre recién nacido y madre, de existir, sería breve, no propiciaría un reconocimiento del bebé como propio a posteriori”.

Tampoco los familiares podían ver desde cerca a los niños ingresados en la Unidad de Neonatología:

“...los familiares no accedían a la Unidad de Neonatos, y si los padres tuvieron la posibilidad de ver a sus bebés sería desde cristales en la sala contigua con los recién nacidos en la incubadora. En la zona de cunas tampoco se permite a los padres la entrada, sino que se les entrega al recién nacido en momentos determinados en el lactario (sala aparte)”.

Y, sobre la forma en que, según los protocolos de la época, se aseguraba la identificación madre-hijo, el Informe explica que:

“... el bebé pasaba a identificarse mediante pulsera y recogiendo huellas dactilares de los dedos índice y medio del bebé e índice de la madre que se plasmaban en el Documento de Identificación Sanitaria Materno-Filial (...).

... se utilizaba la pulsera madre-hijo, que, en algunos casos, dadas las características de los bebés, más pequeños y sensible, podía crear complicaciones o desprenderse, en estas situaciones se dejaba en la propia incubadora o cuna y en ocasiones se entregaba a los padres, reforzando la identificación mediante el número de incubadora o cuna que ocupaban”.

Los documentos acreditativos de la recogida de las huellas dactilares de la reclamante y de su madre no figuran incorporados al expediente remitido a este Consejo.

6.- Sea como fuere el modo concreto en que se desarrollaron los acontecimientos entre el 13-6-2002 y el 18-6-2002, el hecho cierto es que, al salir del HSM, el error de identificación de las menores se había cometido ya, y por razón de ese error, al causar alta hospitalaria, las recién nacidas fueron asignadas a los progenitores equivocados:

-La niña, D, que nació de D^a E, fue entregada, como si fuera y se llamara A (la reclamante) a D^a B y a D. C.

-Y la niña, A, que nació de D^a B, fue entregada como si fuera y se llamara D a D^a E y a D. F.

7.- De este modo, el 19-6-2002 se practicó en el Registro Civil inscripción de nacimiento de D^a AGH, la reclamante, como hija de D. CGJ y de D^a BHI.

Cabe reseñar aquí que en las anotaciones de la Unidad de Neonatología practicadas entre el 13-6-2002 y el 18-6-2002 se había acompañado el nombre de “A” con los dos apellidos de B “HP”.

Segundo

Los pronunciamientos judiciales y administrativos relativos a la capacidad de los miembros de la familia G-H. El fallecimiento de D^a EKL.

1.- Mediante Resolución de 23-12-2000, la Consejería de Justicia, Familia y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja declaró, con efectos desde el 18-10-2000, que D^a B tenía una minusvalía del 65%.

A su vez, por Sentencia de 16-12-2013 (Procedimiento nº 518/2013), el Juzgado de Familia de Logroño acordó que D^a B tenía *“parcialmente afectada la capacidad... debiendo ser sometida a curatela”*, y nombró para ella un curador, su padre, que años más tarde fue sustituido mediante Auto del mismo Juzgado de 22-5-2019 (Procedimiento nº 1750/2018), que designó a otra curadora.

2.- La documentación incorporada al expediente tramitado con ocasión de la presente reclamación evidencia, aunque no conste en él la correspondiente resolución judicial, que también el Sr. GJ fue declarado totalmente incapaz para regir su persona y bienes; situación en la que se encontraba antes del 14-10-2014, pues así lo refiere la resolución judicial, emitida en esa fecha, a la que de seguido se aludirá.

3.- Previa propuesta efectuada el 25-2-2014 por el Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales, el Juzgado de Familia de Logroño dictó Auto de 14-10-2014 (JV 448/2014) por el que sometió a la hoy reclamante a acogimiento familiar permanente -que ya había sido acordado administrativamente el 5-9-2003 y atribuyó las funciones tutelares a la abuela materna de la menor.

4.- El 18-8-2018 falleció D^a EKL.

5.- El 13-3-2019, el propio Juzgado de Familia de Logroño resolvió, por Auto dictado en esa fecha (Procedimiento nº 1484/2018), y a solicitud de la propia reclamante, concederle el beneficio de la mayor edad.

Tercero

Las pruebas biológicas a que fue sometida la reclamante, y los procedimientos judiciales relativos a su filiación

1.- En el año 2015, representado por su tutora, D. CGJ, -a quien inicialmente se había atribuido la condición de progenitor de la reclamante- promovió un procedimiento para la impugnación de dicha filiación (Fil. 1278/2015).

En el seno de dicho procedimiento, el Instituto de Medicina Legal de La Rioja, recogió a presencia del Letrado de la Administración de Justicia, muestras biológicas de D^a B y de D^a A (1-6-2016) y de D. C (11-11-2016).

El 1-2-2017, el Instituto Nacional de Toxicología remitió al Juzgado de Familia de Logroño un informe con el resultado obtenido del análisis genético de dichas muestras, del que se desprendía que D. C no era progenitor biológico de la reclamante, y que tampoco D^a B lo era. Estos resultados fueron confirmados por un segundo informe del Instituto Nacional de Toxicología, de 26-5-2017, también enviado al Juzgado de Familia.

Sobre la base de dichas pruebas periciales, el Juzgado de Familia de Logroño, mediante Sentencia de 5-6-2017, estimó la demanda presentada por D. C, de modo que

(limitándose a lo que constituía el objeto del procedimiento entablado por él y dejando al margen “*las cuestiones relativas a la maternidad biológica de la menor*”) declaró “*que la menor de edad... no es hija biológica del demandante D. C... por lo que procede la anulación de tal filiación paterna que consta inscrita en el Registro Civil*”.

Firme dicha Sentencia, el 5-2-2019 se canceló parcialmente la inscripción registral practicada el 19-6-2002, haciéndose constar en el Registro Civil de Logroño la modificación de la filiación de la reclamante y que ésta no es hija de D. C.

2.- Durante los años 2019 y 2020 se realizaron por el SERIS, a instancia de la reclamante, diversas indagaciones para averiguar qué había sucedido durante el ingreso hospitalario de la menor. El resultado de esas averiguaciones se plasmó en el Informe reservado de 5-7-2019, al que ya hemos aludido, y en otro de 18-9-2019, al que se hará referencia más extensa en el siguiente Antecedente de Hecho.

3.- A la vista de las conclusiones obtenidas por el SERIS, en el año 2020, la hoy reclamante y el Ministerio Fiscal promovieron un nuevo procedimiento ante el Juzgado de Familia de Logroño en el que instaron el reconocimiento de la interesada como hija de D. FMN. El Órgano Jurisdiccional, que tramitó dicho procedimiento como JV 308/2020, dictó en él Sentencia de 22-11-2021 mediante la que declaró que D^a A:

“es hija biológica y matrimonial de D. FMN y de D^a EKL, siendo estos su padre y su madre respectivamente, con todos los pronunciamientos a ello inherentes, y cuantos derechos le reconoce la legislación española, procediendo la inscripción de la filiación en el Registro Civil de Logroño”.

Esa declaración, razona la Sentencia de 22-11-2021, se realizó a la vista de:

“las pruebas biológicas de paternidad unidas al procedimiento” (que han) “acreditado de forma indubitada que la demandante es hija de doña EKL, hoy fallecida, y FMN, el cual no ha negado la paternidad”.

Cuarto

La reclamación de responsabilidad patrimonial

1.- Mediante escrito sellado de entrada el 27-6-2019, la interesada, representada por abogado, dirigió a la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja una reclamación de responsabilidad patrimonial. En ese escrito, tras exponer pormenorizadamente los antecedentes de hecho y los fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, el representante de la reclamante termina solicitando que se tenga:

“...por formulada... reclamación de responsabilidad de resarcimiento de daños y perjuicios causados a [la reclamante] con ocasión de su nacimiento el 13 de junio de 2002 y asistencia en la Residencia del Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro, y alta y entrega el 18 de junio de 2002 a familia no biológica...”.

Y que:

“...se dicte resolución por la que, apreciándose tanto el mal funcionamiento o funcionamiento anormal del servicio de asistencia sanitaria del SERIS, con imprudencia grave e inadmisibles en la identificación y custodia de la neonata, formalmente D^a [nombre de la reclamante], así como la

responsabilidad patrimonial de esa Administración, se estime esta reclamación y se acuerde indemnizar a [la reclamante] por daños morales en la cantidad de 3.005.060,52 euros, con abono de la cantidad reclamada actualizada, más los intereses correspondientes que se hubieran devengado”.

2.- A su solicitud, la reclamante acompañó numerosa documentación, de entre la que se destacan: i) Varias de las resoluciones judiciales y administrativas que se han reseñado en los Antecedentes anteriores; ii) Varias anotaciones realizadas entre el 13-6-2002 y el 18-6-2002 por la Unidad Neonatal del HSM; iii) Un nuevo Informe “*de resultados-prueba de maternidad*” de 18-6-2018 que confirma que D^a B no es la madre biológica de la reclamante; y iv) Un Informe psicológico, de 6-6-2019, que concluye que la reclamante “*manifiesta sintomatología compatible con un Trastorno de Estrés Postraumático, sintomatología contingente que aparece justo coincidente con el hecho relevante, a saber, el descubrimiento de que los que creía sus padres biológicos no lo son y el convencimiento de que ha sido cambiada al nacer*”, que padece una “*gran desestabilización emocional y la percepción de que carece de recursos para afrontar la situación*” y que los síntomas descritos “*apuntan directamente a la necesidad de seguir manteniendo un tratamiento especializado y orientado a mitigar los síntomas descritos*”.

Quinto

El procedimiento de responsabilidad patrimonial

Presentada esa reclamación, la Consejería de Salud ha tramitado un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuyos trámites principales han sido los que, sucintamente, se exponen a continuación. Como de seguido se verá, ese procedimiento se ha visto afectado por el desarrollo y resolución, simultáneos en el tiempo, de varios procedimientos judiciales instados por la propia reclamante.

1.- En fecha 3 de julio de 2019, la Sra. Secretaria General Técnica de la Consejería de Salud dicta Resolución por la que se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial y nombra Instructor del mismo.

2.- El 4-7-2019, el Sr. Instructor del expediente comunica a la reclamante, en la persona de su representante, diversa información relativa a la instrucción del procedimiento.

3.- Ese mismo día, el Instructor recaba informe del Área de Salud de La Rioja (Hospital San Pedro), y, el 8-7-2019, de la Dirección General de Asistencia, Prestaciones y Farmacia.

4.- El 27-9-2019, la Dirección General de Humanización, Prestaciones y Farmacia (órgano que sustituye a la anterior Dirección General de Asistencia) comunica que el 29-7-2019 se dictó Auto del Juzgado de Familia de Logroño que acuerda, a petición de la reclamante, y como Diligencia Preliminar, que por el Gobierno de La Rioja se aporte “*el resultado e identificación inequívoca de los progenitores biológicos*” de la reclamante.

La Dirección General añade que “*los hechos se han puesto en conocimiento de la Fiscalía*” y propone la suspensión del expediente de responsabilidad patrimonial en tanto no se produzca “*un pronunciamiento por parte del órgano judicial o fiscal que confirme o no los supuestos hechos objeto de la reclamación*”.

5.- A petición del Instructor, los Servicios Jurídicos informan el 11-10-2019 sobre el estado de tramitación de las Diligencias Preliminares solicitados por la reclamante

y, el 15-10-2019, el Sr. Secretario General Técnico de la Consejería acuerda suspender la tramitación del procedimiento, lo que se comunica al Juzgado de Familia de Logroño.

6.- Por haberse llevado a cabo la Diligencia Preliminar solicitada por la reclamante, el citado Órgano Judicial archivó el 8-10-2019 el referido procedimiento judicial, con lo que el 26-12-2019 se reanudó la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial y se reiteró la solicitud de documentación que ya había sido dirigida a la Dirección del Área de Salud de La Rioja, que remitió el 19-5-2020:

-La historia clínica de los nacimientos de las dos menores, así como las anotaciones manuscritas relativas a la asistencia que las dos recién nacidas recibieron en la Unidad de Neonatología del HSM.

-Un Informe, de 6-2-2020, relativo a las actuaciones desarrolladas por el Servicio de Documentación Clínica.

-El Informe de 5-7-2019 -al que se ha hecho alusión con anterioridad- que contiene el resultado de la “*información reservada*” practicada por la Inspección Médica de la Consejería de Salud, que apunta ya al posible intercambio entre dos niñas concretas (la reclamante y otra) y que extrae sus conclusiones del análisis de la documentación examinada y de la información proporcionada por diferentes Servicios (principalmente, los de Obstetricia y Ginecología, y Pediatría).

-Un Informe de 20-2-2020 del Servicio de Pediatría del Hospital San Pedro. En él se examinan los procedimientos de asistencia a un recién nacido sano en el posparto inmediato, así como los protocolos de identificación materno-filial y de acogida en Neonatología, tanto los vigentes en la actualidad como los que se observaban a partir del 2000. El Informe de 20-2-2020 también recoge la información clínica de la reclamante y de la asistencia recibida por ella al nacer y durante los días siguientes. Finalmente, identifica a las seis niñas -excluye a los varones- que estuvieron ingresadas en la Unidad Neonatal en el periodo en que lo estuvo la reclamante.

7.- El 19-6-2020 el Instructor del expediente confiere un plazo de audiencia por quince días a la reclamante, que, a través de su representante, comparece ante la Instrucción y formula alegaciones por escrito de 3-7-2020, en las que considera confirmado el “*daño moral para mi representada... referido y probado con la solicitud, y al que lamentablemente se añade e integra de por vida, por no haber podido conocer a su madre biológica, ni haber sido cuidada y criada por ella, como tuvo derecho*”.

Al escrito de 3-7-2020, la reclamante acompaña una nueva “*Información reservada*” elaborada el 18-9-2019 por la Inspección Médica. Esa Información -que la CAR había aportado al Juzgado de Familia de Logroño en el seno del procedimiento relativo a las Diligencias Preliminares interesadas por la reclamante- reitera lo señalado en el Informe de 5-7-2019, y añade, como conclusiones:

“I. Que existe una sospecha sobre una posible sustitución o intercambio de las dos neonatas, una de ellas, la reclamante.

II. Que no disponemos de elementos que permitan establecer de manera inequívoca a los supuestos progenitores biológicos de la reclamante, ni estamos

en condiciones de realizar pruebas o diligencias encaminadas a determinar el resultado de su identificación (...)

III. Para llegar a la identificación inequívoca de estos, solo procedería confirmación mediante las pruebas genéticas oportunas tanto a ellas como a sus progenitores, hecho que entendemos solo puede realizarse por mandato judicial”.

Cabe reiterar aquí que las dudas manifestadas por el Informe de 18-9-2019 han quedado superadas por las diferentes pruebas biológicas practicadas a la reclamante, a su progenitor biológico vivo, así como a D. C y a D^a B, que confirman que la interesada es hija biológica de aquél y que no lo es de éstos.

8.- A la vista de lo actuado hasta esa fecha, el 7-4-2021 el Instructor del expediente emite una Propuesta de resolución favorable a desestimar la reclamación por no haber quedado acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño reclamado y por no ser imputable el perjuicio alegado a los Servicios Públicos sanitarios. “*Subsidiariamente*”, propone reconocer la responsabilidad patrimonial, cuantificando la indemnización en 215.000 euros.

9.- La reclamante solicitó acceder al contenido de la Propuesta de resolución de 7-4-2021 a lo que accedió la Secretaría General Técnica de la Consejería mediante Resolución de 23-6-2021.

De manera casi simultánea, la propia Secretaría General Técnica, previo informe favorable de los Servicios Jurídicos de 5-5-2021, acordó el 6-5-2021 suspender nuevamente la tramitación del expediente “*durante el tiempo que medie hasta que se tenga constancia del pronunciamiento por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 1 de Logroño -Familia-respecto al procedimiento de filiación n^o 308/2020*”, lo que comunicó al propio Juzgado para que éste informara a la Consejería, cuando se produjera, de la conclusión de dicho procedimiento judicial.

La reclamante recurrió en reposición el Acuerdo suspensivo de 6-5-2021, pero la Consejería de Salud confirmó el mantenimiento de la suspensión, desestimando el recurso por Acuerdo de 7-7-2021.

10.- El 30-11-2021, la reclamante aportó a la Instrucción del expediente la Sentencia de 22-11-2021 del Juzgado de Familia de Logroño que declaró a D. F y a D^a E padre y madre de D^a A, así como la naturaleza matrimonial de esa filiación.

En su escrito, la interesada solicitó el levantamiento de la suspensión, levantamiento que el Instructor le comunicó el 2-12-201.

11.- El 14-12-2021, el Instructor emitió una segunda Propuesta de resolución. En ella, tras referir el conjunto de antecedentes fácticos resultantes de las actuaciones practicadas en el curso del expediente, da por probados los hechos en que se funda la reclamación:

“Considerando, pues, que existió una disfunción en las medidas de identificación y control de los bebés, resulta igualmente acreditada la existencia del nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño reclamado, por lo que debe declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

En cuanto al importe de la indemnización, la Propuesta, invocando varios pronunciamientos judiciales del Orden contencioso administrativo argumenta que “*el periodo a valorar sería de un año*”, que no procede “*valorar periodos anteriores*” y que los daños futuros “*no se pueden tener como ciertos, reales e indubitados*”. Por ello, “*considera que 215.000 euros es una cantidad ajustada como indemnización*”.

12.- Finalmente, los Servicios Jurídicos, en su Informe de 17-1-2022, coinciden con la Propuesta de resolución en que:

“... se ha puesto de manifiesto un deficiente funcionamiento de la Administración sanitaria y de los estándares normales de su funcionamiento, con quiebra de la lex artis, pues queda patente que hubo un cambio de los bebés de las incubadoras 1 y 2”.

Por otra parte, considera “*acreditada la existencia de una relación de causalidad entre el daño producido a la reclamante y la actuación administrativa, y siendo el que nos ocupa un daño antijurídico que [la interesada] no tiene el deber jurídico de soportar*”, por lo que la reclamante “*tiene derecho a percibir una indemnización por los daños psicológicos acreditados por informe técnico, y por los daños morales sufridos computados, al menos, desde que conoció que quien fue identificado como progenitor, no era padre biológico. A mayor abundamiento, el cálculo de intereses ha de ajustarse al artículo 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*”.

Discrepando de la Propuesta de resolución en punto al *dies a quo* y al *dies ad quem* del daño producido, el Servicio Jurídico estima que la indemnización -que ha de comprender tanto el resarcimiento de los daños psicológicos como de los morales- debe ascender, al menos, a 430.000 euros.

Antecedentes de la consulta

Primero

[...]

Segundo

[...]

Tercero

[...]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo

[...]

3.- Con carácter previo a analizar las cuestiones objeto de la consulta planteada, debe realizarse una advertencia preliminar de naturaleza procedimental.

La documentación que se nos ha trasladado evidencia que, una vez iniciado el expediente de responsabilidad patrimonial, el Servicio Riojano de Salud, en el mes de

julio de 2019, comunicó la presentación de la reclamación a la aseguradora SegurCaixa Adeslas (folio 182 del expediente); sin embargo, no consta que a dicha aseguradora se le haya conferido la posibilidad de formular las alegaciones o aportar las pruebas que a su derecho pudieran convenir.

Este Consejo no ha tenido acceso al contrato de seguro suscrito por la CAR con esa aseguradora, y carece de elementos de juicio para pronunciarse sobre si cubre un riesgo como el que motiva la presente reclamación de responsabilidad patrimonial (y, en su caso, en qué medida). Pero, si así fuera el caso y si la posición jurídica de la aseguradora pudiera verse afectada por el resultado del procedimiento de responsabilidad patrimonial, habrían de evitarse situaciones de indefensión y, por ello, la Consejería consultante debería de llamar a la aseguradora al procedimiento con el fin de brindarle la opción de formular las alegaciones y aportar las pruebas necesarias para la defensa de sus intereses.

En la hipótesis señalada, habría de retrotraerse el procedimiento, a cuyo efecto se sugieren las siguientes pautas de actuación: (i) En primer lugar, habría de darse traslado de lo actuado a la aseguradora, a los efectos indicados; (ii) A la vista de sus alegaciones y pruebas, habría de conferirse un nuevo trámite de audiencia a la reclamante; (iii) Sobre la base de todo ello, debería emitirse una nueva propuesta de resolución y un nuevo informe de los Servicios Jurídicos; y (iv) finalmente, debería recabarse un nuevo dictamen de este Órgano Consultivo.

Naturalmente, por evidentes razones de economía procedimental, los trámites señalados en los ordinales (ii), (iii) y (iv) no serían necesarios si la compañía aseguradora se abstuviera de satisfacer el trámite que le fuera otorgado.

Hecha reserva de lo anterior, se formulan las apreciaciones que siguen en relación con el fondo de la reclamación planteada por la interesada.

Segundo

Consideraciones generales sobre la responsabilidad patrimonial de la CAR. El carácter indemnizable de los daños morales.

1. Nuestro Ordenamiento Jurídico (arts. 106.2 CE, arts. 32.1 y 34.1 LSP'15 y arts. 65,67,81, 91.2 LPAC'15), reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados 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, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado y debiendo existir una relación de causa a efecto, directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración; así, como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

2. Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de seguro a todo riesgo para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el

sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones públicas.

3. Como señala una consolidada doctrina jurisprudencial (por todas, STS, 3ª, de 21 de marzo de 2007, RCas. núm. 6151/2002):

“...para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) ausencia de fuerza mayor, y d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta”.

En parecidos términos, la STS, 3ª, de 21 de marzo de 2018 (RCas. núm. 5006/2016) sintetiza los requisitos exigidos para la operatividad del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración por los arts. 139 y 141.1 LPAC'92 (actualmente, arts. 32.1 y 34.1 LSP'15), que son:

“...daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo”.

4. De cuanto acaba de exponerse, se desprende una primera conclusión: al igual que sucede en cualesquiera otras reclamaciones de responsabilidad patrimonial, en este caso es preciso analizar:

-Si el interesado ha sufrido realmente los daños que afirma.

-Si esos daños están, causalmente, vinculados al actuar de la Administración, *“en una relación, directa e inmediata y exclusiva, de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal”* (STS de 21 de marzo de 2007, antes citada).

-Si esos daños son constitutivos de una “lesión antijurídica”, caracterizada por la *“ausencia de deber jurídico del interesado de soportar el resultado lesivo”*. (STS de 21 de marzo de 2018).

-Si la cuantificación de los daños es correcta, de modo que el perjuicio sufrido sólo puede ser resarcido mediante el reconocimiento y abono al reclamante de la cantidad de dinero (indemnización) que solicita.

5. Por lo demás, según el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), es carga del demandante probar la concurrencia de los presupuestos a los que la Ley anuda el nacimiento del derecho a la indemnización. Por ello, pesa sobre el interesado la carga de acreditar, no sólo los hechos en los que funda su reclamación de responsabilidad, sino, igualmente, la efectiva realidad de los perjuicios ocasionados y la procedencia de la indemnización solicitada.

6. En su reclamación, la interesada atribuye la naturaleza de *daños morales* a las consecuencias perjudiciales que para ella se han seguido de la actuación administrativa.

Siendo el planteamiento de la reclamante, cabe recordar, en primer lugar, que nuestros Tribunales, en los distintos Órdenes Jurisdiccionales, han definido el daño moral como *“aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad (...); daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral...”*. Por ejemplo, STS, Sala 4ª, de 12-12-2007 (RCas 25/2007), citada por la STS, Sala 3ª, de 12-5-2014 (RCas 2043/2013).

El carácter indemnizable de los daños morales es una consecuencia inherente al principio de *reparación integral del daño*, explicitado por los arts. 106.2 CE y 32.1 LSP'15 al establecer que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en *“cualquiera de sus bienes y derechos”*. Esto es, no solo en los de índole o contenido patrimonial, sino en todos aquellos que, cualquiera que sea su naturaleza, formen parte de su patrimonio jurídico. Así lo hemos recordado, por ejemplo, en nuestro D.76/11.

En este mismo sentido, la STS, Sala 3ª, de 12-6-2007 (RCas 9603/2003), con cita de otras, razona sobre el daño moral que este resulta resarcible económicamente pues *“la indemnización debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la reparación integral de los mismos, y con ello la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado”*; y añade que *“la aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos valiables”*.

Por otra parte, es pacíficamente aceptado que la lesión de un derecho fundamental puede acarrear la producción de un daño moral susceptible de ser indemnizado. En palabras de la citada STS de 12-12-2007, *“la lesión de un derecho fundamental determina normalmente la producción de un daño en la medida en que esa lesión se proyecta lógicamente sobre un bien ajeno”*. A su vez, la STS de 12-3-2007 (Sala 3ª, RCas 358/2003) indica que *“el resarcimiento de los perjuicios morales sufridos como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental es una posibilidad contemplada por el ordenamiento jurídico”*. Por ello, los Órganos Jurisdiccionales consideran resarcibles económicamente, bajo la calificación de daños morales, las vulneraciones de los más diversos derechos fundamentales. Y desde luego así sucede cuando quienes deparan esa lesión son los propios poderes públicos. Por solo citar algunos ejemplos, se han considerado generadoras de daños morales, y del correlativo derecho a una reparación económica, las lesiones al derecho de huelga (STS, Sala 3ª, de 12-5-2014) o al derecho fundamental a la vida, en su vertiente de autodisposición sobre el propio cuerpo (STS, Sala 3ª, de 16-5-2012, RCas 1777/2010).

Como explica la STS, Sala 4ª, de 11-6-2012 (RCas 3336/2011) *“la reparación del daño o sufrimiento moral no atiende a la reintegración de un patrimonio, sino que va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado”*. Por ello mismo, a diferencia de lo que acontece con los bienes y derechos patrimoniales -que en

el tráfico jurídico ordinario tienen atribuida una valoración económica más o menos segura- en el caso de los daños morales, “*lo que se valora es algo inmaterial y ajeno por completo a toda realidad física evaluable*” (D.76/11), por lo que no existen criterios objetivos que permitan cuantificar el importe de la indemnización que sería necesaria para colocar al perjudicado en una situación equivalente a la que disfrutaba antes de la lesión. De ahí las dificultades que siempre encuentra el determinar una indemnización por daño moral. Al respecto, la STS, Sala 3ª, de 21-10-2011 (RCas 4161/2009) señala que:

“el resarcimiento del 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. Y ello no implica en absoluto que se obvие o infrinja el principio de reparación integral previsto en el artículo 141 de la Ley 30/1992, sino que su valoración no es tasada y que admite una cierta subjetividad que no debe confundirse con arbitrariedad”.

Ante esas dificultades de estimación, se ha considerado admisible acudir, como simple referencia, a los baremos establecidos por la legislación sobre responsabilidad civil y seguro en accidentes de circulación, pero en el buen entendimiento de que tales baremos, al estar previstos normativamente para supuestos fácticos diferentes, no tienen aquí carácter vinculante sino que solo pueden emplearse a título “*puramente orientativo, con la finalidad de introducir criterios de objetividad en la determinación del «quantum» indemnizatorio*” (STS de 16-5-2012). Este Consejo Consultivo ha observado reiteradamente ese mismo criterio. Por todos, en su D.48/01.

Tercero

La responsabilidad patrimonial de la CAR en este caso. Relación de causalidad y antijuridicidad de la lesión.

La proyección de las anteriores consideraciones al caso presente obliga a concluir que en este caso existe inequívocamente una responsabilidad patrimonial imputable a la CAR. Algo que, por lo demás, aceptan tanto el Instructor del expediente (Propuesta de resolución de 14-12-2021) como los Servicios Jurídicos (Informe de 17-1-2022).

A) La relación de causalidad. - En primer lugar, es evidente que concurre una nítida relación de causalidad entre la actuación del Servicio Riojano de Salud y el daño deparado a la reclamante.

Las numerosas pruebas biológicas realizadas en el curso de los procedimientos judiciales a que nos hemos referido en los Antecedentes de Hecho ponen en evidencia, de manera objetiva e indiscutible, que la reclamante, al causar alta hospitalaria el 18-6-2002, pocos días después de su nacimiento, fue entregada a unas personas (Dª B y D. C) que no eran sus progenitores biológicos; y que a quienes sí lo eran (Dª E y D. F), les fue dada otra niña, que nació el mismo día que la interesada, en el mismo centro hospitalario, con escasas horas de diferencia, y que había coincidido ingresada con la reclamante en la Unidad Neonatal del HSM.

Es llano, por tanto, que entre los días 13-6-2002 (fecha en que nacieron las dos niñas) y el 16-6-2002 (día en que, como muy tarde, causó alta la otra niña) se produjo una confusión en la identidad de los dos bebés, que fueron intercambiados. Ambas

recién nacidas, que nunca llegaron a pasar a las habitaciones de la planta de Obstetricia, solo estuvieron ingresadas en la Unidad de Neonatología del HSM, a cuyo interior - según resulta de la información practicada por la Inspección Médica- solo tenía acceso el personal sanitario que prestaba sus servicios en ella, por lo que es claro que tal confusión e intercambio únicamente pudo ser causado por un anormal funcionamiento del servicio público sanitario.

Las propias notas tomadas en esas fechas por el personal de la Unidad Neonatal del HSM permiten deducir con razonable certeza el día y la manera en que pudo cometerse el error. En efecto, esas notas registran que el 13-6-2002 la niña nacida como "A" (la primera en nacer, a las 13 horas, y en ser llevada inmediatamente a la Unidad Neonatal) ingresó en dicha Unidad y fue ubicada en la Incubadora nº1. Y que la niña nacida como "D" -que nació a las 18:15 horas- fue ingresada ese mismo día y llevada a la Incubadora nº 2. Sin embargo, al día siguiente, 14-6-2002, se anotó que "D" fue llevada hasta la Cuna nº 6, desde la Incubadora nº 1, cuando quien realmente se hallaba en la Incubadora nº 1 no era realmente la niña nacida de Dª E y D. F sino la nacida de Dª B y D. C. Correlativamente, en las notas correspondientes a "A" (quien realmente estaba desde el 13-6-2002 colocada en la Incubadora nº 1), se reseña el mismo día 14-6-2002, que pasa de la Incubadora nº 2 a la Cuna nº 7.

A partir de ese momento, se tuvo ya por "D" a la niña que había nacido de Dª B y D. C; y por "A" a la hija biológica de Dª E y de D. F; sin que nadie advirtiera *a posteriori* el error padecido. Ni el propio personal sanitario, ni tampoco los progenitores de las menores, extremo este último que se explica, como se ha referido en los Antecedentes de Hecho, por el escaso contacto visual que, tanto las madres, como los padres, pudieron tener con sus respectivas hijas recién nacidas.

Que la confusión e intercambio de los dos bebés se produjo el día 14-6-2002 y del modo que se ha descrito es algo que puede afirmarse, si no con plena seguridad, sí desde luego como una hipótesis altamente verosímil.

En todo caso, debe tenerse por cierto que esa confusión entre las dos menores solo pudo producirse dentro de las instalaciones del SERIS y como consecuencia de una actuación de su personal, lo que hace indudable la relación causal entre el proceder de la Administración sanitaria y el daño generado a la reclamante.

Esta conclusión viene confirmada por una circunstancia adicional. Dª B fue la primera de las dos madres en dar a luz (a las 13 horas del 13-6-2002). Sin embargo, el Número de Historia Clínica (NHC) atribuido por el HSM a A (XXX.XXX) es posterior al asignado a D (YYY.YYY, pág. 274), cuando cabalmente debería ser al revés ya que Dª E tuvo a su hija más tarde (a las 18.15 horas del 13-6-2022) y esta ingresó también más tarde que la hija de Dª B en la Unidad Neonatal del HSM. Este extremo puede comprobarse en documentos que cabe suponer redactados por el SERIS durante los días en el que las niñas estuvieron ingresadas en el HSM o pocos días después. Por ejemplo, en la "Historia Clínica del Recién Nacido", o en los Informes de Alta y de Evolución clínica de la interesada, ésta tiene atribuido ya el NHC XXX.XXX (págs. 222 a 228 del expediente).

B) Los criterios de imputación objetiva. - A las anteriores consideraciones sobre la concurrencia de una relación de causalidad, este Consejo entiende oportuno añadir otra atinente a la existencia de un *criterio objetivo de imputación*, que obliga a atribuir a la CAR las consecuencias dañosas de su actuar.

Es cierto que la actuación administrativa ahora analizada se desplegó en el *giro o tráfico* de la prestación del servicio público sanitario, sí, pero, si se repara bien en ello, los efectos provocados por esa actuación no traen causa directa del desarrollo de una actuación de naturaleza propiamente médica, como sería el diagnóstico o el tratamiento, más o menos acertados, de una determinada patología. Quiere con ello decirse que, en este caso, no cabe emplear los criterios de imputación, a los que en tantas ocasiones se ha referido este Consejo Consultivo para afirmar, excluir o mitigar la responsabilidad patrimonial sanitaria (puesta en juego de las técnicas diagnósticas y terapéuticas exigidas por la *lex artis ad hoc*, idiosincrasia previa del paciente, producción de un daño desproporcionado...).

En materia de responsabilidad sanitaria, hemos afirmado reiteradamente que, cuando se trata de procurar la salud de los pacientes, el Ordenamiento Jurídico impone a los poderes públicos “*una prestación de medios (correlato al derecho individual de cada paciente a la protección a la salud y a la atención sanitaria) y no de resultados dado que no es posible garantizar de manera absoluta la curación y sanidad de los pacientes*” (por todos D.33/12). Ahora bien, en este caso, el reproche que se dirige a la actuación administrativa no afecta en absoluto a la corrección con la que se hayan empleado unas u otras técnicas médicas de diagnóstico o curación (que es el escenario en el que tiene sentido hablar de una *prestación de medios*); sino a otra cuestión bien distinta, la identificación de las recién nacidas, ámbito del servicio en el que sí pesaba sobre la Administración sanitaria un *deber de resultado*: controlar la identidad de las dos niñas desde el momento de sus nacimientos hasta sus respectivas altas hospitalarias, para garantizar que cada una de ellas fuera entregada a sus padres biológicos y no a otras personas.

Ese inequívoco *deber de resultado* estaba explicitado en el año 2002 por el art. 9.b) de la entonces vigente Ley autonómica 4/1998, de 18 de marzo, del Menor, que reconocía como uno de los “*derechos mínimos*” de los menores el de “*ser correctamente identificados al tiempo de su nacimiento*”, lo que suponía la imposición sobre la CAR de la correlativa obligación de asegurar esa adecuada identificación. En términos muy parecidos, el art. 9 de la actual Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja dispone, bajo la rúbrica “*derecho a la identidad*”, que “*en los centros o servicios, públicos o privados, en los que se produzcan nacimientos se establecerán las garantías necesarias para la inequívoca identificación de los recién nacidos*” (art. 9.1).

En todo caso, sin necesidad de que la legislación autonómica lo regulara de modo expreso, el derecho del niño a ser correctamente identificado resulta de la propia naturaleza de las cosas y se infiere sin esfuerzo de numerosas disposiciones del Derecho Internacional y Estatal. Por ejemplo (y además de las que más adelante se traerán a colación) del art. 2.2.c) y 11.2.b) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (los menores vivirán con su familia de origen, salvo que su interés reclame lo contrario), o de los arts. 108 y 154 y ss del Código Civil, que contemplan la filiación por naturaleza como uno de los hechos que hacen nacer la relación paterno-filial y los derechos y deberes propios del ejercicio de la patria potestad.

Por lo demás, nos parece claro que no concurre aquí ningún criterio negativo de imputación que impida el surgimiento la responsabilidad patrimonial de la Administración, como sería, por ejemplo, que el daño se hubiera producido por fuerza mayor (arts. 106.2 CE. y 32.1 LPS’15), esto es, por “*una causa extraña al objeto dañoso, excepcional e imprevisible o que, de haberse podido prever, fuera inevitable*”

(SSTS de 5 de diciembre de 1988, 14 de febrero de 1994 y 3 de mayo de 1995, entre otras; y Dictamen del Consejo de Estado 5.356/1997); o que evento dañoso derive de los denominados “*riesgos del desarrollo*”, esto es, “*de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos*” (art. 34.1 LSP’15).

La documentación incorporada al expediente, y, en particular las Informaciones reservadas desarrolladas por la Inspección Médica ponen de manifiesto que en el año 2002, en el SERIS, aunque no se contaba con un protocolo escrito sobre identificación materno-filial (el primero es de 2006), sí se observaban regularmente al efecto unas prácticas preestablecidas (colocación de una pulsera identificativa en el tobillo del recién nacido, recogida de huellas dactilares del bebé, cumplimentación de los documentos oficiales de identificación sanitaria materno filial y de declaración de nacimiento para inscripción en el Registro Civil), que se ejecutaban inmediatamente tras el nacimiento y antes del traslado del niño a la habitación postparto o, en su caso, de su hospitalización.

En definitiva, al SERIS le era exigible, conforme a los más elementales *estándares del servicio* cuya prestación tenía encomendada, identificar adecuadamente a cada bebé como hijo de su madre, sin que el asegurar tal resultado le exigiera una actividad imposible de desarrollar conforme al estado de la ciencia o de la técnica (más bien, parece una tarea sencilla) ni se viera imposibilitado, en este concreto caso, por ninguna circunstancia de fuerza mayor.

De todo lo anterior cabe concluir, la Administración autonómica, no solo intervino causalmente en la producción del daño, sino que, con su actuación, incumplió un deber de resultado que gravitaba sobre ella, vulnerando el derecho de la interesada a ser bien identificada. Con ello le deparó un daño que no tenía el deber de soportar, lo que permite afirmar ya el requisito de la antijuricidad de la lesión, que abordamos con más detenimiento en el apartado siguiente.

C) La antijuricidad de la lesión. - Como ya ha quedado dicho, la actuación del SERIS supuso que la reclamante fuera entregada por error, a los cinco días de su nacimiento, a una familia que no era la suya biológica.

No resultan necesarios complicados razonamientos para concluir que ello provocó a la interesada una lesión antijurídica, algo que no discuten ni el Instructor del expediente en su Propuesta de resolución, ni los Servicios Jurídicos de la CAR.

Si acaso, este Consejo estima necesario incidir en la propia gravedad del daño y calificarlo conforme a su auténtica naturaleza: la actuación administrativa entrañó para la interesada la vulneración de bienes jurídicos de indudable relevancia constitucional por cuanto desconoció su derecho a la identidad, y, por ende, conculcó particularmente sus derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen (art. 18 CE), los cuales se hallan vinculados especialmente a la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de la persona; sin olvidar que el autoreconocimiento y proyección exterior del sujeto individual, es un aspecto clave del libre desarrollo de la personalidad, fundamento, al igual que la dignidad de la persona, de nuestro orden político (art. 10.1 CE).

El derecho de los niños a ser bien identificados y entregados a sus padres biológicos -correlativo a su dignidad personal, y a sus derechos a conocer su identidad

y a disfrutar de su vida privada y familiar sin intromisiones ilegítimas- ha sido reconocido de manera más o menos explícita por diversos instrumentos internacionales ratificados por España, que, conforme al art. 10.2 CE, constituyen un canon hermenéutico de las “*normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce*”.

Sin ningún ánimo de exhaustividad cabe recordar aquí que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10-12-1948 (a cuyo tenor “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”, art. 16.3) proclama que “*nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada*”, ni en “*su familia*” (art. 12). Por su parte, el art. 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19-12-1966, establece que “*todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.*”.

Más en concreto, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20-12-1989 (CDN): (i) dispone que en las medidas que adopten los poderes públicos de los Estados Partes concernientes a los niños, una “*consideración primordial a la que se atenderá será el “interés superior del niño”*”; (ii) reconoce el derecho del niño, “*a un nombre*” y “*en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”; (iii) recoge el compromiso de los Estados Partes de “*respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos ..., el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*” y de velar “*por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos*” salvo que así lo exija el propio interés del menor; y (iv) reitera el derecho del niño a no ser “*objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada [ni en] su familia*” (arts. 3.1, 7.1, 8.1, 9.1 y 16.1 de la CDN).

En fin, el derecho de todos “*al respeto de su vida privada y familiar*” resulta recogido, también, en el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4-11-1950, y en interpretación de este precepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha razonado que “*toda persona tiene un interés vital, protegido por el artículo 8 del Convenio, en conocer la verdad sobre su identidad y en eliminar cualquier incertidumbre al respecto*” y que “*el interés de las personas en recibir la información necesaria para eliminar cualquier incertidumbre respecto a su identidad personal no desaparece con la edad, sino a la inversa*” (STEDH de 15-10-2019, Asunto *Capin contra Turquía*, Apartado nº 77).

El TC ha afirmado también, repetidamente, el derecho al nombre dentro del conjunto de derechos de la persona y, más concretamente, en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE (STC 117/1994, de 25 de abril, F. 3).

La consideración iusfundamental del derecho al nombre como elemento identificador y de proyección exterior de la persona es, especialmente, subrayada por el TC en su Sentencia 167/2013. Nuestro Alto Tribunal tiene ahí presente, además, que el nombre de la persona es también reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como “*elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada, cuya protección está consagrada por el art. 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*” (STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, ap. 52, que cita); y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dentro del ya citado derecho al respeto de la vida privada del art. 8 del Convenio, sobre la base también de su carácter identificador de la persona (Sentencia de 22 de febrero de 1994,

Caso Burghartz c. Suisse, ap. 24 y Sentencia de 25 de noviembre, Caso Stjerna c. Finlande, ap. 37, también citada por la STC 167/2013).

En nuestro Derecho Interno, la familia y los niños gozan de un expreso reconocimiento constitucional. Así, el art. 39 CE, cuyo apartado 4 dispone que “*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”, establece como principios rectores de la política social y económica, que han de informar la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE) la “*protección social, económica y jurídica de la familia*” y “*la protección integral de los hijos*”.

En particular, el mandato dirigido al legislador por el art. 39.2 *in fine* CE para posibilitar “*la investigación de la paternidad*” se hace efectivo en la actualidad por el art. 767.2 LEC, conforme al cual “*en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas*”. Más recientemente, el art. 2 y la DF 4ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia han introducido modificaciones, respectivamente, en el art. 46 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y en los arts. 15 y 17 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, con el fin de prever el empleo de las pruebas biométricas, médicas o analíticas que resulten, en su caso, necesarias, para determinar el vínculo de filiación del recién nacido con la madre.

Si ello es así es porque la Constitución ampara, siquiera sea tácitamente, y como requerimiento implícito de la dignidad de la persona humana, el “*derecho a la verdad biológica y a la propia identidad*”, expresión empleada, en un asunto semejante al que nos atañe, por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Navarra de 2-2-2022 (R. Ap. 506/2021). Ese “*derecho a la verdad biológica*” inspira decididamente nuestro Ordenamiento Jurídico Civil, como evidencia, por ejemplo, el reconocimiento de los derechos de las personas adoptadas a conocer sus orígenes biológicos (art. 180.6 Cc) o a mantener, en la medida de lo posible, relación con sus hermanos biológicos (art. 178.4 CE).

Es cierto que, como ha razonado la STC 116/1999, “*no existe...una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (...) ni, como queda dicho, el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial*”. Pero, en este caso, la reclamante nació en el seno de un matrimonio, el formado por Dª E y D. F, que la quería como propia y al que debió haber sido entregada, algo que, si no aconteció, no fue ni por voluntad de los progenitores ni a causa de una decisión administrativa o judicial fundada en el interés superior de la menor, sino como consecuencia de un lamentable error cometido por la Administración sanitaria.

La familia es la comunidad humana primordial, y en su seno nacen y se desarrollan, en las etapas más tempranas de la vida, los naturales lazos afectivos que vinculan a una persona con sus padres, hermanos, abuelos... Constituye así, para todo ser humano, un entorno que contribuye de manera determinante a la forja de la propia identidad personal.

Por ello, es obvio que el error de identificación padecido con la reclamante entre el 13-6-2002 y el 16-6-2002, además de haberle hecho formarse una idea equivocada de su identidad, impidió el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) pues alteró fatalmente, y de modo irreversible, el que, de no haber sido por ese anormal

funcionamiento del servicio público, habría constituido el curso normal de su vida y el panorama humano en el que ésta hubiera debido desenvolverse. Curso vital en el que el erróneo proceder de la Administración sanitaria introdujo una distorsión imposible ya de revertir.

Además, y no parece preciso insistir más en ello, la actuación administrativa vulneró el derecho a su intimidad familiar (art. 18.1 CE) del modo más intenso que pueda imaginarse: impidiendo a la reclamante, desde el momento inicial de su vida, la normal incorporación a su núcleo familiar de origen.

A las consideraciones precedentes, añadiremos una más, necesaria para calibrar la gravedad de la lesión. El daño causado presenta una doble dimensión y acarrea para la reclamante una doble pérdida pues se ha traducido: i) por una parte, en haber crecido en la creencia equivocada de ser sus familiares quienes biológicamente no lo eran, generando hacia ellos unos lazos que, sobrevenidamente, ha descubierto que no se correspondían con la verdad biológica; y ii) por otra, en haberse visto privada, en su infancia y adolescencia, de la posibilidad de desarrollar los vínculos afectivos y de todo orden que naturalmente hubiera debido entablar con sus auténticos progenitores y con el entorno familiar al que genéticamente pertenecía. Vínculos que ni siquiera serán ya posibles en lo sucesivo con su madre biológica, que falleció en 2018.

En definitiva, la lesión causada a la demandante no es solo antijurídica, sino de una innegable gravedad y ha supuesto para ella una violación de bienes jurídicos de alcance constitucional, que sin duda cabe considerar como generadora de un daño moral.

Cuarto

La indemnización

1.- Vaya por delante que este Consejo es plenamente consciente de que ninguna indemnización, por elevado que fuera su importe, podría, en sentido literal, reparar el daño sufrido por la reclamante (esto es, dejarle *indemne*), pues nunca sería capaz de colocarle en una situación igual a aquella en la que se encontraría si la lesión no hubiera tenido lugar.

Esto dicho, tratándose de daños morales, toda indemnización que se establezca para resarcirlos debe responder a tres requisitos: ser *proporcionada* a la gravedad del daño, resultar respetuosa con el principio de *reparación integral* y *estar motivada*.

Ante la imposibilidad de valorar de manera exacta los daños morales, y de traducirlos en una compensación económica -cuestión sobre la que nos hemos pronunciado, por ejemplo, en los D.48/01, D.67/06 o D.76/11- resulta oportuno buscar en el sistema de fuentes, en el Derecho Positivo, elementos de juicio válidos que permitan situar el importe de la indemnización en un rango cuantitativo razonable, que no resulte, por exceso o por defecto, desproporcionado o irracional; y que, dentro del inevitable componente subjetivo que tiene toda cuantificación de un daño moral, pueda considerarse producto de un ejercicio de discrecionalidad -que no arbitrariedad-valorativa.

A tal efecto, como se ha indicado con anterioridad, es usual en la práctica administrativa y en los pronunciamientos de los órganos judiciales el acudir a los baremos establecidos por la legislación sobre seguro y responsabilidad civil derivada de

accidentes de circulación; y así ha operado también tradicionalmente este Consejo en numerosas ocasiones, pudiéndose citar como ejemplo los dictámenes antes referidos.

Naturalmente, al estar previstas para *supuestos de hecho* diferentes, las valoraciones contenidas en esa legislación (esto es, las *consecuencias jurídicas* de esas disposiciones normativas) no resultan automáticamente vinculantes para el aplicador del Derecho, sino que, todo lo más, le proporcionan referencias orientativas que permitan “*introducir criterios de objetividad en la determinación del «quantum» indemnizatorio*” (STS de 16-5-2012).

2.- Pues bien, a fin de fijar la indemnización, este Consejo juzga oportuno acudir a lo establecido por el TR de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor (TRLRCS), aprobado por RD-Leg 8/2004, de 29 de octubre, en los términos vigentes tras la reforma operada 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.

En particular, los arts. 134 y ss y la Tabla 3 del TRLRCS regulan las indemnizaciones diarias por lesiones temporales, tanto cuando estas lesiones generan un perjuicio personal básico (art. 136), como cuando irrogan un perjuicio personal particular (arts. 137 y ss).

Es cierto que, en rigor, no cabe aquí una aplicación *analógica* de normas, dado que entre un supuesto (lesiones temporales) y otro (daños morales) no existe *identidad de razón* (art. 4.1 Cc); pero también lo es que si el legislador democrático (art. 66 CE) ha atribuido una determinada valoración a las indemnizaciones diarias por lesiones corporales, no resulta ilógico, a falta de otra previsión normativa, partir de esa misma valoración cuando, como sucede en supuestos como este, se trata de indemnizar lesiones a bienes jurídicos de naturaleza moral, a los que el Ordenamiento no puede querer dispensar una protección muy diferente.

Así, teniendo en cuenta la acusada gravedad de perjuicio causado (que ya hemos razonado con anterioridad), parece conveniente asumir como primera referencia la cuantía diaria de las indemnizaciones por lesiones corporales causantes de un perjuicio personal particular muy grave de acuerdo con el art. 134.3.b) y la Tabla 3 del TRLRCS. En el año 2021 (fecha que tomaremos como final por las razones que de seguido se expondrán) ascendía a 105,35 euros, de acuerdo con la actualización establecida por la Resolución de 2-2-2021, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE de 19-2-2021).

3.- Un segundo elemento a considerar sería el de la duración temporal del daño moral. Sobre este extremo, la Propuesta de resolución de 14-12-2021 argumenta que éste se extendería “*desde el conocimiento del intercambio de los bebés... hasta la reclamación en vía administrativa*”, aduciendo, en apoyo de esa tesis la Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Canarias/Las Palmas de 30-3-2009 y la reciente Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 3 de Pamplona de 6-9-2021.

Más allá de que esta última ha sido parcialmente revocada en apelación por la ya citada STSJ de Navarra de 2-2-2022 (R. Ap. 506/2021), este Consejo no puede compartir esos criterios sobre la extensión temporal del daño moral analizado. Más bien

al contrario, nos parece obvio que el daño moral sufrido por la interesada, en los términos en que se han descrito, se le produjo:

-Desde el momento del intercambio, que como fecha muy tardía tuvo lugar el 15 o el 16-6-2002, momento en que se dio de alta a la otra niña.

-Y, por tomar una referencia temporal que pueda considerarse segura, cuando menos hasta el momento en que quedó definitivamente establecida su verdadera filiación (Sentencia de 22-11-2021).

En todos y cada uno de los días comprendidos entre esas dos fechas (su infancia, su adolescencia...) la reclamante se vio privada de aquello que le correspondía en Derecho, y según la más elemental naturaleza de las cosas: disfrutar de su vida junto a su familia biológica.

Ese daño moral se estaba produciendo *per se*, con independencia de que la reclamante no fuera consciente de la situación. Cosa bien distinta es que, además, una vez tuvo noticia de que había sido objeto de un desgraciado intercambio, el saber esa circunstancia le haya podido deparar perjuicios de índole psicológica que, en este caso sí, solo pudieron desarrollarse sobrevenidamente, cuando tuvo conocimiento de la verdad.

Entre el 16-6-2002 y el 22-11-2021 transcurrieron, salvo error, 7.099 días, que, multiplicados por la cifra de 105,35 euros un resultado de 747.879,65 euros.

4.- A partir de ahí, aun tomando esa cifra como punto de referencia, esa cantidad debe incrementarse prudencialmente hasta los 850.000 euros (en torno a un 15%) atendiendo a las siguientes consideraciones:

i) La lesión padecida -que entraña esa *doble pérdida* a que antes se ha aludido- no es, de naturaleza corporal, sino moral, y se proyecta sobre la esfera más íntima de la persona o, si quiere expresarse así, sobre bienes jurídicos (derecho a la propia identidad, derecho a la intimidad familiar, dignidad, libre desarrollo de la persona...) que integran el núcleo mismo del estatuto jurídico que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos y que los poderes públicos deben amparar.

ii) Al daño genuinamente moral, parece habersele añadido un perjuicio psicológico pues, según el informe pericial adjunto a la reclamación, la interesada ha sufrido un trastorno de estrés postraumático motivado por haber sabido que aquellos que creía sus padres biológicos no lo eran. Dato que la Propuesta de resolución -aunque discute que esos daños se prolonguen hacia el futuro- no pone en tela de juicio.

En este sentido, resulta oportuno recordar que la jurisprudencia ha venido considerando admisible, en el caso de las lesiones morales, la "*apreciación global del daño*" mediante el establecimiento de una suma total, "*debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso*", así como la inclusión "*en dicha suma total del conjunto de perjuicios de toda índole causados*" Por todas, STS de 20-3-2018 (RCas 2820/2016).

Por tanto, estimamos procedente que se reconozca a la reclamante el derecho a recibir una indemnización de 850.000 euros por todos los conceptos.

5.- Naturalmente, las apreciaciones que anteceden, se entienden sin perjuicio de la prueba que pueda practicarse en otras instancias en relación con los extremos de hecho que se han tomado en consideración para la fijación de la indemnización.

6.- A los efectos del art. 34.3 LSP'15, como la cuantía de la indemnización está ya actualizada a la fecha que hemos considerado como final, la cantidad reconocida deberá incrementarse en el interés legal del dinero desde la fecha de la resolución que ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

CONCLUSIONES

Primera

Ha de tenerse por acreditada en el expediente la existencia de un daño moral, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, producido a la reclamante.

Segunda

Existe relación de causalidad entre los daños morales sufridos por la interesada y el funcionamiento de un servicio público a cargo de la Comunidad Autónoma de La Rioja, concurriendo los demás requisitos exigidos por la ley para que nazca la obligación de indemnizar el daño por la Administración.

Tercera

La cuantía de la indemnización a cargo de la Administración debe fijarse en la cantidad de 850.000 euros.

Cuarta

Las anteriores conclusiones se realizan sin perjuicio de lo advertido en el F.Jco. Primero 3 de este Dictamen.

CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA

Dictamen 117/2022, de 1 de enero de 2022

Sobre la consulta facultativa en relación a la legalidad de la creación de la sede electrónica del Consejo de Transparencia de la Región de Murcia.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 14 de diciembre de 2021, el Presidente del Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia (en adelante, CTRM) dicta Resolución “por la que se crea la Sede Electrónica del CTRM, así como la dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de las redes de telecomunicaciones, cuya titularidad, gestión y administración corresponde a esta administración, en el ejercicio de sus competencias” (BORM núm. 291, de 18 de diciembre de 2021).

La Resolución tiene la siguiente estructura y contenido:

Primero. Objeto, ámbito y características de la Sede Electrónica que se crea.

Segundo. Contenidos y servicios de la Sede Electrónica del CTRM.

Tercero. Registro Electrónico.

Cuarto. Medios para la formulación de quejas y sugerencias.

Disposición transitoria. Puesta en funcionamiento de la sede.

Disposición final primera. Adaptación de determinadas características de la sede.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

SEGUNDO.- En sucesivos escritos de 7 y 22 de febrero de 2022, el CTRM solicita a la Consejería de Transparencia, Seguridad y Emergencias que realice diversas actuaciones dirigidas a cesar en la intermediación por parte de dicho Departamento en las comunicaciones dirigidas por los ciudadanos al Consejo, de modo que éstas puedan hacerse llegar directamente al indicado órgano sin antes pasar por el Registro de la Consejería, otorgando un código propio a la Oficina de Registro del CTRM.

Del mismo modo, se solicitaba que las comunicaciones entre la Consejería y el CTRM se canalizaran a través del sistema de registro, dejando de utilizar el sistema COMINTER ya que el referido Consejo es “independiente orgánica y funcionalmente de la CARM”.

TERCERO.- El 18 de febrero de 2022 la Inspección General de Servicios elabora un “*informe sobre la creación de la sede electrónica del Consejo de la Transparencia y de un registro electrónico*”. Tras analizar la naturaleza jurídica del CTRM y concluir que se trata de un “*ente de derecho público con autonomía orgánica y funcional, no integrado en ninguna Consejería ni Departamento pero vinculado con la Administración Pública Regional*”, analiza la legalidad de la resolución del Presidente

del CTRM de 14 de diciembre de 2021 y considera que la creación de la sede electrónica y del registro electrónico propios del CTRM vulneran lo establecido en el Decreto 302/2011, de 25 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Gestión Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (DGE). Así mismo, la regulación de los canales de acceso a los servicios por parte de los ciudadanos sería contraria a la establecida en el Decreto 236/2010, de 3 de septiembre, de Atención al Ciudadano en la Administración Pública de la Región de Murcia, mientras que la determinación de los medios para la formulación de quejas y sugerencias sería contraria al artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

CUARTO.- El 23 de marzo de 2022 el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Transparencia, Seguridad y Emergencias, evacua informe jurídico preparatorio de la consulta facultativa al Consejo Jurídico de la Región de Murcia. El informe analiza el régimen jurídico aplicable al CTRM y cuál es su naturaleza, concluyendo que se trata de una entidad pública vinculada o dependiente de la Administración Pública regional, cuyo régimen está próximo al de las autoridades administrativas independientes del sector público estatal, como el Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno.

Por otra parte, considera que tanto el Presidente del CTRM como el propio órgano en sí carecen de potestad reglamentaria y que en la Administración regional sólo podrán crearse sedes electrónicas y registros electrónicos mediante Ley o Decreto, por lo que su creación mediante un acto administrativo como la resolución objeto de estudio no es conforme a derecho.

Sostiene el informe, además, que, si la resolución de 14 de diciembre de 2021 se considera un acto administrativo, sería nulo por incurrir en incompetencia por razón de la materia (art. 47.1, letra b), LPACAP), mientras que de ser considerada como disposición administrativa de carácter general, sería nula al amparo del artículo 47.2 de la misma Ley, al haber sido dictada por órgano que carece de potestad normativa y competencia material para ello, sin haberse seguido el procedimiento de elaboración reglamentaria y ser, en definitiva, contraria a la regulación contenida en el DGE.

En cuanto a las vías de reacción frente a dicha resolución, que se considera nula, apunta el informe la impugnación en vía contencioso-administrativa de la resolución, con o sin previo requerimiento del artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), o indirectamente mediante la de los actos de aplicación de la resolución, así como la revisión de oficio, bien a iniciativa propia, bien solicitando a la Presidencia del CTRM que declare la nulidad de su resolución.

QUINTO.- El 28 de marzo de 2022, la Secretaria General de la Consejería de Transparencia, Seguridad y Emergencias, por delegación del Consejero, formula consulta facultativa al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, que se concreta en las siguientes cuestiones:

“¿Es legal la creación de una sede electrónica y de un registro electrónico llevada a cabo por el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia mediante Resolución de 14 de diciembre de 2021? En particular:

¿Contraviene dicha Resolución, en lo que se refiere a la creación de la sede electrónica, el Decreto 302/2011, de 25 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Gestión Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia?,

¿Contraviene dicha Resolución, en lo que se refiere a la creación del registro electrónico, el Decreto 302/2011, de 25 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Gestión Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia o el Decreto 236/2021 (sic), de 3 de septiembre, de Atención al Ciudadano en la Administración Pública de la Región de Murcia?

En caso afirmativo, ¿qué vicio afectaría a la citada Resolución y de qué forma puede reaccionar frente a él la Administración General de la Comunidad Autónoma?''

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extractos de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen mediante comunicación interior de fecha 28 de marzo de 2022.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

[...]

SEGUNDA.- De la naturaleza y posición institucional del CTRM.

Como de forma acertada advierten los informes obrantes en el expediente, el abordaje de la cuestión principal a resolver en el presente Dictamen, esto es, la legalidad o ilegalidad de la resolución dictada por el Presidente del CTRM, exige una determinación previa cual es la caracterización del propio Consejo de la Transparencia y su encaje en el entramado organizativo de la Administración Pública de la Región de Murcia.

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), prevé en su artículo 24 una vía específica de impugnación frente a las resoluciones administrativas de las solicitudes de acceso a la información pública. Se trata de una reclamación a interponer ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) que crea la misma Ley (art. 33), como organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la hoy derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, quedando adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y con declaración expresa de estar dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. Actúa este organismo con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines.

La Disposición adicional cuarta LTAIBG, por su parte, atribuye la resolución de las reclamaciones contra las resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las entidades locales comprendidas en su ámbito territorial, *“al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas”*.

Como se puede observar, el régimen legal descrito prevé la existencia de órganos autonómicos diferentes del CTBG a los cuales únicamente impone dos rasgos básicos que han de reunir: que sean determinados por cada Comunidad Autónoma y que sean independientes, lo que ha propiciado una amplia diversidad entre los órganos y organismos autonómicos que se han venido creando en los últimos años, dando lugar tanto a entidades dotadas de personalidad jurídica propia como a órganos administrativos, algunos de ellos vinculados al Poder Legislativo, pues la independencia, núcleo de esta categoría de organizaciones administrativas, puede subsistir sin personificación.

En este marco regulador nace el CTRM. Se crea por el artículo 38.1 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (LTRM) como “*órgano independiente de control en materia de transparencia en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que velará por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y garantizará el derecho de acceso a la información pública*”, y que actuará con “*plena independencia orgánica y funcional de las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias*”. Se prevé, asimismo, que su relación con la Administración regional se llevará a cabo a través de la Consejería competente en materia de transparencia. Se regula en dicho precepto su composición y funciones y se atribuye al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, a propuesta de la indicada Consejería, la aprobación de “*las normas sobre estructura, competencias y funcionamiento del Consejo que sean necesarias para el desarrollo de lo dispuesto en este artículo*” (artículo 38.9 LTRM).

La Ley 7/2016, de 18 de mayo, de reforma de la LTRM, modifica el artículo 38.1 de esta última, adicionando el siguiente inciso: el CTRM “*se configura como un ente de los previstos en la disposición adicional quinta de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*”. Cabe recordar aquí que la referida disposición, en la redacción otorgada por la misma Ley 7/2016, de 18 de mayo y bajo el epígrafe “*régimen propio de otros entes*”, establece que “*El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia y el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia se regirán por esta ley en lo no previsto en su normativa específica*”. Es decir, se incorpora el CTRM a la disposición adicional quinta de la Ley 7/2004, que en su redacción original únicamente contemplaba al Consejo Jurídico y al Consejo Económico y Social.

Unos meses más tarde de la entrada en vigor de la modificación operada por la Ley 7/2016, la Ley de Presupuestos de la Región de Murcia para el ejercicio 2017, la Ley 1/2017, de 9 de enero, adiciona un nuevo artículo 38 bis a la LTRM que con el epígrafe “*Régimen presupuestario, de gestión económica y de contratación del Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia*”, dispone que el Consejo elaborará y aprobará su anteproyecto de presupuestos, que figurará como una sección dentro de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, le atribuye al Presidente del CTRM la ordenación de gastos y el ejercicio de las restantes competencias en materia de ejecución del presupuesto, precisando que ejercerá las competencias que el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia atribuye a los consejeros, siendo de su exclusiva incumbencia las relativas a la ejecución y liquidación del presupuesto, si bien, los pagos serán ordenados y realizados por la Consejería

competente en materia de hacienda a instancia del Presidente del Consejo. Asimismo, el Presidente del Consejo asume las atribuciones que son propias de los consejeros del Gobierno en materia de contratación.

La misma Ley 1/2017, de 9 de enero, añade una Disposición adicional cuarta a la LTRM, en cuya virtud, el CTRM elaborará su Reglamento Orgánico y de Funcionamiento, que será elevado al Consejo de Gobierno para su aprobación. Este reglamento aún no ha sido aprobado.

En este marco jurídico cabe comenzar por señalar que el CTRM es definido legalmente en su norma de creación como un “*órgano independiente de control en materia de transparencia*” que actuará con “*plena independencia orgánica y funcional de las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias*”. Su inclusión en el año 2016 en la Disposición adicional quinta de la Ley 7/2004 como un ente con régimen jurídico propio, no conlleva a juicio de este Órgano Consultivo un cambio en la naturaleza estrictamente orgánica del CTRM, sino que únicamente viene a señalar que las peculiaridades que son propias de dicho órgano determinan que su régimen jurídico propio sea de aplicación preferente y que la Ley 7/2004, por la que se establecen las normas organizativas y de funcionamiento de la Administración regional, sólo le serán de aplicación de forma supletoria en defecto de previsiones propias.

En particular, la inclusión del CTRM en la referida disposición adicional no determina por sí sola un cambio tan radical como el de transmutar su naturaleza, pasando de ser órgano a ser un ente dotado de personalidad jurídica diferenciada. Y ello porque su calificación de “ente” sólo se hace de forma indirecta, a través del epígrafe que encabeza la disposición adicional que, de forma harto imprecisa, identificaría como entes a dos organizaciones administrativas tan diferentes en su naturaleza como el Consejo Jurídico y el Consejo Económico y Social, ambos de la Región de Murcia.

Así, el CES sí es un ente porque así lo establece de manera expresa el artículo 2.3 de su Ley de creación (Ley 3/1993, de 16 de julio, del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia), según el cual se configura como un ente de Derecho público, de los previstos en el artículo 6, 1, a), de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, con autonomía orgánica y funcional, que goza de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, regulándose en sus relaciones jurídicas externas por el Derecho privado, y que se adscribe a la Consejería de Fomento y Trabajo (art. 2.4).

Por su parte, la naturaleza, posición institucional y carácter del Consejo Jurídico es muy distinta, pues se configura como el superior órgano consultivo en materia de gobierno y administración de la Comunidad Autónoma de Murcia que ejerce su función consultiva con plena autonomía orgánica y funcional y que no está integrado en ninguna de las Consejerías ni departamento de la Administración regional (art. 1 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia). Adviértase que este Órgano Consultivo no transmutó la naturaleza y el carácter de órgano que le atribuye su Ley fundacional por el de “ente” ni adquirió personalidad jurídica diferenciada por su ulterior inclusión en la Disposición adicional quinta de la Ley 7/2004, cuya verdadera finalidad fue la de salvaguardar el régimen jurídico preexistente de ambos Consejos para evitar los riesgos interpretativos que podrían surgir del principio hermenéutico *lex posterior derogat priori*, ante eventuales antinomias entre las leyes fundacionales de los Consejos Jurídico y Económico y Social y la Ley 7/2004, de 28 de diciembre. Es decir, la referida disposición no altera la naturaleza de los

Consejos a los que se refiere, sino que, antes al contrario, refuerza o renueva la especificidad de sus respectivos regímenes jurídicos, declarando aplicable la nueva Ley sólo de forma subsidiaria y en defecto de previsiones propias, de modo análogo a lo que hacía el apartado 1 de la Disposición adicional décima de la hoy derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, para determinados organismos.

De ahí que la adición del CTRM en el año 2016 a esta disposición adicional quinta de la Ley 7/2004, no haya de interpretarse como una alteración de su naturaleza jurídica por la vía de una atribución implícita de personalidad jurídica pública, ni que su régimen jurídico es idéntico o incluso similar al de los otros “entes” allí incluidos. Antes al contrario, su inclusión en esta Disposición adicional viene a reforzar la peculiaridad de su régimen. De hecho, el propio CTRM en un Acuerdo del Pleno del Consejo de 27 de marzo de 2018, por el que se delegan en el Presidente determinadas competencias resolutorias en los procedimientos de reclamaciones en materia de acceso a la información, publicado mediante resolución de su Presidente, de 19 de abril de 2018 (BORM 106, de 10 de mayo), y posterior por tanto a su incorporación a la disposición adicional quinta de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, se autodefine como “*órgano sin personalidad jurídica propia a, de carácter colegiado*”.

Y son precisamente estas peculiaridades del régimen jurídico del CTRM las que dificultan su clasificación cuando se pretende englobar este órgano en la estructura o sistema diseñado por la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, estructurado en una Administración General y el sector público institucional vinculado o dependiente de ella.

En efecto, de conformidad con el artículo 2.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), el sector público comprende la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y el sector público institucional. Éste, a su vez, se integra, en lo que aquí interesa, por cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

Sobre esta base, la Comunidad Autónoma en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 51 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, en cuya virtud le corresponde la creación y estructuración de su propia Administración Pública dentro de los principios generales y normas básicas del Estado, procede a crear y estructurar su propia Administración Pública.

Así, prescindiendo del antecedente más remoto de la Ley 1/1982, de 18 de octubre, de Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Región de Murcia, disponía en su artículo 44.1 que “*La Administración Pública regional bajo la dirección del Consejo de Gobierno actuará para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única y plena capacidad de obrar*”, al tiempo que preveía la posibilidad de que la Comunidad Autónoma se dotara de una administración institucional compuesta por organismos autónomos y entidades públicas regionales.

Derogada esta Ley por las Leyes 6 y 7/2004, de 28 de diciembre, el artículo 1.1 de esta última, al delimitar su ámbito de aplicación, dispone que regula “*la organización*

y el funcionamiento de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, integrada por la Administración General de la Comunidad Autónoma y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, para el desarrollo de su actividad”, definiendo a continuación ambos componentes de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma: la Administración General y los organismos públicos.

Así, la Administración General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia es la organización técnica y profesional que, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, y bajo la dirección del Consejo de Gobierno y de sus miembros, asume la realización de los intereses públicos regionales (art. 1.2). Está constituida por órganos jerárquicamente ordenados y actúa con personalidad jurídica única (art. 2.1).

Por su parte, los organismos públicos regulados en el Título IV de la Ley (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión, tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservado a la Administración General; dependen de ésta y se adscriben, directamente o a través de otro organismo público a la Consejería competente por razón de la materia o a la que establezca su ley de creación. Poseen, además, personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios (art. 38.1 Ley 7/2004).

Es evidente que la subsunción del CTRM en alguna de estas dos categorías administrativas previstas por la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, no es fácil, ni siquiera posible. En primer lugar, la independencia del órgano, que reviste carácter esencial y definitorio de todo su régimen, dificulta su consideración como un órgano integrado en la estructura jerárquica de la Administración General de la Comunidad Autónoma, organización regida por rígidas relaciones escalonadas de subordinación y supremacía bajo la superior dirección del Consejo de Gobierno. Y si bien es cierto que la LTRM no prevé, como sí lo hace la LCJ (art. 1.3) de forma expresa para el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, que el CTRM no está integrado en ninguna Consejería o Departamento de la Administración regional, también lo es que la norma de creación del órgano no establece de modo expreso su forma de integración en la Administración, como exige el artículo 5.3, letra a) LRJSP, al disponer que la creación de todo órgano administrativo exigirá, al menos y entre otras previsiones, la “*determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica*”, en términos idénticos a los usados por la LPAC, norma vigente en el momento de crearse el CTRM.

Por otra parte, la difícil conciliación entre conceptos *a priori* opuestos como son los de jerarquía y neutralidad política que es propia de la independencia con que la Ley dota al órgano para el ejercicio de sus funciones de control, permite dar preeminencia a esta última característica, de modo que esa independencia funcional del órgano se traduce también en una independencia orgánica, expresamente reconocida por el artículo 38.2 LTRM, y que se entiende aquí como la no integración del CTRM en la estructura orgánica jerarquizada de una Consejería y ajeno, en consecuencia, a la dirección política de su titular.

Es cierto que la independencia funcional de un órgano puede ser compatible con su integración en la estructura jerárquica de una Consejería o Departamento, pues existen ejemplos de ello, es decir, de órganos que gozan de plena autonomía e

independencia funcional por expreso mandato de sus normas de creación, aun cuando a efectos presupuestarios y orgánicos se integran en estructuras jerarquizadas, como ocurre con aquellos que ejercen la función interventora en el seno de la Administración, que suelen depender orgánicamente de los departamentos hacendísticos de cada Administración. No obstante, las relaciones de supremacía y subordinación en estos casos se encuentran ampliamente moduladas respecto de las que de modo ordinario rigen las relaciones entre los órganos superiores e inferiores de dichos departamentos y no alcanzan al ejercicio de la función específica a cuyo fin se otorga la autonomía o independencia funcional. En cualquier caso, en tales supuestos, y a diferencia de lo que ocurre respecto del CTRM no existe una previsión expresa de independencia orgánica como la que sí contiene el artículo 38.2 LTRM.

Del mismo modo, las funciones que tiene atribuidas el Consejo, en especial la de control en materia de transparencia, que no puede reconducirse a las que legalmente se consideran como propias de los organismos públicos (actividades de ejecución o gestión, tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservado a la Administración General), su carencia de personalidad jurídica diferenciada y de tesorería propia (de ahí que la ordenación de pagos del CTRM la realice el Consejero competente en materia de Hacienda) y, una vez más, su no adscripción a una Consejería o departamento de la Administración General, impiden considerarlo como un organismo público vinculado o dependiente de la Administración General.

Tampoco cabría considerarlo como una “*entidad de derecho público vinculada o dependiente de la Administración General de la Comunidad Autónoma*”, acudiendo así al término genérico utilizado por la norma básica para dar cabida a las distintas formas y soluciones organizativas que los ordenamientos autonómicos y la normativa no básica del sector público estatal han previsto para designar a toda una variedad de entes y organizaciones administrativas dotados de personalidad jurídica pública. Y ello porque en el ordenamiento autonómico tales entidades de derecho público habrían de reconducirse a alguna de las categorías contempladas en aquél, es decir, los ya citados organismos públicos (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) y, ya con rasgos muy diferentes, otras entidades como los consorcios (artículo 9 Ley 7/2004 y 118 y ss LRJSP). Y tales organismos públicos, de conformidad con el artículo 1.3 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, constituyen “*organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes*” de la Administración General de la Comunidad Autónoma, lo que resultaría contradictorio con la independencia legalmente proclamada del órgano de control.

Llegados a este punto y una vez descartado que el CTRM sea un organismo público o una entidad de derecho público vinculada a o dependiente de la Administración General de la Comunidad Autónoma, es decir, una vez establecido lo que no es, queda por determinar qué es este Consejo si no es Administración General ni institucional de la Comunidad Autónoma.

Ya hemos anticipado que el CTRM se crea por la LTRM como un órgano independiente de control en materia de transparencia, que actuará con “*plena independencia orgánica y funcional de las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias*”. Su configuración legal como órgano al que se le atribuyen funciones de velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa que incumben a las Administraciones públicas y por la garantía del derecho de acceso de los ciudadanos

a la información pública, incluso la de resolver reclamaciones frente a resoluciones administrativas, dotan a este órgano de una evidente naturaleza administrativa. De ahí que en su creación la Comunidad Autónoma ejerció no sólo las competencias que en materia de transparencia administrativa le corresponden sino también las de estructuración de su propia Administración pública, y que tiene atribuidas por el artículo 51 del Estatuto de Autonomía.

En ejercicio de esta competencia estableció un órgano administrativo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, no integrado en la Administración General ni en su Administración institucional. Carece de dependencia orgánica y funcional de dicha Administración, pues no está sujeto a la dirección jerárquica y política de ningún órgano de aquélla ni está adscrito a Consejería o Departamento alguno.

Es cierto que el artículo 1.1 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, proclama que la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia está integrada por la Administración General de la Comunidad Autónoma y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, de donde cabe concluir que ningún órgano administrativo de la Administración regional podría existir al margen de la Administración General y sus organismos públicos, pero no puede obviarse que esta estructuración general de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma se establece por una Ley ordinaria, la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, por lo que nada impide que otra Ley posterior, la LTRM del año 2014, establezca excepciones, siempre y cuando éstas no contravengan las prescripciones estatutarias ni la normativa básica.

Cabe recordar que el artículo 51 del Estatuto de Autonomía, integrado en el Capítulo Primero del Título V bajo el epígrafe “De la Administración Pública Regional” dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma la creación y estructuración de su propia Administración Pública, dentro de los principios generales y normas básicas del Estado. Establece en su apartado 2 los principios ya clásicos de legalidad, eficacia, economía, jerarquía, coordinación, descentralización y desconcentración, a los que habrá de responder la organización de dicha Administración, y proclama en su apartado 3 que la Administración Regional posee personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

De tales prescripciones no se advierte obstáculo alguno al establecimiento de una estructura administrativa basada en dos elementos u organizaciones principales: la Administración General y sus organismos públicos, que admite la existencia de órganos de la Administración Pública de la Región de Murcia ajenos a dichas organizaciones, pues no cabe identificar necesariamente el término estatutario de “*Administración Pública de la Comunidad Autónoma*” con el legal de “*Administración General de la Comunidad Autónoma*”.

En cualquier caso, este tipo de órganos administrativos extramuros de la Administración General, aunque excepcionales, han sido objeto de reconocimiento tanto doctrinal como legal. En efecto, para la doctrina administrativista constituyen lo que se ha venido en llamar “administraciones independientes”, concepto que englobaría a aquellas organizaciones administrativas que desarrollan funciones propias de la Administración activa y que están configuradas legalmente de forma que el Gobierno y el resto de la Administración gubernativa o general carecen de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la Administración institucional

instrumental, y ello con la finalidad de neutralizar políticamente una actividad integrada en la órbita del Poder ejecutivo.

Dentro de este concepto caben, a su vez, tanto órganos administrativos como entidades dotadas de personalidad jurídica propia. Estas últimas son aquellas que la LRJSP (artículo 109) denomina como autoridades administrativas independientes y que en el ámbito del sector público estatal se definen como “*entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley*” (art. 109.1 LRJSP).

Junto a ellas, también el ordenamiento jurídico contempla órganos administrativos sin personificación jurídica pública que no están integrados en la Administración jerárquica o General, pero que sí tienen la consideración de Administración Pública y que forman parte del sector público. Es el caso de los previstos por el artículo 2.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que se refiere a “*los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado que, careciendo de personalidad jurídica, no están integrados en la Administración General del Estado*” y a los que la referida Ley incluye en el sector público estatal, como una categoría diferente de los dos integrantes principales del referido sector público, la Administración General del Estado y el sector público institucional estatal.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que el CTRM es un órgano independiente de control, sin personalidad jurídica propia y diferenciada, que forma parte de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, pero no de su Administración General e institucional y cuyo régimen jurídico en relación con las cuestiones a que se contrae la consulta se ajustará a lo establecido en su norma de creación, en su Reglamento de Organización y Funcionamiento (Disposición adicional cuarta LTRM) una vez se apruebe, en las normas sobre estructura, competencias y funcionamiento del Consejo que apruebe el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma (art. 38.9 LTRM) y en la normativa básica del Sector Público (art. 2.1, letra b, LRJSP), y en defecto de previsión en su normativa específica, por la Ley 7/2004, de 28 de diciembre.

Es decir, la delimitación concreta de los ámbitos funcionales en los que se manifiesta su independencia y autonomía es el especificado en su régimen especial distinto del general, correspondiendo a éste lo no especificado en aquél.

TERCERA.- Sobre la legalidad o ilegalidad de la creación de una sede electrónica y de un registro electrónico llevada a cabo por el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia mediante Resolución de su Presidente, de 14 de diciembre de 2021.

I. La consulta objeto de este Dictamen plantea dos cuestiones principales, la primera de ellas desglosada a su vez en dos particulares. A dar respuesta a esta primera cuestión se destina la presente consideración:

“¿Es legal la creación de una sede electrónica y de un registro electrónico llevada a cabo por el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia mediante Resolución de 14 de diciembre de 2021? En particular:

¿Contraviene dicha Resolución, en lo que se refiere a la creación de la sede electrónica, el Decreto 302/2011, de 25 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Gestión Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia?,

¿Contraviene dicha Resolución, en lo que se refiere a la creación del registro electrónico, el Decreto 302/2011, de 25 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Gestión Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia o el Decreto 236/2021 (sic), de 3 de septiembre, de Atención al Ciudadano en la Administración Pública de la Región de Murcia?

II. Por Resolución de 14 de diciembre de 2021 de su Presidente *“se crea la sede electrónica del CTRM, así como la dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de las redes de telecomunicaciones, cuya titularidad, gestión y administración corresponde a esta administración en el ejercicio de sus competencias”*.

El apartado primero de la resolución crea la sede electrónica del CTRM y define su objeto, ámbito y características al tiempo que en su apartado segundo detalla los contenidos y servicios de la referida sede electrónica. El apartado tercero establece el Registro Electrónico del CTRM para la recepción y remisión, por vía electrónica, de solicitudes, escritos y comunicaciones, al que se accederá a través de la sede electrónica del propio CTRM. El apartado cuarto se dedica a los medios a través de los cuales se podrán formular quejas y sugerencias. La resolución se completa con una disposición transitoria relativa a la puesta en funcionamiento de la sede y dos disposiciones finales, por las que se habilita al Presidente del CTRM para adaptar determinadas características de la sede y se fija la entrada en vigor de la resolución.

III. Sobre la creación de la sede electrónica.

El artículo 38.1 LRJSP define la sede electrónica como aquella dirección electrónica, disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, o bien a uno o varios organismos públicos o entidades de Derecho Público en el ejercicio de sus competencias.

El apartado 3 del mismo precepto básico deja a cada Administración Pública la determinación de *“las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas”*.

Esta regulación legal ha sido objeto de desarrollo normativo por el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (RAFME), que en sus artículos 9 y siguientes establece normas de carácter básico relativas a la creación de sedes, dictadas al amparo de la competencia estatal exclusiva del Estado en materia de procedimiento administrativo común y bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, ex artículo 149.1, 18ª CE.

Así, tras reproducir la definición legal de sede electrónica, establece en su artículo 9.1 que *“mediante dicha sede electrónica se realizarán todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios que requieran la identificación de la Administración Pública y, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas”*.

El artículo 10, cuyos apartados 1 y 2 tienen carácter de norma básica, prevé la posibilidad de crear una o varias sedes electrónicas asociadas a una sede electrónica atendiendo a razones técnicas y organizativas y dispone la obligación de publicar el acto o resolución de creación de la sede tanto en el Boletín Oficial correspondiente como en el Directorio del Punto de Acceso General que corresponda, estableciendo el contenido mínimo del acto o resolución de creación, que determinará, al menos los siguientes extremos:

“a) El ámbito de aplicación de la sede electrónica o sede electrónica asociada.

b) La identificación de la dirección electrónica de referencia de la sede electrónica o sede electrónica asociada que se cree, así como de las direcciones electrónicas de las sedes electrónicas que desde el momento de la creación ya sean asociadas de aquella. Las sedes electrónicas asociadas con posterioridad a la publicación del instrumento de creación se referenciarán en la mencionada dirección electrónica.

c) La identificación de su titular.

d) La identificación del órgano u órganos encargados de la gestión y de los servicios puestos a disposición en la misma”.

De lo hasta aquí expuesto se desprende: a) que en una misma Administración Pública pueden existir una o varias sedes electrónicas en atención a razones técnicas u organizativas, de las que pueden ser titulares bien la Administración bien sus organismos públicos y entidades de derecho público; b) que cada Administración habrá de determinar las condiciones e instrumentos de creación de tales sedes; y c) que, por regla general, tales instrumentos tendrán la naturaleza de meros actos administrativos, no de disposiciones de carácter general. En relación con este último extremo, cabe señalar que la creación de sedes de las que sean titulares los organismos públicos y entidades de derecho público del sector público estatal podrá ser efectuada bien por una Orden Ministerial bien por resolución de la Presidencia o Dirección del organismo o entidad (art. 10.3 RAFME, no básico).

No obstante, como bien apunta el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, el artículo 11.1, letra b) RAFME parece contemplar la posibilidad de que la creación de la sede electrónica se lleve a efecto mediante una disposición de naturaleza normativa cuando, al enumerar los elementos que conforman el contenido mínimo de la sede, señala el siguiente ítem: *“la identificación del acto o disposición de creación”*.

A la luz de la normativa básica, por tanto, nada impediría que la Administración Pública de la Región de Murcia fuera titular de varias sedes electrónicas, debiendo estar

a lo que se establezca en cada Administración acerca de las condiciones e instrumentos de creación de nuevas sedes electrónicas.

En el ámbito regional, el DGE crea en su artículo 24.1 “*la sede electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cuya titularidad corresponde a la Administración Pública de la Región de Murcia*”. Atendida la denominación de la sede, abarcaría a la Administración Pública Regional en su conjunto, es decir, tanto la Administración General e institucional de ella dependiente, como también a aquellos órganos que como el CTRM forman parte de la Administración Pública de la Comunidad autónoma de la Región de Murcia, pero no de su Administración General.

Ahora bien, el artículo 2.1 del indicado Decreto regional, al regular su ámbito de aplicación, precisa que “*será de aplicación a la Administración Pública de la Región de Murcia, comprendida a efectos de este decreto por la Administración General de la Comunidad Autónoma y los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de ella*”, por lo que no sería de aplicación al CTRM dada su posición independiente y ajena a la Administración General e institucional instrumental dependiente de ella.

En cualquier caso, este Decreto no contiene normas relativas a la creación de otras sedes electrónicas, sino que se limita a crear la Sede Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con vocación de unicidad y generalidad, sin perjuicio de las previsiones contenidas en sus disposiciones adicional décima y transitoria segunda sobre las sedes electrónicas preexistentes. De estas disposiciones, por otra parte, se deduce que, a pesar de la vocación omnicomprendiva de la sede electrónica de la Administración regional creada por el DGE, se acepta su coexistencia con otras sedes electrónicas de titularidad autonómica, no obstante imponer a aquellas creadas por norma de rango inferior a Ley, la obligación de adaptarse a las disposiciones del indicado Decreto.

En atención a lo expuesto, procede dar una respuesta negativa a la cuestión planteada en la consulta acerca de si la creación de la sede electrónica del CTRM por la resolución de su Presidente de 14 de diciembre de 2021 contraviene el DGE. Entiende el Consejo Jurídico que la vulneración apuntada no se produce dado que el órgano de control se encuentra extramuros del ámbito de aplicación del reglamento, por lo que no está vinculado por sus disposiciones. En cualquier caso, el Decreto no contiene reglas que condicionen la creación de otras sedes electrónicas diferentes a la establecida, y la existencia de la sede electrónica creada por dicho Decreto para la Administración General de la Comunidad Autónoma y su administración institucional instrumental no impide la instauración de otras sedes electrónicas con un ámbito diferente al que es propio de la ya existente.

IV. La creación del registro electrónico.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), dispone en su artículo 16.1 que cada Administración dispondrá de un Registro Electrónico General, en el que se hará el correspondiente asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, organismo público o entidad vinculado o dependiente a éstos. También se podrán anotar en él la salida de los documentos oficiales dirigidos a otros órganos o particulares. Prevé, asimismo, que los organismos públicos vinculados

o dependientes de cada Administración podrán disponer de su propio registro electrónico plenamente interoperable e interconectado con el Registro Electrónico General de la Administración de la que depende y que este Registro Electrónico General de cada Administración funcionará como un portal que facilitará el acceso a los registros electrónicos de cada Organismo.

Establece también que *“las disposiciones de creación de los registros electrónicos se publicarán en el diario oficial correspondiente (...) En todo caso, las disposiciones de creación de registros electrónicos especificarán el órgano o unidad responsable de su gestión, así como la fecha y hora oficial y los días declarados como inhábiles”*.

El RAFME, por su parte, reitera en su artículo 37.2 que *“cada Administración dispondrá de un Registro Electrónico General en el que hará el asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente. Los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de cada Administración podrán disponer de su propio registro electrónico plenamente interoperable e interconectado con el Registro Electrónico General de la Administración a la que estén vinculados o de la que dependan”*.

El Decreto 302/2011, de 25 de noviembre, crea *“el registro electrónico único para la recepción y remisión por medios electrónicos de cualesquiera solicitudes, escritos y comunicaciones correspondientes a los procedimientos y actuaciones de la competencia de la Administración Pública de la Región de Murcia”* e integra dicho registro en la Sede Electrónica, desde la que se accederá a sus servicios.

La vocación universal, para toda la Administración regional, de este registro electrónico único se manifiesta con mayor intensidad que con la sede electrónica, pues mientras el reglamento autonómico, como ya se ha dicho, admite la subsistencia de sedes electrónicas preexistentes una vez adaptadas a lo en él dispuesto, respecto de los registros electrónicos no se contiene tal previsión, pues la Disposición transitoria segunda del Decreto 302/2011, de 25 de noviembre, establece de forma taxativa que *“los registros telemáticos existentes se integrarán en el Registro Electrónico Único en el plazo de seis meses”*.

Y es que, en materia de registros ya desde el artículo 32 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, se tiende a la unificación de todos los existentes en la Administración regional. De ahí que el aludido precepto señale que *“Para la debida constancia de cuantos escritos o comunicaciones se reciban o expidan por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, existirá un sistema unificado de registro que contará con las unidades necesarias para hacer real y efectivo el principio de proximidad a los ciudadanos”*. En este Sistema Unificado de Registro y en virtud del Decreto 236/2010, de 3 de septiembre, de Atención al Ciudadano en la Administración Pública de la Región de Murcia, se integra el Registro Electrónico, junto al Registro General y los registros de las Oficinas Corporativas de Atención al Ciudadano, si bien en cuanto al régimen sustantivo del referido Registro Electrónico, y más allá de establecer que se accederá a él a través de la sede electrónica, el artículo 34 del Decreto 236/2010 se limita a efectuar una remisión a su normativa específica.

En cualquier caso, respecto de esta normativa regional, y como ya se advirtió con ocasión de su consideración acerca de la regulación de la sede electrónica, es preciso

reiterar que su ámbito de aplicación no se extiende más allá de la Administración General de la Comunidad Autónoma y de sus organismos y entidades de derecho público dependientes o vinculadas, pues así lo establece el artículo 2.1 del Decreto 236/2010, de 3 de septiembre, en términos idénticos al DGE, cuando dispone que *“este Decreto será de aplicación a la Administración Pública de la Región de Murcia, integrada por la Administración General y los Organismos Públicos vinculados o dependientes de ella”*.

De modo que, en respuesta a la consulta relativa a si la creación del Registro Electrónico del CTRM por la resolución de 14 de diciembre de 2021 vulnera los Decretos regionales 302/2011 y 236/2010, entiende el Consejo Jurídico que no, dado el ámbito de aplicación de tales normas, que no se extiende al referido órgano en tanto que ajeno a la Administración General de la Comunidad Autónoma y la Administración institucional de ella dependiente.

No obstante, ha de advertirse que la normativa básica en la materia ha cambiado respecto de la vigente en el momento de aprobarse el Decreto 302/2011, de 25 de noviembre, pues la hoy derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, no exigía la existencia de un único registro electrónico general para cada Administración, sino que antes al contrario posibilitaba y preveía la existencia de una pléyade de registros electrónicos. Así, el artículo 24.3 disponía que en cada Administración Pública había de existir *“al menos, un sistema de registros electrónicos suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a dicha Administración Pública”*. De hecho, el artículo 26 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrollaba parcialmente dicha Ley, preveía que *“todos los Departamentos Ministeriales de la Administración General del Estado, así como sus organismos públicos, deberán disponer de un servicio de registro electrónico, propio o proporcionado por otro órgano u organismo, para la recepción y remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones correspondientes a los procedimientos y actuaciones de su competencia”*.

Hoy, sin embargo, tanto el artículo 16 LPACAP como el artículo 37 RAFME exigen que cada Administración tenga un Registro Electrónico General en el que se hará el asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, previendo la posibilidad de contar con registros electrónicos propios sólo para los organismos y entidades de derecho público, pero no para los órganos administrativos. De ahí que no proceda ya que un órgano administrativo cuente con un registro electrónico propio y diferenciado del general de la Administración a la que pertenece.

Por ello, aun cuando el Registro Electrónico General de la Administración Pública de la Región de Murcia es creado por un Decreto, el 302/2011, de 25 de noviembre, que limita su ámbito de aplicación a la Administración General y a la institucional de ella dependiente, su vocación de Registro General de toda la Administración Pública regional, que ya estaba presente en el momento de su creación, se ha visto muy reforzada por las exigencias de unicidad y universalidad que para el Registro Electrónico General de cada Administración han introducido las normas básicas posteriores, de donde se sigue que no procede crear un registro electrónico propio y no integrado en ni plenamente interconectado e interoperable con el Registro General, para un órgano de la Administración Pública de la Región de Murcia.

V. La resolución del Presidente del CTRM de 14 de diciembre de 2021: acto o disposición administrativa.

Dada respuesta a las dos preguntas concretas en las que se dividía la primera cuestión objeto de consulta, el análisis de ésta no sería completo si no se atendiera a un extremo que, apuntado tanto por la Inspección General de Servicios como por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, deviene en determinante de la legalidad de la resolución creadora de la sede y registro electrónicos, cuál es su naturaleza o carácter. Es decir, si se trata de un acto administrativo o de una disposición administrativa de carácter general.

Ya hemos señalado *supra* que la normativa básica en materia de sedes electrónicas se decanta por la caracterización de las resoluciones de creación de aquéllas como actos administrativos y no como disposiciones reglamentarias, si bien admite que puedan crearse por este tipo de normas y, de hecho, la Sede Electrónica de la Administración regional lo fue por el Decreto 302/2011, de 25 de noviembre. Por su parte, la LPACAP exige que la creación de los registros electrónicos se lleve a efecto mediante disposiciones administrativas.

En el supuesto sometido a consulta, la resolución de 14 de diciembre de 2021 del Presidente del CTRM procede a la creación de una sede electrónica y de un registro electrónico propio, además de establecer prescripciones en materia de formulación de quejas y sugerencias (apartado cuarto).

La resolución, formalmente, adopta la estructura clásica de una disposición administrativa, en la medida en que cuenta con una parte expositiva, una parte dispositiva y una parte final con una disposición transitoria relativa a la puesta en marcha de la sede electrónica y dos finales en las que se efectúa una autohabilitación al Presidente del CTRM para la adaptación en el futuro de ciertas características de la sede y se establece la entrada en vigor de la resolución. Carece, asimismo, del ofrecimiento a los interesados de los recursos procedentes contra la resolución que es propio de los actos administrativos. Cabe considerar, por tanto, que para el propio CTRM la resolución dictada es una disposición administrativa de carácter general.

También desde el punto de vista sustantivo merece la calificación de disposición de carácter general, no sólo porque procede a crear un registro electrónico que conforme a la normativa básica es una actuación que ha de instrumentalizarse a través de una disposición administrativa y no mediante un mero acto singular, sino porque su contenido es materialmente normativo al establecer prescripciones con vocación de permanencia, que no agotan sus efectos con su ejecución y que, en definitiva, innovan el ordenamiento estableciendo reglas y prescripciones tanto de carácter organizativo interno como con eficacia *ad extra*, regulando las relaciones de los ciudadanos y de las Administraciones con el CTRM.

Se trata, en definitiva, de una actividad netamente normativa, puesto que con tales determinaciones se procede a una ordenación pormenorizada de los instrumentos a través de los que se canalizan las relaciones por medios electrónicos entre el CTRM, los ciudadanos y otras Administraciones Públicas; ordenación que se integra en el ordenamiento jurídico con las notas de abstracción y permanencia propias de las normas jurídicas, cuya vigencia no se agota en una sola aplicación de sus determinaciones y sobre las que no se permite su derogabilidad singular, conforme viene reconociendo la jurisprudencia (vgr., STS, Sala 3ª, de 29 de febrero de 2000, FJ 5º).

De modo que el establecimiento de las prescripciones contenidas en la resolución de 14 de diciembre de 2021, en particular las normas relativas a la creación del registro electrónico y la formulación de quejas y sugerencias ante el CTRM, constituye un ejercicio de potestad reglamentaria de la que carece el Presidente del CTRM.

En efecto, no parece necesario insistir en que la potestad reglamentaria corresponde de modo originario al Consejo de Gobierno por así disponerlo el artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.

Dicha potestad reglamentaria no deriva de una eventual delegación que pudiera conferirle el poder legislativo, sino que es propia del órgano de gobierno correspondiente por el reconocimiento expreso que de ella hacen las normas aplicables, desde el artículo 97 de la Constitución y el artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía al artículo 128.1 LPACAP, según el cual *“el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de la Nación, a los órganos del Gobierno de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo establecido en sus respectivos Estatutos...”*.

Asimismo, los consejeros del Gobierno también gozan de una potestad reguladora, si bien muy limitada a las cuestiones meramente internas, domésticas y organizativas de los departamentos a su cargo, conforme a lo establecido en los artículos 38 y 52 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

Fuera de las cuestiones meramente domésticas u organizativas, la potestad reglamentaria pueden ejercerla otros órganos diferentes del órgano colegiado de Gobierno, pero sólo por derivación o habilitación específica en una norma con rango de Ley, como prevén el propio artículo 128.4 LPACAP (que para el dictado de reglamentos ejecutivos que proceden al desarrollo de una Ley contempla no sólo la posibilidad de habilitar legalmente a los Ministros del Gobierno, sino también a órganos subordinados o dependientes de ellos e, incluso, a autoridades independientes y otros órganos), y los ya citados artículos 38 y 52 de la Ley 6/2004 de 28 de diciembre, que ampara la posibilidad que de la Ley habilite a los consejeros para el dictado de reglamentos, habilitación legal que habrá de ser explícita y específica.

Este escenario normativo ya apunta a la ausencia de potestad reglamentaria del Presidente del CTRM en tanto que no puede ser considerado como órgano del Gobierno, por más que el artículo 38 bis LTRM lo asimile a determinados efectos presupuestarios y de contratación a los consejeros; pero, además, la propia LTRM confirma dicha ausencia de potestad reglamentaria cuando en su artículo 38.9 encomienda al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, a propuesta de la Consejería competente en materia de transparencia, la aprobación de las normas sobre estructura, competencias y funcionamiento del Consejo que sean necesarias para el desarrollo de lo dispuesto en dicho artículo. Del mismo modo, la Disposición adicional cuarta de dicha Ley atribuye al Consejo de Gobierno la aprobación del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CTRM, dejando a este último órgano la labor de elaboración del proyecto normativo, pero reservando al órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma, su aprobación.

De ambos preceptos de la LTRM -que conforme a lo establecido en la Disposición adicional quinta de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, constituye la primera fuente de las que configuran el régimen jurídico del CTRM-, se sigue sin dificultad que

la potestad reglamentaria relativa a dicho órgano de control, en lo tocante a su estructura, organización, competencias y funcionamiento, corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, sin que por otra parte la configuración que la propia LTRM realiza del Presidente del Consejo (artículos 38.6 y 38 bis) pueda alterar dicha conclusión, ni conste habilitación legal alguna a su favor para el dictado de disposiciones de carácter general.

Del mismo modo, y aun considerando que el CTRM es un órgano colegiado en el que participan representantes de distintas Administraciones Públicas así como organizaciones representativas de intereses sociales (artículo 38.5 LTRM), lo que determina que ex artículo 15.2 LRJSP pueda “*establecer o completar sus propias normas de funcionamiento*”, ello no altera las consideraciones efectuadas *supra*. En primer lugar, porque tal capacidad auto normativa se proclama del órgano colegiado, no de su Presidente, que es quien dicta la resolución sobre la que versa la consulta.

Por otra parte, la previsión contenida en el precepto básico ha de ser interpretada conforme prescribe la STC 50/1999 respecto del hoy derogado artículo 22.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), que contenía una previsión idéntica a la hoy contenida en el artículo 15.2 LRJSP. Señala a tal efecto el Alto Tribunal que “*una interpretación conforme al bloque de la constitucionalidad lleva a entender que la posibilidad que en él se prevé de que los órganos colegiados en los que participen organizaciones representativas de intereses sociales o los compuestos por representaciones de las distintas Administraciones públicas establezcan o completen sus propias normas de funcionamiento no implica la exclusión de las potestades normativas de las Comunidades Autónomas, por lo que las potestades de autorregulación que esta norma reconoce a este tipo de órganos colegiados deberá ejercerse de conformidad con lo que en su caso, dicha normativa disponga...*”. Y ya hemos señalado cómo la norma de creación del CTRM asigna la facultad reguladora del funcionamiento del órgano colegiado al Consejo de Gobierno, al que también corresponde la aprobación del Reglamento de Organización y Funcionamiento del órgano, por lo que las eventuales facultades de autorregulación del CTRM quedan muy restringidas, al menos hasta que por el referido órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma se desarrollen las habilitaciones legales señaladas y se defina el ámbito de autorregulación del Consejo de la Transparencia.

Corolario de lo expuesto es que la resolución de 14 de diciembre de 2021 del Presidente del CTRM por la que se crea la sede electrónica y el registro electrónico de dicho órgano de control, tiene una naturaleza normativa, careciendo el órgano que la dictó de la potestad reglamentaria necesaria para aprobar dicha norma, lo que debe hacer reflexionar a la Comunidad Autónoma acerca de las formas de control jurídico sobre lo que se publica en el BORM.

CUARTA.- Medios de reacción frente a la resolución de 14 de diciembre de 2021.

I. Como ya se adelantó, la consulta facultativa formulada a este Consejo Jurídico planteaba dos cuestiones principales. La primera de ellas se refería a si la resolución de 14 de diciembre de 2021 del Presidente del CTRM se adecuaba al ordenamiento jurídico, habiendo alcanzado este Órgano Consultivo la conclusión de que

no es así, por tener aquélla naturaleza normativa y haber sido dictada por un órgano que carece de potestad reglamentaria.

Cabe recordar una vez más que hemos caracterizado al CTRM como un órgano de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sin personalidad jurídica propia y diferenciada de la de la Administración en la que se integra, pero independiente y ajeno a la Administración General de la misma y a su Administración institucional dependiente.

La naturaleza reglamentaria de la resolución aquí objeto de consideración impide acudir a los recursos ordinarios en vía administrativa conforme a lo establecido en el artículo 112.3 LPACAP. En cualquier caso, la separación existente entre la Administración General en la que se integra la Consejería consultante y el CTRM, como órgano independiente de aquélla, haría aplicable el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que excluye el recurso en vía administrativa en los litigios entre Administraciones.

De modo que, sin posibilidad de recurso ordinario en vía administrativa, podría interponerse recurso contencioso administrativo contra la resolución de 14 de diciembre de 2021, directamente (art. 25 LJCA) o previo requerimiento al Presidente del CTRM para que la derogue o anule ex artículo 44 LJCA, de no ser porque en el momento en que se formula la consulta ya habrían transcurrido los dos meses desde la publicación de aquélla que para la realización de cualquiera de estas actuaciones establece la norma procesal (art. 46.6 y 44.2 LJCA), sin que conste que se haya interpuesto el recurso o formulado el aludido requerimiento.

Como apunta el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, también cabría la impugnación *per saltum* o indirecta, es decir, recurrir los actos de aplicación de la disposición con fundamento en la ilegalidad de ésta (art. 26 LJCA), sin perjuicio de señalar las dificultades inherentes a la identificación de los actos recurribles entre las actuaciones que en el funcionamiento de la sede electrónica o del registro realice el CTRM y ello dado el carácter esencialmente instrumental de dichas herramientas, que determinará el carácter meramente material de una buena parte de sus actuaciones. Piénsese, por ejemplo, en la recepción de escritos y solicitudes por el registro, la facilitación de información a través de la sede electrónica, la remisión de documentos a otros órganos, etc.

Junto a estas vías ordinarias para dejar sin efecto la resolución, la Consejería consultante apunta la posibilidad de la revisión de oficio. Ha de señalarse en primer lugar que la calificación de la resolución objeto de consideración como disposición administrativa impide acudir a la declaración de lesividad para dejarla sin efecto, toda vez que, al margen de otras consideraciones, esta vía sólo cabe frente a actos administrativos (art. 107 LPACAP).

En relación con la revisión de oficio, ya indicamos en la Consideración segunda de este Dictamen las cautelas que han de presidir cualquier pronunciamiento anticipado como el que se pide del Consejo Jurídico en relación con cuestiones que podrían formar parte del contenido de un dictamen preceptivo si finalmente se intentara esta vía anulatoria frente a la resolución de 14 de diciembre de 2021.

Baste señalar, por tanto, que la concepción dogmática de la revisión de oficio la configura como una potestad de autotutela, que permite a la propia Administración

autora de un acto o disposición dejarlos sin efecto por sí misma, sin precisar de un previo pronunciamiento judicial. Sólo la Administración autora de la disposición o acto es la competente para declarar de oficio su nulidad (STS, Sala 3ª, de 121 de noviembre de 2001, rec. 2674/1997).

Desde esta perspectiva, la competencia para revisar de oficio una disposición del CTRM no podría corresponder a cualesquiera órganos de la Administración General dada la separación e independencia existente entre ambos ámbitos administrativos.

En particular, entiende el Consejo Jurídico que no procede la aplicación del artículo 33 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, en la forma analógica que apunta el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, atribuyendo al Consejo de Gobierno la facultad de revisar de oficio las resoluciones del Presidente del CTRM cual si éste fuera un Consejero del Gobierno regional, pues no puede efectuarse tal identificación o asimilación orgánica por más que el artículo 38 bis LTRM otorgue a aquél determinadas funciones de corte presupuestario y de contratación propias de los titulares de los Departamentos de la Administración General.

Cabe recordar aquí el carácter de vía excepcional que es predicable de la revisión de oficio, que resulta incompatible con cualquier forma de interpretación extensiva o analógica, siendo una constante de la doctrina jurisprudencial y consultiva la exigencia de interpretación estricta, cuando no restringida, de las normas que posibilitan a la Administración volver sobre sus propios actos en el ejercicio de esta potestad calificada habitualmente por la jurisprudencia como manifestación extrema de autotutela que persigue hacer prevalecer el valor de justicia y el principio de legalidad sobre el de seguridad jurídica que conlleva la presunción de legalidad de los actos y disposiciones administrativas y su intangibilidad una vez firmes.

Por otra parte, el Consejo de Gobierno sólo está facultado para revisar de oficio las disposiciones y los actos nulos dictados por él mismo y por los consejeros, ex artículo 22.27 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, por lo que en aplicación de estas normas atributivas de competencia no podría revisar de oficio la resolución de 14 de diciembre de 2021 del Presidente del CTRM.

No obstante, ha de considerarse que, con carácter general, la competencia para la revisión de oficio suele atribuirse al órgano superior jerárquico del que dictó el acto o disposición que se pretende anular. Así se desprende del artículo 33 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, para la Administración General e institucional de la Comunidad Autónoma, como también del artículo 111 LPACAP en el ámbito de la Administración General del Estado. De modo que un órgano sólo suele tener la competencia para revisar sus propios actos y disposiciones cuando carece de superior jerárquico o cuando una Ley le atribuye expresamente esa facultad.

El CTRM no tiene expresamente atribuida la potestad revisora de sus actos en su ley de creación, pero en la medida en que es “Administración”, conforme se ha razonado en la Consideración segunda de este Dictamen, goza de ella en virtud de lo establecido en el artículo 106.1 y 2 LPACAP que predica dicha potestad de “las Administraciones Públicas”.

La posición institucional del CTRM y su “*plena independencia orgánica y funcional de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones*”, que determina su no adscripción a Consejería u organismo algunos impide considerar que

tenga un superior jerárquico en sentido estricto, sin perjuicio de las funciones que respecto del CTRM corresponden al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en su función coordinadora de “*la Administración Pública de la Región de Murcia*”, que le atribuye el artículo 21 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, y las que le asigna de forma específica la propia LTRM en su artículo 38.9 y Disposición adicional cuarta, ninguna de las cuales permite considerar que exista una relación jerárquica *stricto sensu* entre el máximo órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma y el CTRM, que amparara la revisión de oficio por parte de aquél de una disposición administrativa dictada por el Presidente de este.

Corolario de lo expuesto es que la competencia para acordar la revisión de oficio de la resolución del Presidente del CTRM de 14 de diciembre de 2021 correspondería, en su caso, al propio Consejo y no al Consejo de Gobierno. Del mismo modo, la iniciativa revisora también le correspondería al propio CTRM, sin que quepa admitir en este caso el ejercicio de una eventual acción de nulidad, mediante la que el Consejero competente en materia de transparencia solicite al CTRM la declaración de nulidad de la resolución de 14 de diciembre de 2021 al amparo del artículo 106.2 LPACAP, toda vez que la naturaleza reglamentaria de la resolución veta dicha posibilidad, al no contemplar el precepto legal la solicitud de parte interesada como forma de inicio del procedimiento de revisión de oficio de las disposiciones administrativas.

II. Las hasta aquí descritas son las limitadas posibilidades impugnatorias de la resolución que advierte este Consejo Jurídico. No obstante, cabe apuntar otra vía que no ha tenido reflejo, al menos de forma expresa, en los informes previos a la solicitud de este Dictamen y es la aprobación de una norma por el Consejo de Gobierno que permita modular o reconducir los efectos de la resolución objeto de análisis.

En efecto, el artículo 38.9 LTRM dispone que “*El Consejo de Gobierno, a propuesta de la consejería competente en materia de transparencia, aprobará las normas sobre estructura, competencias y funcionamiento del Consejo que sean necesarias para el desarrollo de lo dispuesto en este artículo*”. La habilitación legal al Consejo de Gobierno para dictar normas en materia de competencias y funcionamiento del CTRM es amplia, pues también lo es el contenido del precepto a cuya ejecución se vincula. Así, ya hemos señalado que tanto la sede electrónica como el registro electrónico creados por la resolución del Presidente del CTRM de 14 de diciembre de 2021, constituyen herramientas para el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas el CTRM, singularmente aquellas que conllevan un aspecto relacional tanto con la ciudadanía como con el resto de las Administraciones Públicas. De hecho, la propia resolución en su parte expositiva justifica la finalidad de la regulación en ella contenida en que “*se trata de facilitar un marco de relación con los ciudadanos y las administraciones, que permita una gestión administrativa con las garantías necesarias*”.

De ahí que la regulación de estas herramientas por parte del Consejo de Gobierno podría considerarse amparada por la habilitación legal para dictar normas reglamentarias de desarrollo en materia de competencias y de funcionamiento del CTRM, normas que, en cualquier caso y ante la carencia de potestad reglamentaria de que adolece el propio Consejo de la Transparencia, no podrían ser dictadas por éste.

Con ocasión del dictado de estas normas, podría el Consejo de Gobierno derogar la resolución del Presidente del CTRM en la medida en que ésta resultara incompatible con la nueva regulación o reconducir el régimen de la sede y registro electrónicos creados por el CTRM al de los generales de la Comunidad Autónoma, disponiendo la integración de aquéllos en la sede electrónica de la Administración regional (con la posibilidad de quedar también como sede asociada, ex art. 10 RAFME) y en el Registro Electrónico General.

Otra vía reglamentaria alternativa pasaría por la modificación del ámbito de aplicación de los Decretos regionales 236/2010, de 3 de septiembre, y 302/2011, de 25 de noviembre, para ampliarlo al conjunto de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, englobando así al CTRM. En dicha norma deberían asimismo establecerse disposiciones relativas a las sedes electrónicas y registros ya creadas como los del CTRM, para clarificar si subsisten o no y, en su caso, el régimen al que habrían de sujetarse.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Considera el Consejo Jurídico que la Resolución de 14 de diciembre de 2021, del Presidente del Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia “*por la que se crea la Sede Electrónica del CTRM, así como la dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de las redes de telecomunicaciones, cuya titularidad, gestión y administración corresponde a esta administración, en el ejercicio de sus competencias*”, contraviene el ordenamiento jurídico en la medida en que constituye una disposición administrativa de carácter general que ha sido dictada por quien carece de potestad para ello, según se justifica en la Consideración Tercera, apartado V de este Dictamen.

SEGUNDA.- En respuesta a las cuestiones particulares que estructuran la consulta formulada, el Consejo Jurídico estima que los Decretos 236/2010, de 3 de septiembre, de Atención al Ciudadano en la Administración Pública de la Región de Murcia, y 302/2011, de 25 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Gestión Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al quedar el CTRM extramuros del ámbito de aplicación expresamente establecido por dichas normas regionales, no afectan a la citada Resolución, conforme se razona en los apartados III y IV en relación con el I de la Consideración Tercera de este Dictamen.

TERCERA.- La última cuestión sobre la que se consulta al Consejo Jurídico es la relativa a la forma de reaccionar frente a la resolución que se considera contraria al ordenamiento jurídico. Conforme se razona en la Consideración Cuarta de este Dictamen las vías impugnatorias o de conflicto son en este momento muy limitadas, sin perjuicio de la posibilidad con que cuenta el Consejo de Gobierno de actuar en vía normativa para limitar, reconducir o, incluso, privar de efectos a la Resolución controvertida.

No obstante, V.E. resolverá.

CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

Dictamen 113/2022, de 26 de mayo de 2022

Sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Langreo formulada por los daños sufridos al ser atacada por un perro en la vía pública.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 26 de junio de 2020, la interesada presenta en el registro del Ayuntamiento de Langreo una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos al ser atacada por un perro de raza peligrosa que había protagonizado varios incidentes previos.

Expone que el sábado 26 de enero de 2019 estaba dando un paseo y mientras caminaba en dirección al número que indica de la calle Otero Pando, de Langreo, un perro se abalanzó sobre ella y comenzó a morderla, señalando que intentan auxiliarla “hasta que llega la dueña del perro, que logra quitármelo de encima. Se llama a la ambulancia y a la Policía” y es trasladada al hospital, siendo dada de alta tras el preceptivo tratamiento el día 27 de agosto de 2019.

Indica que las lesiones constan reflejadas en el informe forense que se emite en relación con las diligencias abiertas en el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Langreo, si bien el mismo debe ser completado a petición del Juzgado a fin de determinar si han conllevado una grave deformidad.

Identifica a la propietaria del animal, de raza *pitbull terrier*, y reproduce sus declaraciones ante el Juzgado, donde reconoció que “no tiene inscrito al animal en el registro de animales peligrosos” y que sabe que “ha habido más denuncias ante la Policía Local por razón de los perros”, pero que “nunca fue sancionada administrativamente” por ello, insistiendo en que “por todas estas denuncias que obran en el atestado la declarante nunca fue sancionada”.

Añade que existen cinco expedientes administrativos previos a estos hechos relacionados con la propietaria de los animales, y aporta datos de los informes de la Policía Local de Langreo al respecto -tres de ellos referidos a este perro, otro probablemente también pero en aquel momento el animal carecía de chip y el más antiguo, del año 2013, concerniente a la misma propietaria aunque a diferentes perros-. Indica que en el expediente abierto el 9 de abril de 2017 consta que la Policía Local recibe una llamada de una vecina que fue atacada junto con su perro por unos perros que estaban sueltos. El agente actuante declara que “identifican al perro (...), que hablan con la madre y que le informan de que debe presentar la documentación del perro en las dependencias policiales, desconociendo si las presentó o no”, y “que no se volvió a comprobar nada hasta la siguiente intervención”, añadiendo que el perro está identificado con chip, que de lo que carece es de seguro y la propietaria de la licencia para tenencia de animales peligrosos”. En el de 24 de diciembre del mismo año se refleja que “se recibe llamada de un ciudadano (que) comunica que cuando paseaba por Otero Pando (...) se soltó un perro *pitbull* y le atacó logrando hacerle frente con un palo”,

declarando uno de los agentes intervinientes en relación con este asunto que comprobaron el chip del perro, que este estaba “en casa atado”, por lo que “no comprobaron en ese momento si tenía el resto de documentación”, dando traslado a Jefatura, mientras que el otro agente declara que “le dieron 24 horas a la propietaria para presentar la documentación en las dependencias policiales y que no lo hizo”. En el expediente de 22 de agosto de 2018 se reseña que “hay una casa con una verja (...), que los inquilinos tienen dos perros sueltos, un *pitbull* y un pastor alemán, los cuales se tiran a la gente cuando pasa (...). Uno de los perros (...) es un *pitbull terrier*, figurando en la ficha del Riapa como “animal potencialmente peligroso. Peligro por raza”, y que la interesada “mostró a los agentes *in situ* dos pólizas de seguros (...), una para este animal y otra para el pastor alemán, se contactó telefónicamente con la compañía y manifiestan que ambas pólizas estuvieron vigentes hasta abril, mes en el que se anularon por impago (...). Asimismo, carece de licencia para la tenencia de perros potencialmente peligrosos”, informándola de que se realizará un informe de las carencias, que son constitutivas de infracción administrativa. En relación con este asunto, el agente interviniente manifiesta “que se da traslado de los hechos a Jefatura de la Policía Local del Ayuntamiento de Langreo para que inicie el procedimiento sancionador./ Que ellos no hacen nada más al respecto, que el Principado es el que debería iniciar el procedimiento oportuno”. En el expediente de 3 de enero de 2019, la Policía señala que “se tiene conocimiento de que el *pitbull* (...) ya ha atacado” a otra persona “produciéndole lesiones” de consideración “en los brazos”.

La reclamante afirma que “de la declaración de los agentes se deduce con meridiana claridad la dejadez de funciones (...), ya que sabían que la propietaria “era poseedora de perros peligrosos, y en el caso particular del perro que me atacó, que sabiendo que carecía de toda documentación el Ayuntamiento no hizo absolutamente nada de nada, más que (...) limitarse a recoger información, y a sabiendas de la carencia de la documentación necesaria se le permitió seguir poseyendo el perro. Se abre expediente y nada más”. Considera que “existe responsabilidad patrimonial” de ese Ayuntamiento, pues “se ha conculcado la obligación que tiene la Administración de evitar situaciones de riesgo y posibles daños a personas, animales o bienes por inadecuado manejo y control de animales potencialmente peligrosos. En definitiva, el funcionamiento de un servicio público ha provocado lesiones en un administrado que en este caso no tiene deber jurídico de soportar, existiendo responsabilidad patrimonial administrativa”.

Fija el *quantum* indemnizatorio con carácter provisional en cien mil euros (100.000 €).

Acompaña copia de diversa documentación clínica y un informe médico forense emitido a solicitud del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 3 de Langreo con descripción de las lesiones y las secuelas padecidas, así como el atestado, el informe policial y las declaraciones efectuadas en sede judicial, incluyendo la de la propietaria del perro atacante y la de los agentes de la Policía Local que recoge en su escrito.

2. Mediante Resolución del Concejal Delegado de Régimen Interior de 1 de julio de 2020, se procede al nombramiento de instructora y secretaria del procedimiento y se requiere a la interesada para que aporte, en el plazo de 10 días, la valoración económica detallada de su reclamación, así como la documentación relativa a si por los hechos denunciados ha sido condenada penalmente la dueña del perro y si ha sido

indemnizada. En ella se deja constancia de la fecha de recepción de la reclamación, de la normativa aplicable, del plazo de resolución y notificación del procedimiento y del sentido del silencio administrativo.

Consta en el expediente la notificación de este acto a la interesada el 8 de julio de 2020.

3. El día 13 de julio de 2020, la interesada presenta un escrito en el que informa que “a fecha presente la dueña del perro no ha sido condenada penalmente”, encontrándose el procedimiento en curso, y precisa que no ha sido indemnizada “a fecha presente por estos hechos”.

Asimismo, procede a la “valoración detallada de la indemnización solicitada” y aclara que, tal y como adelantó en su reclamación, se encontraba a la espera del informe forense aclaratorio, y que una vez recibido este cuantifica el daño sufrido en doscientos sesenta y dos mil ochocientos ochenta y siete euros con sesenta céntimos (262.887,60 €), que desglosa en los siguientes conceptos: asistencia médica (dos intervenciones quirúrgicas), 23 días de perjuicio personal grave y 190 de perjuicio personal moderado, así como 80 puntos de secuelas (dentro de las cuales incluye el daño moral).

Acompaña el informe suscrito por la Médica Forense a petición del Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Langreo, donde se refleja que “no existen secuelas de las lesiones padecidas que hayan supuesto una grave deformidad”.

4. Con fecha 13 de agosto de 2020, el Jefe de Policía del Ayuntamiento de Langreo remite el “informe de intervención policial (...) con reportaje fotográfico del lugar”, la comparecencia de la titular del perro (...) en las dependencias de esta Policía Local”, la “comparecencia (...) de los agentes en la Comisaría de Policía Nacional”, el “informe de propuesta de sanción a la titular del perro (...), del día 27-01-2019 por los agentes (...) de esta Policía Local”, el “informe realizado por el Albergue Canino de Langreo en fecha 28-01-2020”, la remisión del “expediente a la Consejería de Desarrollo Rural y Recursos Naturales a efectos de propuesta de sanción (...) por infracción a la Ley 13/2002, de 23 de diciembre, sobre Tenencia y Protección de Animales”.

El informe de intervención policial, fechado el 26 de enero de 2019, señala que “se recibe llamada del 112 informando que en la c/ Otero Pando calle D se encuentra un perro de raza peligrosa (*pitbull* – color canela) atacando a una viandante. Que ya han sido avisados los servicios del SAMUR, se trasladan ambos móviles./ Que la persona atacada” es la reclamante, “la cual tiene gran cantidad de lesiones debido a la mordedura del animal (...), se reduce al animal, solicitando a la perrera para que procedan a su recogida./ Que la señora es tratada posteriormente por el SAMUR y trasladada” al Hospital Universitario Central de Asturias, y que “se realiza la comparecencia en la Policía Nacional”.

En la misma fecha comparece en las dependencias policiales la propietaria del perro atacante, que manifiesta ser dueña de dos perros y que los “suele tener dentro de la casa o cerrados por el perímetro de la verja./ Que en el día de ayer, siendo las 09:00 h, se marchó (...) y antes de marchar atendió a sus dos perros (...), comprobando que (...) quedaban sujetos con mosquetones a una cadena./ Que desconoce cómo pudo el perro (...) soltarse (...). Que en el momento de esta comparecencia no presenta nada de

documentación de ninguno de los dos perros, no sabiendo donde puede estar, aunque sí reconoce que no tiene licencia administrativa para ninguno”, y que “cuando ella se va de casa los perros quedan al cuidado de las personas que conviven con ella”, su madre y su hermana, quienes tampoco “tienen (...) licencia de tenencia de perros potencialmente peligrosos”. Manifiesta “no tener el certificado de aptitudes psicológicas ni tener censados los perros en el registro municipal./ Que (...) ya se le escaparon alguna vez ambos perros, pero no habían atacado en esas ocasiones a ninguna persona”.

El atestado instruido por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía el día 26 de enero de 2019 deja constancia de haber sido estos comisionados por la Policía Local de Langreo en el lugar de los hechos, donde encuentran a la reclamante “tirada en el suelo, en posición decúbito supino, la cual tiene la oreja desgarrada y prendida solamente por el lóbulo, a su vez (...) presenta numerosas mordeduras en el brazo izquierdo y en ambas piernas”, siendo trasladada en una UVI móvil al hospital, tras lo cual se dirigen al domicilio indicado, donde son conocedores de que hay perros de raza peligrosa, encontrando al atacante en el interior de la vivienda tumbado y a quien manifiesta ser responsable del perro, propiedad de su hermana. Destacan que “el cierre de la finca (...) es de alambre de cuadradillo, no estando suficientemente sujeto por la parte inferior del cierre, pudiendo entrar o salir cualquier animal por debajo del alambre”. Añaden las manifestaciones de quienes socorrieron a la víctima, que el servicio de la perrera municipal se hace cargo del perro y citan los expedientes relacionados con perros peligrosos iniciados a nombre de la titular del *pitbull terrier*.

5. El día 4 de diciembre de 2020, el Ingeniero Técnico Agrícola del Ayuntamiento de Langreo informa que “el área de medio rural se ha hecho cargo del albergue municipal de animales a partir del 1 de agosto de 2019, por lo que no se ha podido intervenir en ninguna situación anterior a esta fecha./ El animal en cuestión se encuentra en situación irregular, aún a nombre de (la propietaria) y está fuera de cualquier programa de adopción a espera de cualquier decisión judicial futura. Se tiene con él un tratamiento especial, preservando siempre la seguridad de los trabajadores que le cuidan”.

6. Con fecha 22 de enero de 2021, el Inspector de Policía del Ayuntamiento de Langreo emite un informe complementario sobre las actuaciones policiales previas a este ataque, constatando que “el día 09-04-2017 (...) hubo una intervención policial en el Gururú por unos perros sueltos agresivos que se tiraron a morder a la denunciante”, y que “de esta intervención se dio parte a la Consejería de Desarrollo Rural y Recursos Naturales al carecer la propietaria de la licencia para la tenencia de animales potencialmente peligrosos recogida en la Ley 13/2002, de 23 de diciembre, de Tenencia, Protección y Derechos de los Animales”. Que “el día 22-08-2018 (...) se recibió denuncia de una vecina de Otero Pando informando que en una de las casas cerca del cementerio (...) los inquilinos tienen 2 perros *pitbull* que cuando pasa la gente se tiran a morder. Se comprobó que la dueña (...) carece de licencia municipal para tenencia de animales peligrosos y que el recibo de responsabilidad civil del perro (...) está anulado por impago./ Que se puso de nuevo en conocimiento de la Consejería de Desarrollo Rural y Recursos Naturales”. Por último, la del “día 26-01-2019”, al que se refiere la presente reclamación (...), se trasladó a la Consejería de Desarrollo Rural y Recursos Naturales al carecer la propietaria (...) de documentación del animal, seguro de responsabilidad civil y de la licencia para la tenencia de animales potencialmente peligrosos./ También derivada de esta intervención hay una comparecencia en

Comisaría de Policía Nacional (...) ante la gravedad de las lesiones” sufridas por la interesada.

7. El día 11 de febrero de 2021, previa solicitud formulada por la Secretaria del procedimiento, se incorpora al expediente un correo remitido por la compañía aseguradora de la Administración municipal en el que se afirma que, “una vez revisada toda la documentación obrante en el expediente, entendemos no procede imputar responsabilidad” al Ayuntamiento de Langreo. Indican que, según la normativa alegada de contrario, el competente para esta materia es la Consejería del Principado de Asturias”, a la que por parte del Ayuntamiento “se le han remitido los expedientes de cada suceso para que en su caso inicie el procedimiento sancionador que pudiera corresponder”.

8. Obra en el expediente el justificante de la puesta a disposición a la interesada en sede electrónica, el día 11 de febrero de 2021, de la notificación “concediendo plazo audiencia alegaciones”, que es entregada el día 25 de ese mismo mes, y el día 18 de febrero de 2021 la notificación comunicando “plazo audiencia” y requiriendo “aporte sentencia proceso penal”.

9. El día 1 de marzo de 2021, el representante de la interesada comparece en las dependencias municipales para examinar el expediente y se le hace entrega de una copia de los informes de la Policía Local y del Área de Medio Rural.

10. Con fecha 2 de marzo de 2021, un abogado que dice actuar en nombre de la reclamante presenta un escrito en el que insiste en los términos de la reclamación y subraya que los documentos incorporados al expediente “corroboran lo manifestado” en la misma, precisando que “a fecha presente aún no se ha dictado sentencia”.

Acompaña poder *apud acta* otorgado por la reclamante a favor del abogado actuante.

11. Mediante Resolución del Concejal Delegado de Régimen Interior de 5 de marzo de 2021, se acuerda proceder a la suspensión del procedimiento “hasta la obtención de un previo pronunciamiento del órgano jurisdiccional penal, lo que deberá ser comunicado a esta Administración”.

Consta en el expediente su notificación a la interesada el día 8 de ese mismo mes.

12. Con fecha 1 de diciembre de 2021, la reclamante presenta un escrito en el que indica que “el juicio (...) está señalado para el próximo día 09-02-22”, e interesa que se levante la suspensión “a fin de enviar el expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

13. El día 14 de diciembre de 2021, la Instructora del procedimiento acuerda que, “considerando que para la realización de la (...) propuesta de resolución deberán valorarse todos los medios y circunstancias concurrentes, entre ellos, las declaradas probadas en la vía penal”, no es posible atender a la solicitud formulada por la interesada el 1 de diciembre de 2021 en tanto no se dicte sentencia en la citada vía.

Consta su notificación a la perjudicada el día 21 de diciembre de 2021.

14. Con fecha 16 de febrero de 2022, la interesada presenta un escrito en el que solicita la reanudación del procedimiento, y adjunta copia de la sentencia firme recaída en el proceso penal -Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 1 de Langreo de 9 de febrero de 2022-, cuyo fallo condena a la propietaria del perro atacante a indemnizar a la reclamante “en la cantidad de 262.887,60 euros en concepto de lesiones y secuelas”.

15. El día 25 de febrero de 2022, la Instructora del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio “ante la falta de legitimación pasiva para responder de la reclamación por este Ayuntamiento”, señalando que, si bien “la Ley del Principado de Asturias 13/2002, de 23 de diciembre, de Tenencia, Protección y Derechos de los Animales, establece la obligación para los propietarios de animales de compañía de contar con la licencia correspondiente, que será otorgada por los Ayuntamientos”, no puede obviarse que “la competencia para la corrección de cualquier infracción en esta materia viene otorgada por la ley citada, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 a la Consejería competente del Principado de Asturias, correspondiendo a los Ayuntamientos, en su caso, la inspección y puesta en conocimiento al órgano citado para la realización de las actuaciones a que hubiera lugar, aspecto al que el Ayuntamiento de Langreo dio cumplida cuenta, trasladando hasta en tres ocasiones a la Consejería de Medio Rural las actuaciones llevadas a cabo, en las que se exponía la carencia de licencia y seguro correspondiente, entre otros incumplimientos”.

Añade que “en el proceso penal instado por la perjudicada por estos hechos paralelamente a la responsabilidad patrimonial ninguna imputación se ha realizado al Ayuntamiento, ni impuesto responsabilidad civil subsidiaria derivada (...), resultando únicamente condenada la propietaria del perro causante de los daños a la reclamante, y con la obligación de indemnizar a la perjudicada en la cuantía de 262.887,60 euros, y si bien podría considerarse que la responsabilidad patrimonial es independiente de la civil, en modo alguno puede darse una duplicidad indemnizatoria”.

16. En este estado de tramitación, mediante escrito de 25 de febrero de 2022, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Langreo objeto del expediente núm. 2020/SEC_DEC_PAT/19, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.-

[...]

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Ayuntamiento de Langreo opone en la propuesta de resolución “la falta de legitimación pasiva para responder de la reclamación” con base en lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley del Principado de Asturias 13/2002, de 23 de diciembre, de Tenencia, Protección y Derechos de los Animales. Dicho precepto atribuye el ejercicio

de la potestad sancionadora prevista en la norma autonómica al titular de la Dirección General en materia de ganadería, en el caso de infracciones leves y graves, y al titular de la Consejería competente en dicha materia, cuando se trate de infracciones muy graves.

Sin embargo, resulta indiscutible la competencia municipal en materia de seguridad en lugares públicos, policía local y protección de la salubridad pública. Sin proceder en este momento a analizar las distintas normas concurrentes en materia de tenencia de animales y de perros potencialmente peligrosos, y las obligaciones de las distintas Administraciones, basta señalar que el Ayuntamiento de Langreo proclama ser competente y actúa en consecuencia al aprobar, en la sesión celebrada por el Pleno el 22 de diciembre de 2011, la Ordenanza reguladora del uso y tenencia de animales de compañía, “en desarrollo de lo establecido en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Principado de Asturias 13/2002, de 23 de diciembre, de Tenencia, Protección y Derechos de los Animales de Compañía, la normativa general y especial de pertinente aplicación sobre la Tenencia y Protección de animales”. Su disposición adicional primera establece que, “En materia de tenencia de animales potencialmente peligrosos, se estará a lo que dispone la Ley 50/99, de 23 de diciembre y la Ley 13/2002, de 23 de diciembre, y la normativa que las desarrollan”, lo que no debe interpretarse en el sentido de excluir lo dispuesto en dicha ordenanza municipal, pues la misma hace referencia expresa a este tipo de animales sin contradecir la normativa mencionada.

En definitiva, el Ayuntamiento de Langreo está pasivamente legitimado como titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 26 de junio de 2020, y el ataque canino se produce el día 26 de enero de 2019, pero consta en el expediente que la víctima se sometió a tratamiento médico-quirúrgico del que fue alta el 27 de agosto de 2019, por lo que, al margen de la fecha de estabilización de las secuelas, es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Ahora bien, a la luz de la inactividad de la Administración autonómica ante la situación que se le comunica, se observa que cabría deducir una concurrencia de responsabilidades de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la LRJSP, y la eventual concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño aconseja, en todo caso, practicar el traslado al que se refiere el artículo 33.4 de la LRJSP pues, si bien no procede que una de las Administraciones suplante la autotutela de otra y declare su responsabilidad, un eventual pronunciamiento estimatorio incide directa o indirectamente en la distribución de esta, su carácter solidario y la subsiguiente repetición frente a otros partícipes. Estos extremos son susceptibles de revisión por los Tribunales en un proceso en el que deben emplazarse como interesadas a las distintas Administraciones implicadas, por lo que ha de facilitárseles igualmente su participación en el procedimiento administrativo en el que se sustancie la posible responsabilidad so pena de tener que asumir en solitario la que se estime.

Asimismo, se repara en que la reclamación se presenta con fecha 26 de junio de 2020, acordándose la suspensión del procedimiento el día 5 de marzo de 2021, superado ya el plazo de resolución, y la presentación de la sentencia necesaria para levantar la citada suspensión se produce el 16 de febrero de 2022. Por tanto, a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo -10 de marzo de 2022-, se había rebasado ya ampliamente el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone 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”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Y en su apartado 2 que, “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRRL), establece que las “entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de

los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”.

Ello no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración pública deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la interesada al ser atacada por un perro de raza peligrosa mientras caminaba por la vía pública en Langreo, y que había sido causante de diversos incidentes previos en los que había intervenido la Policía Local, identificando al animal y a su propietaria.

La realidad de los daños debe darse por acreditada, toda vez que por los mismos hechos -y por otros similares- ha recaído sentencia firme en la que se condena a la propietaria del perro (Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 1 de Langreo de 9 de febrero de 2022). Dicha sentencia considera probado que la aquí reclamante “sufrió lesiones consistentes en: fractura de antebrazo derecho e izquierdo, tercio medial de radio y cúbito, luxación inestable de codo izquierdo-luxación glenohumeral anterior izquierda, fractura proximal de peroné y tibia izquierdas incompletas, heridas por mordedura en ambos antebrazos y pierna izquierda y desinserción parcial de pabellón auricular izquierdo por mordedura. Dichas lesiones requirieron para su sanidad de tratamiento médico quirúrgico (...). La curación tuvo una duración de 213 días, de los cuales 23 días (son) de perjuicio grave y 190 días de perjuicio moderado. Como consecuencia de dichos menoscabos corporales le han quedado las siguientes secuelas: limitaciones de movilidad en hombro izquierdo, siendo menor de 30° en todos los planos, en codo izquierdo limitación a la extensión, mueve menos de 60°, y flexión, mueve más de 30°, en ambas manos, no realiza puño completo, limitación de movilidad en todos los dedos, a nivel de articulaciones metacarpo-falángicas e interfalángicas, material de osteosíntesis en codo, radio y cúbito izquierdo y en radio y cúbito derecho, cicatrices en brazo derecho, cara interna distal de antebrazo de 10 centímetros, en cara interna distal de antebrazo de 8 centímetros, en cara dorsal, tercio medio inferior con pérdida de sustancia con recubrimiento epitelial que condiciona una depresión a nivel del antebrazo, en brazo izquierdo cicatrices en cara dorsal con deformidad por pérdida de sustancia de 13 centímetros, en cara externa de 7 centímetros, en cara anterior de 4 centímetros, en pierna izquierda dos cicatrices en hueso poplíteo de 2,5 centímetros y otra de 1,5 centímetros, en la parte inferior una cicatriz en forma de T de 3 por 2 centímetros y varias infra rotulianas de 1 centímetro aproximadamente, y en la oreja, pliegue en región posterior de pabellón auricular”.

Ahora bien, la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no puede significar *per se* la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso examinar si se dan las circunstancias que permitan reconocer a la perjudicada el derecho a ser indemnizada por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos; en particular, y por lo que ahora interesa, que la lesión patrimonial es consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos del Ayuntamiento de Langreo.

Siendo indiscutible la competencia de los municipios sobre seguridad en lugares públicos y protección de la salubridad pública, debemos analizar las concretas obligaciones que pesan sobre el Ayuntamiento de Langreo en materia de control del cumplimiento de la normativa sobre tenencia animales, y en particular sobre perros potencialmente peligrosos, dada la raza a la que pertenece el que atacó a la interesada -recogida en el anexo I del Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 50/1999 de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos-. Para ello, debemos acudir a las distintas normas aplicables: estatales, autonómicas y locales.

En primer lugar, resulta de aplicación la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos, que establece la normativa aplicable a la tenencia de animales potencialmente peligrosos para hacerla compatible con la seguridad de las personas, además de los bienes y otros animales. Señala que la tenencia de estos animales requiere la obtención de una licencia administrativa otorgada por el Ayuntamiento, siendo la regla general que sea el de residencia de la persona que la solicita; materia que requiere desarrollo reglamentario, correspondiendo a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales la competencia para dictar dicha normativa.

Este cuerpo legal dispone que los propietarios y tenedores de estos animales tienen la obligación de identificarlos y registrarlos (artículo 5), estableciendo que en cada municipio habrá un Registro de Animales Potencialmente Peligrosos y en la comunidad autónoma un Registro Central Informatizado (artículo 6). Se recoge, además, la obligación general para el propietario o tenedor de cumplir todas las normas de seguridad ciudadana para garantizar la convivencia y evitar molestias a la población.

En cuanto al incumplimiento de lo preceptuado, se señala que la falta de licencia constituye una infracción muy grave, y dejar suelto al animal o no adoptar las medidas necesarias para evitar que se escape, no identificarlo, omitir la inscripción registral, hallarse el animal en lugares públicos sin bozal o sin cadena son, entre otras, infracciones graves. La imposición de las pertinentes sanciones corresponde a “los órganos de las Comunidades Autónomas y municipales competentes en cada caso”. El apartado 10 del artículo 13 determina que, en “los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, la autoridad competente podrá acordar la incautación del animal hasta tanto la autoridad judicial provea acerca del mismo, debiendo dar traslado inmediato de los hechos al órgano jurisdiccional competente”. Finalmente, la disposición adicional tercera, referida al ejercicio de la potestad sancionadora, se remite a la normativa estatal en la materia, “sin perjuicio de las normas autonómicas y municipales que sean de aplicación”.

Esta ley es objeto de desarrollo por el Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo, que prevé los animales que entran dentro de esta categoría, los requisitos mínimos para

la obtención de las preceptivas licencias administrativas que habilitan para la tenencia de los mismos y las medidas mínimas de seguridad que resultan exigibles.

En definitiva, en materia de tenencia y registro de animales potencialmente peligrosos concurren competencias autonómicas y locales, como sucede también en el ejercicio de la potestad sancionadora.

En el ámbito autonómico se ha aprobado la Ley del Principado de Asturias 13/2002, de 23 de diciembre, de Tenencia, Protección y Derechos de los Animales, entre cuyos fines figura el de evitar situaciones de riesgo y posibles daños a las personas por inadecuado manejo y control de animales potencialmente peligrosos, en relación con los cuales se crea un registro dependiente de la Consejería al que los Ayuntamientos deberán remitir los datos del censo de su competencia.

El artículo 20 señala que, si un animal presentara un peligro para las personas, el Ayuntamiento o la Consejería competente en materia de ganadería, de oficio o a petición de parte, pedirá a la persona propietaria o poseedora del animal que tome las medidas oportunas para prevenir el peligro. En el caso de que no las adopte dentro del plazo que se le conceda, se procederá a la incautación del animal y a su traslado a un lugar de depósito. El artículo 22 establece la obligación de que los perros potencialmente peligrosos vayan sujetos con correa y porten bozal en la vía pública. Sobre la obtención de la licencia administrativa para la tenencia de estos animales, el artículo 23 dispone que será otorgada por el Ayuntamiento del concejo de residencia de la persona propietaria. Y en los artículos 49 y siguientes se regula el procedimiento sancionador, refiriéndose a la competencia autonómica, lo que en modo alguno puede interpretarse excluyente de las obligaciones municipales.

Finalmente, como ya se ha adelantado, el Pleno del Ayuntamiento de Langreo aprueba el 22 de diciembre de 2011 la Ordenanza reguladora del uso y tenencia de animales de compañía, en “desarrollo de lo establecido en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases (del) Régimen Local y de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Principado de Asturias 13/2002, de 23 de diciembre, de Tenencia, Protección y Derechos de los Animales de Compañía, la normativa general y especial de pertinente aplicación sobre la Tenencia y Protección de animales”. Su disposición adicional primera establece que, en “materia de tenencia de animales potencialmente peligrosos, se estará a lo que dispone la Ley 50/99, de 23 de diciembre y la Ley 13/2002, de 23 de diciembre, y la normativa que las desarrollan”, referencia que no cabe interpretar en el sentido de excluir lo dispuesto en dicha ordenanza municipal, en cuyo texto se alude expresamente a este tipo de animales y se asumen las obligaciones municipales derivadas de aquellas normas.

En particular, la Ordenanza municipal hace referencia, entre otras cuestiones, a las obligaciones de la persona propietaria o poseedora de animales y al registro de animales potencialmente peligrosos (cuyos datos deben ser remitidos al de competencia autonómica). En el artículo 13 se contempla la aprehensión de aquellos animales que manifiesten reiteradamente síntomas de comportamiento agresivo o peligroso para las personas, siempre que haya procedido requerimiento y no haya sido atendido por la persona responsable del animal.

En cuanto a la tenencia, prevé que queda condicionada a la inexistencia de molestias para los vecinos y, respecto a la circulación, la prohibición de que los animales peligrosos vayan sin medidas protectoras, incluyendo bozal y correa.

El artículo 30 dispone que, en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ordenanza por parte del propietario o poseedor del animal, los servicios municipales podrán proceder, de oficio o previa denuncia, a la retirada del animal y su traslado a un albergue de acogida. En todo caso, y conforme a lo establecido en el artículo 31, corresponde al Ayuntamiento de Langreo mantener al día el censo de las especies de animales, así como tramitar y en su caso resolver los correspondientes expedientes sancionadores por infracciones tipificadas en la Ordenanza. Y entre las infracciones previstas se encuentran la de falta de atado con correa de un animal cuando fuese necesario, la posesión de un animal no censado con arreglo a la normativa, no tener identificados reglamentariamente a los perros y la reiteración de infracciones. Entre las sanciones, además de las correspondientes multas, se prevé la incautación de los animales cuando sea necesario para garantizar la protección de las personas.

En definitiva, a la vista de lo dispuesto en la normativa citada, la Administración municipal resulta obligada a efectuar un control sobre el cumplimiento de la misma en su territorio, pudiendo adoptar medidas como el apercibimiento a la persona responsable y la retirada del perro en los casos señalados, así como tramitar y resolver los correspondientes expedientes sancionadores, independientemente de las competencias autonómicas, que incluyen las sancionadoras invocadas por el Ayuntamiento para alegar su falta de legitimación.

Ha quedado acreditado en el expediente, y así se señala en los hechos probados en la Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 1 de Langreo de 9 de febrero de 2022, que un perro de raza *pitbull terrier* residía junto a su propietaria en una vivienda unifamiliar que presentaba un mal estado en el cierre de sus perímetros, de modo que la malla de alambre que la delimitaba contaba con numerosos agujeros por donde el animal podía escaparse, y que en los dos años anteriores a la fecha de los hechos dicha vivienda fue investigada por la Policía Local en al menos 4 ocasiones como consecuencia de denuncias por la presencia de un perro suelto y agresivo, recogiendo ataques sin daños personales los días 9 de abril y 24 de diciembre de 2017, y el 22 de agosto de 2018 por carecer de licencia para la tenencia de perros peligrosos tras el aviso recibido por una denuncia de perro suelto, habiéndose comprobado que la dueña carecía de seguro de responsabilidad civil, “sin que conste que por el Ayuntamiento se adoptara ninguna medida en relación con el animal./ La acusada (...) carecía, tanto de licencia para la tenencia de animales peligrosos, como de seguro de responsabilidad civil por daños exigidos legalmente”. La sentencia condenatoria se ocupa del asunto objeto de análisis junto con otro ataque acaecido el día 3 de enero de 2019 (es decir, 23 días antes del sufrido por la interesada), en que el animal se encontraba suelto y sin collar, escapándose de la finca y atacando a un viandante al que causa heridas graves.

Consta en el expediente una intervención efectuada por la Policía Local el 9 de abril de 2017, “al carecer la propietaria de la licencia para la tenencia de animales potencialmente peligrosos”, lo que se comprueba tras recibir una denuncia por parte de una vecina que fue atacada por unos perros que estaban en la vía pública sueltos, y se reseña que “no se volvió a comprobar nada hasta la siguiente intervención”. También se refleja que tras el ataque sufrido por otro transeúnte el 24 de diciembre de 2017 los agentes de policía vieron que el perro ya estaba en la casa atado a su llegada, por lo que comprobaron el chip pero no hicieron lo mismo con el resto de la documentación exigible. La falta de la licencia se volvió a poner de manifiesto el 22 de agosto de 2018 tras una nueva denuncia, advirtiéndose del impago del seguro de responsabilidad civil

de la propietaria del animal. En diversas ocasiones se da traslado a la Consejería de Desarrollo Rural y Recursos Naturales de los hechos, y aunque la inactividad de la Administración autonómica podría amparar una concurrencia de responsabilidades de conformidad con lo señalado en el artículo 33 de la LRJSP, la reclamación que se examina se deduce únicamente frente al Ayuntamiento de Langreo.

Ante la falta de adopción de medidas por parte del Ayuntamiento, la reclamante esgrime que “se ha conculcado la obligación que tiene la Administración de evitar situaciones de riesgo y posibles daños a personas, animales o bienes por inadecuado manejo y control de animales potencialmente peligrosos”.

Efectivamente, a juicio de este Consejo Consultivo estamos ante unos hechos de extraordinaria gravedad en los que el Ayuntamiento es concedor durante más de dos años de diversos ataques a viandantes por parte de un perro de los catalogados como potencialmente peligrosos, en poder de una persona que incumple los requisitos de tenencia lícita del mismo a pesar de ser visitada y advertida en distintas ocasiones por parte de agentes de la Policía Local, y que lo mantiene -la mayoría de las veces, sino siempre- sin correa ni collar en una finca cuyo cierre se limita a una malla levantada por la parte inferior en diferentes puntos del perímetro, tal y como se aprecia en las fotografías que obran incorporadas al expediente. Consta además que 23 días antes del ataque a la reclamante se produjo otro de gravedad a un ciudadano que hubo de ser intervenido quirúrgicamente por las mordeduras sufridas, sin que se procediese al traslado del perro por las autoridades municipales. Ante esta situación, conocida y mantenida en el tiempo, no cabe sino concluir que el Ayuntamiento ha incumplido sus obligaciones, sin prestar adecuadamente el servicio público de seguridad en el municipio ante una amenaza previsible y sin ejercer sus competencias en materia de tenencia de animales de compañía. Como hemos expuesto, sobre el Ayuntamiento de Langreo recae la obligación de proceder a la incautación del animal en el caso de que la persona responsable del mismo, requerida para ello, no adopte ninguna medida cuando se detecta que el perro representa un peligro para las personas o reitera un comportamiento agresivo. Idéntica medida se puede adoptar -y debe hacerse cuando sea necesario para preservar la seguridad pública- en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en la Ordenanza municipal, reiteración en su mayor parte de las previstas en la ley.

Por ello, este órgano consultivo considera debidamente acreditado el título de imputación al servicio público. Con base en los hechos declarados probados en la Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 1 de Langreo de 9 de febrero de 2022 y los extremos acreditados en el expediente, puede concluirse que el Ayuntamiento no ejerció adecuadamente sus competencias sobre animales de compañía y no empleó la debida diligencia para preservar la seguridad pública en el municipio. Constatado el nexo causal entre el resultado dañoso y la conducta omisiva del servicio público, ha de repararse en la mayor relevancia en ese resultado de la actuación ilícita de la dueña del animal -ya condenada como causante directa del daño-, por lo que se estima procedente modular la responsabilidad que corresponde asumir al Ayuntamiento reduciéndola al 30 % de la cantidad a que ascienda la valoración del perjuicio.

En este supuesto, como hemos mencionado, ha recaído una sentencia en el orden penal en la que se condena a la propietaria del animal a indemnizar a la reclamante “en la cantidad de 262.887,60 euros en concepto de lesiones y secuelas”, en mérito a los mismos daños que ahora se reclaman. Se da la circunstancia de que en el presente procedimiento la interesada dejó pendiente la concreción del *quantum* indemnizatorio

en espera de lo que se resolviera en el proceso penal. Una vez recaída la sentencia penal estimatoria -que se extiende a la responsabilidad civil por el daño ocasionado-, la perjudicada se limita a aportar aquella sentencia, de lo que se deduce -pues pendía de su parte la cuantificación del daño- que valora ese perjuicio en la misma cuantía en que se estimó probada en el proceso penal. Es patente que los institutos se superponen (responsabilidad patrimonial y responsabilidad civil extracontractual) y los conceptos resarcibles coinciden, pues se dirigen a la reparación de un mismo daño, invocando la reclamante en ambos foros la asistencia quirúrgica recibida, el perjuicio personal sufrido y las secuelas que presenta. Condenada a su abono la persona directamente causante del daño, se advierte no obstante la precaria solvencia de aquella, constando incluso que dejó de pagar la prima del seguro obligatorio.

A los efectos de determinar si resulta compatible una condena penal, dirigida exclusivamente contra el autor material del delito, y la vía de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración por su funcionamiento, procede realizar algunas consideraciones. En primer lugar, en el orden civil numerosos pronunciamientos aluden a la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo conforme a la cual “las sentencias firmes dictadas por los Tribunales de la jurisdicción criminal de carácter condenatorio no solo vinculan a los del orden civil en cuanto a los hechos que se declaran probados, sino que tienen el concepto de definitivas respecto de los problemas que resuelven, sobre los que no se puede volver, y por tanto quedan definitivamente resueltas las responsabilidades civiles derivadas del delito o de la falta, si así se declara, por lo que la ley autoriza a los perjudicados para justificar la entidad de los perjuicios sufridos dentro del procedimiento penal, si así lo desean, o para reservarse la acción civil dimanante del hecho punible para ejercitarla en el oportuno proceso independiente del criminal, evitando que en este se haga pronunciamiento sobre la materia” (por todas, Sentencia

de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 4 de abril de 2011 -ECLI:ES:APPO:2011:1077-, Sección 5.^a). Se matiza en otras sentencias que sí puede el pronunciamiento civil servir de posterior complemento respecto a efectos dañosos sobrevenidos que no se tuvieron ni se pudieron tener en cuenta al tiempo de dictarse la resolución penal (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de junio de 2001 -ECLI:ES:APV:2001:4003-, Sección 9.^a), si bien en el supuesto aquí planteado no se invocan manifestaciones dañosas nuevas.

En otros casos, con relación a la posible responsabilidad de la Administración por delitos cometidos durante permisos penitenciarios, el Tribunal Supremo ha señalado (entre otras, Sentencia de 4 de junio de 2002 -ECLI:ES:TS:2002:4046- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a) que “la obligación de soportar individualmente el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados cuando estos no tienen el deber jurídico de soportar los riesgos que objetivamente debe asumir la sociedad en la concesión de los beneficios penitenciarios”. Se trata de supuestos en los que, no procediendo la condena al Estado como responsable civil subsidiario *ex* artículos 120.3 o 121 del Código Penal, la sentencia penal deja a salvo la ulterior pretensión de responsabilidad patrimonial pese a condenar al acusado a la reparación del daño, pues en un escenario en el que es previsible la insolvencia del condenado no cabe soslayar la eventual concurrencia de un título de imputación al servicio público que evite, siquiera sea en parte, la ausencia de resarcimiento efectivo. Al respecto, en el orden contencioso-administrativo se ha estimado que, tras la sentencia penal, puede acudir a un procedimiento de responsabilidad patrimonial no solo en los casos de sentencia

absolutoria o reserva de las acciones “civiles”, sino también cuando -aunque medie condena al autor del delito por responsabilidad civil- concurre un “funcionamiento anormal” cuya consecuencia “debe ser soportada por el Estado y solidariamente por toda la sociedad, ya que el fin que se persigue, constitucionalmente exigido, merece ser intentado aún con el riesgo de que la confianza sea traicionada (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2007 -ECLI:ES:TS:2007:835-, Sala de lo Penal, Sección 1.ª).

En suma, para la línea jurisprudencial mayoritaria una resolución penal previa condenatoria no impide la apertura de un nuevo procedimiento en vía administrativa -o contencioso-administrativa- sobre los mismos hechos siempre y cuando se respeten dos límites: la prohibición de enriquecimiento injusto que establece el artículo 121 del Código Penal y la sujeción a los hechos declarados probados por la sentencia penal. Una interpretación literal del artículo 121 del Código Penal conduce a esta misma conclusión, al contemplarse la compatibilidad en el ejercicio de ambas acciones.

Para esta misma jurisprudencia dominante, el resarcimiento de daños ajenos a los supuestos de responsabilidad subsidiaria *ex delicto* de los artículos 121 y 120.3.º del Código Penal no puede ventilarse en el proceso penal. Así sucede en el caso que ahora se examina, en el que no habiéndose cometido el delito por funcionario ni en establecimiento público el ejercicio de la acción civil frente a la Administración estaba abocado al fracaso, si bien la sentencia penal habría de explicitar que quedaba a salvo el ejercicio de las acciones no penales frente a la Administración por el cauce correspondiente. Esto es, de haberse dirigido en sede penal frente a la Administración, la reclamante habría obtenido el mismo pronunciamiento que carga sobre el autor del delito la totalidad de la responsabilidad civil, con el único añadido consistente en una remisión al orden administrativo en cuanto a la pretensión deducida frente a la Administración pública, lo que deja de manifiesto la compatibilidad o subsistencia de la responsabilidad patrimonial aun cuando el autor material de los hechos ya haya sido condenado a asumir la responsabilidad civil.

En este sentido, el Consejo de Estado ha advertido en la Memoria de 1999 -refiriéndose a los supuestos en que se ejercita la acción de responsabilidad patrimonial tras la condena penal- que cuando “el funcionamiento del servicio hubiera contribuido a producir o a agravar los daños y (...), en consecuencia, se detectara un título de imputación a la Administración (...), cabría reconocer una obligación administrativa de indemnizar, evitando desde luego una duplicidad indemnizatoria, de forma que la Administración solo debería hacerse responsable de los daños estrictamente derivados del servicio y solo en la medida en que no haya sido resarcido de ellos el perjudicado. Cabría pensar que, con ello, se erige a la Administración en una suerte de asegurador que responde ante la eventual insolvencia de quien, sin ser funcionario, sí fue condenado en vía penal; sin embargo, no sería correcta tal afirmación, puesto que la Administración solo respondería de los daños en cuanto hubieran sido consecuencia del funcionamiento de los servicios -como ocurre, por lo demás, cuando no hay infracción penal- y no de la suma a la que hubiera sido condenado el responsable criminal”.

Esa confluencia de la actuación delictiva con un título de imputación por funcionamiento anormal -por omisión- del servicio público aparece con nitidez en los supuestos en que la Administración es responsable de asegurar las normales condiciones de seguridad en lugares de tránsito. En efecto, las deficiencias del garante de la seguridad de las personas no aminoran la condena impuesta o que haya de imponerse al autor material del delito en orden a la reparación del daño, pero con esa condena

tampoco se desvanecen las cargas que pesaban sobre el garante ni se le exonera de las consecuencias de su incumplimiento.

De este modo, el principio de indemnidad opera en un doble plano: por un lado, como garantía frente a quien puede ver frustrado el efectivo resarcimiento del perjuicio sufrido y, por otro, como límite, al proscribirse la doble indemnidad o enriquecimiento injusto; máxime cuando la pretensión resarcitoria y su valoración han quedado fijadas en la sentencia firme y la reclamante así lo asume. De ahí que el Consejo de Estado puntualice en la Memoria de 1999 que, “en cualquier caso, debería hacerse una reserva por parte de la Administración encaminada a evitar que el perjudicado obtenga dos indemnizaciones por un mismo perjuicio en lo que excedieran de la evaluación de este”. Al respecto, en la reseñada Memoria se advierte, aunque con referencia a supuestos en los que aún no ha recaído sentencia penal, que “podría declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración (...) condicionando el derecho a percibir una indemnización a la cesión del crédito -hasta la cuantía de la indemnización abonada por la Administración- que pudiera declararse en su momento en concepto de responsabilidad civil derivada del delito”, de modo que se preserve la indemnidad del perjudicado sin menoscabo de la responsabilidad del servicio público ni de la que ha de asumir el condenado.

Por las consideraciones expuestas, este Consejo estima que la efectiva tutela de la plena indemnidad de la víctima requiere en este caso que se declare la responsabilidad del Ayuntamiento en un 30 % del resultado lesivo -conforme al título de imputación señalado-, condicionándose el abono de ese resarcimiento a la cesión del crédito correspondiente por la perjudicada.

La valoración global del perjuicio asciende pacíficamente a 262.887,60 €, por lo que el reseñado porcentaje del 30 % representa una suma de 78.866,28 €. Dado que, impuesta en sentencia firme, se sujeta a su específico índice de actualización -el interés legal-, ese mismo índice ha de aplicarse a la cuantía a la que ha de subvenir el Consistorio, que no puede rebasar el importe objeto de cesión.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, estimando parcialmente la reclamación presentada por el reclamante, indemnizarla en los términos señalados en el cuerpo de este dictamen.”

JURISPRUDENCIA

**SENTENCIA 147/2022, DE LA SALA PRIMERA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 29 DE NOVIEMBRE DE
2022. RECURSO DE AMPARO 3209/2019***

***EXTRACTO:** La sentencia se pronuncia sobre la vulneración alegada por la parte recurrente del artículo 24.1 de la Constitución Española, que versa sobre la tutela judicial efectiva, al no poder impugnar la actuación practicada por la Agencia Tributaria por falta de conocimiento del procedimiento que se estaba realizando.*

Es cierto que la Agencia Tributaria no infringe la regulación en materia de notificaciones electrónicas, puesto que la mercantil demandante debía necesariamente recibir por ese medio las comunicaciones. No obstante, y tras los hechos detallados en cuanto a la notificación practicada por la oficina del servicio postal de correos, no puede acreditarse que la indefensión invocada se debiera a una indiligencia por parte del solicitante.

Además, es de especial importancia la trascendencia de la documentación reclamada a través de la dirección electrónica habilitada, dado que, al no ser aportada, la Agencia Tributaria efectuó una rectificación de las cuotas del IVA correspondiente a los cuatro trimestres del ejercicio 2012, a pesar de estar al tanto de la ignorancia de la litigante del requerimiento por vía electrónica.

La mercantil reclamante alega el quebrantamiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que, pudiendo hacer uso de otro medio de comunicación, no se practicó, provocándole vulnerabilidad frente al proceso.

La Sala concluye que procede declarar la nulidad de las resoluciones practicadas hasta el instante, así como también retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado del acuerdo de liquidación provisional, para encauzarlo con la debida diligencia conforme al principio fundamental lesionado.

[...]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

[...]

SEGUNDO.- El presente recurso trae causa de los siguientes antecedentes:

a) El 12 de octubre de 2011, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, Agencia Tributaria), concretamente la administración de El Escorial, dictó acuerdo de inclusión obligatoria de la demandante en el sistema de dirección electrónica habilitada con la consiguiente asignación de una específica dirección para la práctica de notificaciones, al tratarse de "una persona o entidad comprendida en el artículo 4 del Real Decreto 1363/2010".

*Extracto elaborado por Patricia Martínez Oltra

b) En el acuse de recibo de la oficina de correos de Navalagamella, que obra al folio 12 del expediente administrativo, consta que el certificado tenía por objeto la "notificación inclusión NEO [notificación electrónica obligatoria] campaña [general]" y el destinatario era "Aurora Publicidad, S.R.L.", con domicilio en la "calle Las Eras 8, 28212 Navalagamella". El primer intento de notificación tuvo lugar el 25 de octubre de 2011 y no pudo practicarse por el motivo "[a]usente reparto"; el segundo intento fue realizado el 27 de octubre de 2011 con el mismo resultado, por lo que se dejó aviso de llegada en el buzón. Finalmente consta "[e]ntregado" en lista el día 2 de noviembre de 2011 y figura como receptora doña A.R.C., familiar del destinatario. En el documento indicado figura, además de la fecha mencionada, la identidad de la receptora y su número de DNI, el sello de la oficina de correos de Navalagamella y la firma y número de identificación de un empleado de esa oficina. La receptora del certificado resultó ser la hija de don Jesús Rincón José, representante legal de Aurora Publicidad, S.R.L., nacida el 26 de julio de 1995.

c) El 24 de febrero de 2014, la administración de El Escorial de la Agencia Tributaria acordó iniciar procedimiento de gestión tributaria de comprobación limitada, al haberse detectado ciertas incidencias respecto de los cuatro trimestres del IVA del ejercicio 2012 correspondientes a Aurora Publicidad, S.R.L. Por ello, "al amparo y con los efectos previstos en la Ley general tributaria, deberá ante esta oficina, aportar la documentación que a continuación se cita:

-Justificación de las operaciones a las que corresponde la cuantía declarada en concepto de IVA deducible por cuotas soportadas en operaciones interiores corrientes'.

-Libro registro de facturas expedidas. La información facilitada deberá permitir calcular con precisión en cada periodo de liquidación las cuotas devengadas y repercutidas, así como las cuotas de IVA soportadas.

-Libro registro de facturas recibidas. La información facilitada deberá permitir calcular con precisión en cada periodo de liquidación las cuotas devengadas y repercutidas, así como las cuotas de IVA soportadas.

-Libro registro de bienes de inversión. La información facilitada deberá permitir calcular con precisión en cada periodo de liquidación las cuotas devengadas y repercutidas, así como las cuotas de IVA soportadas".

El citado acuerdo se remitió a la demandante de amparo a través de la dirección electrónica habilitada asignada, el 24 de febrero de 2014. En relación con dicho envío consta la siguiente certificación:

"El acto objeto de notificación se ha puesto a disposición de Aurora Publicidad, S.R.L., (B82562265) con fecha 24-02-2014 y hora 20:12, en el buzón electrónico asociado a su dirección electrónica habilitada en el servicio de notificaciones electrónicas.

Habiendo transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición del acto objeto de notificación en el buzón electrónico asociado a su dirección electrónica habilitada en el servicio de notificaciones electrónicas, sin que Aurora Publicidad, S.R.L., (B82562265) haya accedido a su contenido, de acuerdo con el artículo 28.3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, se entiende que la notificación ha sido rechazada con fecha 07-03-2014 y hora

00:14, teniéndose por efectuado el trámite de notificación y siguiéndose el procedimiento".

[...]

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1 Objeto del recurso y pretensiones deducidas

En la demanda de amparo se alega, con carácter principal, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en la vertiente del derecho de audiencia y del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho en el ámbito administrativo. Subsidiariamente, se invoca la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en la faceta del derecho de acceso al recurso legal.

La abogacía del Estado interesa la desestimación del recurso de amparo; no obstante, en relación con la queja atribuida a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en la faceta del derecho al recurso legal, solicita la inadmisión por falta de agotamiento de la vía judicial.

El Ministerio Fiscal solicita, en primer término, la inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial. Subsidiariamente, interesa la inadmisión del motivo referido a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente del derecho de acceso al recurso legal y, para el caso de no acordarse, pide la desestimación de esa queja. Por último, interesa el otorgamiento del amparo por el motivo principal de la demanda.

2 Óbices procesales

Varios son los motivos de inadmisión que han sido suscitados por los intervinientes en el presente recurso. Por razones de índole lógica y metodológica, en primer lugar se analizará el óbice suscitado por el Ministerio Fiscal respecto del recurso de amparo en su integridad; y para el caso de ser desestimado ese motivo, procederá entonces resolver respecto de la causa de inadmisión atinente a la queja de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente del derecho de acceso al recurso legal.

a) Sostiene el Ministerio Fiscal que la demandante incurrió en un defectuoso agotamiento de la vía judicial, al no haber interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, de 31 de marzo de 2016, que inadmitió a trámite la reclamación económico-administrativa formulada por la demandante de amparo el 30 de noviembre de 2015, a pesar de que en el pie de recurso se le advirtió de esa eventualidad. De ahí que la ulterior solicitud de nulidad, formulada el 30 de diciembre de 2016, supuso reabrir una vía ya cerrada, amén de plantear novedosamente la vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 CE. En apoyo de esta alegación cita la doctrina recogida en la STC 165/2012, de 1 de octubre, FJ 2, en virtud de la cual, "[l]a exigencia de agotamiento de la vía judicial previa tiene por objeto preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca per saltum, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, remediar la lesión que luego se invoca como fundamento del recurso de amparo".

Como se relata en los antecedentes, la entidad demandante consintió la decisión adoptada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, de 31 de marzo de 2016, al no interponer contra ella recurso contencioso-administrativo. No obstante, se advierte que la resolución de la Agencia Tributaria dictada el 10 de abril de 2017, pese a referir que lo decidido por el Tribunal Económico-Administrativo Regional no fue recurrido en sede contencioso-administrativa, no obstante sustentó la inadmisión de la petición de nulidad de pleno derecho en un motivo distinto; a saber, la carencia manifiesta de fundamento de esa solicitud, conforme a lo establecido en el art. 217.3 LGT. Esa decisión fue sometida al escrutinio del órgano judicial que conoció del recurso contencioso-administrativo entablado por la mercantil demandante, mientras que la desestimación acordada por este último quedó sujeta a la revisión del tribunal de apelación quien, como se ha hecho constar en los antecedentes, confirmó lo resuelto en la instancia.

Teniendo en cuenta lo acontecido, queda acreditado que los órganos judiciales intervinientes sí han tenido ocasión de dirimir la queja de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que hizo valer la entidad recurrente, de manera que no cabe reprocharle que no hubiera intentado su reparación en la vía judicial ni, por ende, que hubiera violentado con su proceder el carácter subsidiario del recurso de amparo. Por tanto, el óbice planteado por el fiscal debe ser desestimado.

b) Distinta suerte debe correr la causa de inadmisión circunscrita a la queja dirigida exclusivamente frente a la providencia en cuya virtud se inadmitió el recurso de casación. Este tribunal ha proclamado "que el incidente de nulidad de actuaciones cumple una 'función institucional [...] como instrumento de tutela de derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria' (STC , 9/2014 de 27 de enero, FJ 3, por todas) y ha puesto de manifiesto la importancia que en este momento reviste esta vía impugnatoria, pues, como señaló la STC 43/2010, de 26 de julio, FJ 5, si el caso no tiene trascendencia constitucional, el incidente de nulidad de actuaciones constituye 'la última vía que permite la reparación de la vulneración denunciada' (véanse también las SSTC 153/2012 , de 16 de julio, FJ 3; 2/2013, de 14 de enero, FJ 5, y 9/2014 , de 27 de enero, FJ 3). Además, y esto es lo relevante en el presente caso, según ha sostenido de forma unánime y constante la doctrina del Tribunal Constitucional, el requisito del art. 44.1 a) LOTC responde 'a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca per saltum , es decir, sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo' [STC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2 d), y jurisprudencia allí citada]" (STC 59/2022, de 9 de mayo, FJ 2).

En el presente caso, dado que contra la resolución que inadmitió el recurso de casación no cabía recurso alguno, de acuerdo a la doctrina transcrita resultaba preceptiva la interposición del incidente de nulidad de actuaciones regulado en el art. 241 LOPJ, a fin de intentar reparar en la vía judicial la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente del derecho de acceso al recurso (art. 24.1 CE) que se atribuye a la resolución indicada, amén de salvaguardar el carácter subsidiario del recurso de amparo. Por tanto, procede estimar el óbice planteado por el Ministerio Fiscal y la abogacía del Estado, en relación con la denuncia de lesión anudada a la inadmisión del recurso de casación.

3 Normativa sobre las notificaciones en el ámbito administrativo de aplicación al caso

Teniendo en cuenta el momento en que se notificó la inclusión de la entidad demandante en el sistema de dirección electrónica habilitada y las fechas en que se realizaron las posteriores notificaciones electrónicas, la regulación aplicable entonces era la siguiente:

(i) Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos [derogada por la disposición derogatoria única.2 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre]. Los arts. 27.6 y 28.2, 3, 4 y 5 establecen:

Art. 27.6:

"Reglamentariamente, las administraciones públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando solo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos".

Art. 28, apartados 2, 3 y 5:

"2. El sistema de notificación permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales.

3. Cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992 de régimen jurídico y del procedimiento administrativo común y normas concordantes, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.

[...]

5. Producirá los efectos propios de la notificación por comparecencia el acceso electrónico por los interesados al contenido de las actuaciones administrativas correspondientes, siempre que quede constancia de dichos acceso".

(ii) Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Los arts. 2, 4.1, 5 y 6.1, 2 y 5 prevén que:

Art. 2:

"La Agencia Estatal de Administración Tributaria practicará notificaciones electrónicas a las personas y entidades comprendidas en este real decreto mediante la adhesión al sistema de notificación en dirección electrónica regulado en la Orden PRE/878/2010, de 5 de abril, por la que se establece el régimen del sistema de dirección electrónica habilitada previsto en el artículo 38.2 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre."

Art. 4.1:

"Estarán obligados a recibir por medios electrónicos las comunicaciones y notificaciones administrativas que en el ejercicio de sus competencias les dirija la Agencia Estatal de Administración Tributaria las entidades que tengan la forma jurídica de sociedad anónima (entidades con número de identificación fiscal —NIF— que empiece por la letra A), sociedad de responsabilidad limitada (entidades con NIF que empiece por la letra B) [...]".

Art. 5:

"1. La Agencia Estatal de Administración Tributaria deberá notificar a los sujetos obligados su inclusión en el sistema de dirección electrónica habilitada. Dicha notificación se efectuará por los medios no electrónicos y en los lugares y formas previstos en los artículos 109 a 112 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria. Adicionalmente, la Agencia Tributaria incorporará estas comunicaciones en su sede electrónica (<https://www.agenciatributaria.gob.es/>) a los efectos de que puedan ser notificadas a sus destinatarios mediante comparecencia electrónica con los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 40 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

2. En los supuestos de alta en el censo de obligados tributarios la notificación de la inclusión en el sistema de dirección electrónica habilitada se podrá realizar junto a la correspondiente a la comunicación del número de identificación fiscal que le corresponda.

3. Cuando en aplicación del apartado 1 anterior se practique la notificación de la inclusión en el sistema de dirección electrónica habilitada, por medios electrónicos y no electrónicos, se entenderán producidos todos los efectos a partir de la primera de las notificaciones correctamente efectuada".

Art. 6, apartados 1, 2 y 5:

"1. El acceso a las notificaciones practicadas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria mediante el sistema a que se refiere el artículo 2 de este Real Decreto se efectuará por los sujetos obligados en la forma que establece la Orden PRE/878/2010, de 5 de abril, por la que se establece el régimen del sistema de dirección electrónica habilitada previsto en el artículo 38.2 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, así como mediante enlace desde la sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, identificándose mediante un sistema de firma electrónica conforme con la política de firma electrónica y certificados en el ámbito de la administración general del Estado.

2. Las personas jurídicas y entidades sin personalidad podrán acceder con el sistema de firma electrónica correspondiente a la persona jurídica o entidad, así como con el de las personas que hayan acreditado su representación con la correspondiente inscripción en el registro de apoderamientos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

[...]

5. La Agencia Estatal de Administración Tributaria certificará la notificación de un acto a través de la dirección electrónica habilitada, conforme a la información que

deba remitir el prestador del servicio de dirección electrónica habilitada. Esta certificación, que podrá generarse de manera automatizada, incluirá la identificación del acto notificado y su destinatario, la fecha en la que se produjo la puesta a disposición y la fecha del acceso a su contenido o en que la notificación se consideró rechazada por haber transcurrido el plazo legalmente establecido".

(iii) La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria. En los arts. 109, 110 y 111 establece:

Artículo 109. Notificaciones en materia tributaria.

"El régimen de notificaciones será el previsto en las normas administrativas generales con las especialidades establecidas en esta sección".

Artículo 110. Lugar de práctica de las notificaciones.

"1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar señalado a tal efecto por el obligado tributario o su representante o, en su defecto, en el domicilio fiscal de uno u otro.

2. En los procedimientos iniciados de oficio, la notificación podrá practicarse en el domicilio fiscal del obligado tributario o su representante, en el centro de trabajo, en el lugar donde se desarrolle la actividad económica o en cualquier otro adecuado a tal fin".

Artículo 111. Personas legitimadas para recibir las notificaciones.

"1. Cuando la notificación se practique en el lugar señalado al efecto por el obligado tributario o por su representante, o en el domicilio fiscal de uno u otro, de no hallarse presentes en el momento de la entrega, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en dicho lugar o domicilio y haga constar su identidad, así como los empleados de la comunidad de vecinos o de propietarios donde radique el lugar señalado a efectos de notificaciones o el domicilio fiscal del obligado o su representante.

2. El rechazo de la notificación realizado por el interesado o su representante implicará que se tenga por efectuada la misma".

(iv) Como la notificación de la inclusión en el sistema de la dirección electrónica habilitada se efectuó mediante el servicio postal de correos, se trae a colación lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 44 del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, aprobado por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre:

"1. En el supuesto de entrega de notificaciones a personas jurídicas y organismos públicos, se observarán las normas establecidas para la admisión y entrega de notificaciones en los artículos precedentes, con las peculiaridades establecidas en el presente artículo.

2. La entrega de notificaciones a las personas jurídicas se realizará al representante de estas, o bien, a un empleado de la misma, haciendo constar en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, su identidad, firma y fecha de la notificación, estampando, asimismo, el sello de la empresa".

4 Doctrina constitucional sobre la proyección de las garantías del art. 24 CE (RCL 1978, 2836) al ámbito administrativo. Especial referencia a las notificaciones

Reiteradamente, este tribunal ha sostenido que:

"Algunas de las garantías reconocidas en el art. 24 CE no solo operan en el ámbito procesal, puesto que también despliegan su eficacia en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador. Ya en la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, este tribunal afirmó que '[...] los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución'.

No obstante, como quedó reflejado, entre otras, en la STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 6, la traslación de esas garantías no opera de manera absoluta sino matizada: '[...] es doctrina de este tribunal que las garantías del art. 24 de la Constitución resultan de aplicación al procedimiento administrativo sancionador en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución (STC 18/1981, fundamento jurídico 2). Ahora bien, este tribunal ha tenido también oportunidad de precisar que tal aplicación no ha de entenderse de forma literal e inmediata, sino que en la medida que las garantías citadas sean compatibles con la naturaleza del procedimiento (SSTC 2/1987, fundamento jurídico 6; 29/1989, fundamento jurídico 6) lo que impide una traslación mimética de las garantías propias del procedimiento judicial al administrativo sancionador'.

Sin embargo, como así se refleja, entre otras, en la STC 32/2008, de 25 de febrero, FJ 2, la exigencia de que al interesado le sea debidamente notificada la incoación del procedimiento sancionador sí forma parte de las garantías del art. 24.2 CE que se extienden a ese contexto: "este tribunal ha reiterado que entre las garantías del art. 24 CE que son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador están los derechos de defensa y a ser informado de la acusación, cuyo ejercicio presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues solo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión y, por ende, que la administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar lo que a su derecho convenga (STC 226/2007, de 22 de octubre, FJ 3). A esos efectos, siendo de aplicación directa lo afirmado en relación con los procedimientos judiciales, este tribunal ha destacado la exigencia de procurar el emplazamiento o citación personal de los interesados, siempre que sea factible [...]".

Esta doctrina ha sido reiterada en la STC 63/2021, de 15 de marzo, FJ 3, en un supuesto en el que la notificación practicada en la dirección electrónica habilitada de la demandante de amparo aparece concernida: '[...] existe una consolidada doctrina sobre el deber de notificar correctamente a los ciudadanos sometidos al ejercicio del ius puniendi del Estado, los actos esenciales de desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador, que se vincula con el derecho a un proceso con todas las

garantías (art. 24.2 CE). De este modo, puede afirmarse que cuando en procedimientos administrativos sancionadores se producen emplazamientos defectuosos que impiden la participación del interesado, nuestra doctrina es clara a la hora de considerar vulnerado el derecho a conocer la acusación y la defensa (SSTC 93/2018 , de 17 de septiembre, y 82/2019 , de 17 de junio, entre otras). Por su parte, cuando el defecto de notificación se produce, por ejemplo, por omisión de dar traslado de la propuesta de resolución, también se ha considerado vulnerado el derecho de defensa (art. 24.2 CE) (así, por ejemplo, SSTC 145/2011 , de 26 de septiembre, o 169/2012 , de 1 de octubre)". (STC 84/2022, de 27 de junio, FJ 3).

Aun cuando la doctrina transcrita guarda relación con la proyección del mencionado art. 24 CE en el contexto del procedimiento administrativo sancionador, de suerte que, en principio, su traslación no estaría indicada para otros procedimientos administrativos de índole distinta, se advierte que este tribunal también ha tenido ocasión de pronunciarse, en sentido afirmativo, sobre la extensión a procedimientos administrativos no sancionadores de las garantías de emplazamiento en los procesos judiciales; más concretamente, en supuestos de notificaciones efectuadas a personas distintas del interesado. En la STC 113/2006, de 5 de abril, FJ 6, se afirma que:

"Este Tribunal ha considerado que los órganos judiciales no pueden presumir, sin lesionar el derecho consagrado en el art. 24 CE, que las notificaciones realizadas a través de terceras personas hayan llegado al conocimiento de la parte interesada, cuando la misma cuestiona fundadamente la recepción del acto de comunicación procesal o la fecha en que le fue entregada la cédula por el tercero, supuesto en el cual, a la vista de las circunstancias del caso, de las alegaciones formuladas y de la prueba que pudiera eventualmente practicarse, están obligados a emitir un pronunciamiento expreso sobre la posibilidad o no de que el tercero haya cumplido con su deber de hacer llegar en tiempo el acto de comunicación procesal a su destinatario (SSTC 22/1987 , de 20 de febrero, FJ 2; 195/1990 , de 29 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 275/1993 , de 20 de septiembre, FFJJ 4 y 5; 326/1993 , de 8 de noviembre, FJ 5; 39/1996 , de 11 de marzo, FFJJ 2 y 3; 113/2001 , de 7 de mayo, FFJJ 5 y 6; 199/2002, de 28 de octubre, FJ 2; y 21/2006, de 30 de enero, FJ 3).

Por esta razón, debe ofrecerse a quienes se hayan visto perjudicados por los actos de comunicación a terceras personas, la posibilidad de destruir la presunción que obra en su contra mediante la prueba de que el contenido del acto no les ha sido trasladado en tiempo y forma. En este sentido, no hemos admitido la validez de determinados actos de comunicación procesal en supuestos en que sus destinatarios finales habían acreditado, por las circunstancias concurrentes en cada caso, que no habían tenido un conocimiento efectivo de los mismos a tiempo de reaccionar en los plazos y con los mecanismos procesales establecidos en el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, hemos negado validez a los actos de comunicación procesal realizados al conserje de una finca que reconoce no haber trasladado la notificación al interesado (STC 275/1993, de 20 de septiembre, FJ 3), al vecino que retrasa maliciosamente durante diez días el traslado de la notificación al interesado (STC 39/1996 , de 11 de marzo, FJ 3), al vecino de un domicilio que se duda fuese del interesado (STC 19/2004, de 23 de febrero, FJ 4), al vecino que se niega a firmar la diligencia de notificación (STC 21/2006 , de 30 de enero), e incluso al procurador que fallece el mismo día que recibe la notificación que debía trasladar (STC 59/1998 , de 16 de marzo, FJ 3).

Se trata, a fin de cuentas, de valorar una eventual indefensión por 'el incumplimiento por parte de una tercera persona de la carga de comunicar la citación en observancia del deber de colaboración con la justicia' (STC 82/2000, de 27 de marzo, FJ 6).

La doctrina que acabamos de sintetizar, aunque ha sido elaborada en relación con los emplazamientos en los procesos judiciales, conforme expresamos en la STC 291/2000, de 30 noviembre, es también de aplicación a las notificaciones efectuadas por la administración tributaria (FJ 5). Y la razón estriba en que, aun cuando hemos entendido que la tutela judicial efectiva no es predicable en 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, FJ 3; y en el mismo sentido STC 26/1983, de 13 de abril, FJ 1; y AATC 263/1984, de 2 de mayo, FJ 1; 664/1984, de 7 de noviembre, FJ 1; y 104/1990, de 9 de marzo, FJ 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, FJ 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, FJ 4; y 123/1987, de 1 de julio, FJ 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, FJ 4)".

5 Resolución del recurso de amparo

Una vez reflejada la normativa y doctrina constitucional que se considera de aplicación al caso, en primer lugar procede acotar el objeto de nuestro pronunciamiento, que se circunscribe esclarecer si la forma de efectuar las notificaciones por la administración tributaria, en relación con el procedimiento de gestión que desembocó en la liquidación provisional objeto de impugnación por la recurrente, vulnera el derecho reconocido en el art. 24.1 CE.

En primer lugar, en la demanda se afirma que careció de validez la notificación de inclusión de la mercantil demandante en el sistema de dirección electrónica habilitada efectuada por el servicio postal de correos, el 2 de noviembre de 2011, dado que la persona que la recibió —la hija del representante legal de aquella— tenía dieciséis años y no mantenía vínculo alguno con la mercantil citada. En estrecha relación con la anterior alegación, se sostiene que no hay constancia fehaciente de que la entonces menor de edad entregara a su progenitor la notificación recibida. Por otro lado, se censura el proceder de la Agencia Tributaria por conferir eficacia a las notificaciones y requerimientos efectuados en la dirección electrónica habilitada asignada a la entidad recurrente, al limitarse a constatar que transcurrió el tiempo exigido por la normativa para considerar válidos los intentos de notificación, pero sin tener en cuenta la indefensión sufrida por esta última, puesto que fue sabedora de que aquella no accedió

a la referida dirección electrónica habilitada y, por tanto, no tuvo conocimiento de las comunicaciones remitidas. Por último, también se reprueba la liquidación practicada por la Agencia Tributaria, puesto que esta podría haber recurrido a medios alternativos para comprobar el IVA soportado por Aurora Publicidad, S.R.L.

Comenzando por el final, cabe ya anticipar que sobre la última alegación reflejada, en aras del principio de subsidiariedad, no procede emitir un pronunciamiento en esta sede, porque esa cuestión no fue abordada específicamente por los órganos judiciales que, en distintas instancias, conocieron de las pretensiones de la entidad recurrente.

a) Tanto en el escrito de demanda como en las resoluciones judiciales se da por sentado que la notificación efectuada el 2 de noviembre de 2011 a la hija del representante legal de la mercantil demandante, tuvo lugar en el domicilio social de esta última. Sin embargo, el documento expedido por la oficina de correos de Navalagamella no corrobora ese extremo, pues refleja que tras los dos intentos fallidos de notificación en el domicilio social y haber dejado aviso en el buzón, el envío certificado fue "entregado en lista" a doña A.R.C., en su condición de "familiar" del destinatario.

Por otro lado, se advierte que en la solicitud de nulidad de pleno derecho que fue formulada la recurrente no manifestó que no hubiera tenido conocimiento de la notificación anteriormente referida, pues justificó la falta de acceso a la dirección electrónica habilitada en la carencia de los medios y conocimientos necesarios para su empleo. Fue en sede judicial, concretamente en el escrito de demanda formulado en el procedimiento ordinario núm. 30-2017, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 5, en el que amén de cuestionar la validez de la referida notificación, también alega que no existe constancia de que la receptora de la notificación la hiciera llegar luego a su progenitor. Por su parte, el órgano judicial de instancia proclama sin ambages la validez de la notificación hecha a la hija del administrador único de la entidad demandante, sentido en el que también se pronuncia el tribunal de apelación, si bien añade "que ha resultado indubitada la recepción por el actor de dicha notificación", aunque no expresa las razones por las que considera acreditado este extremo.

Teniendo en cuenta los datos que se han puesto de relieve, y con independencia de cuáles hubieran sido las razones por las que el servicio de correos entregó a doña A.R.C., la notificación relativa al acuerdo de inclusión de la entidad demandante en el sistema de dirección electrónica habilitada, ya que aquella no ostentaba su representación legal ni consta que estuviera en ella empleada (requisitos que el art. 44.2 del Real Decreto 1829/1999 establece en relación con la entrega de notificaciones a las personas jurídicas por el servicio postal de correos), si bien no cabe considerar acreditado que la comunicación se practicara a espaldas del representante legal de Aurora Publicidad, S.R.L., tampoco puede afirmarse categóricamente que le fuera ulteriormente entregada a aquel y, por ello, tuviera conocimiento de su contenido.

b) Una vez hechas las anteriores consideraciones, se advierte que para resolver la controversia que ahora nos ocupa deben tenerse en cuenta los siguientes extremos:

(i) La entidad demandante de amparo no accedió a ninguna de las comunicaciones que la Agencia Tributaria le remitió a través de su dirección electrónica habilitada. Por ello, no tuvo conocimiento de la iniciación y sustanciación del procedimiento de comprobación limitada iniciado, del requerimiento de aportación

documental de que fue objeto ni de la liquidación provisional del IVA correspondiente al ejercicio 2012 que fue practicada por la Agencia Tributaria.

(ii) Estas circunstancias fueron conocidas por la referida entidad pública, como así se desprende del contenido de las certificaciones que se reflejan en los antecedentes de esta resolución.

(iii) El incumplimiento por la recurrente del requerimiento de documentación fue determinante del resultado de la liquidación practicada, puesto que la falta de presentación de los libros y facturas dio lugar, como también se recoge en los antecedentes de esta sentencia, a una modificación de las cuotas del IVA correspondientes a los cuatro trimestres del ejercicio 2012.

Este tribunal constata que la actuación llevada a cabo por la Agencia Tributaria no incumplió la regulación entonces vigente en materia de notificaciones electrónicas, puesto que la mercantil demandante estaba obligada a recibir las comunicaciones por esa vía, de conformidad con la normativa anteriormente compendiada. Ahora bien, vistas las circunstancias detalladas respecto de la notificación practicada por la oficina del servicio postal de correos de Navalagamella, tampoco puede afirmarse indubitadamente que la indefensión alegada se debiera a la indiligencia del representante legal de la demandante. A ello se suma, como factor de importancia no desdeñable, la particular trascendencia de la documentación cuya aportación se requirió a través de la dirección electrónica habilitada, puesto que, al no ser aportada, la Agencia Tributaria efectuó, mediante la liquidación provisional impugnada en esta sede, una rectificación de las cuotas del IVA correspondiente a los cuatro trimestres del ejercicio 2012.

Debemos insistir, a riesgo de ser reiterativos, en el hecho de que la Agencia Tributaria supo que la interesada no tuvo conocimiento del requerimiento del que fue objeto por vía electrónica; y sin embargo, no empleó formas alternativas de comunicación, a fin de advertirla del procedimiento de comprobación limitada que había iniciado y de la documentación contable que recababa, de suerte que la liquidación provisional finalmente practicada no tuvo en cuenta la eventual incidencia de los datos que los libros y las facturas solicitados pudieran contener. Y al desconocer el objeto de las notificaciones que se remitieron a su dirección electrónica habilitada, aquella tampoco pudo impugnar temporáneamente, incluso en sede judicial, la liquidación provisional finalmente practicada, lo que redundó en detrimento de su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, aun cuando el procedimiento seguido por la administración tributaria no tuviera carácter sancionador.

A la vista de lo expuesto, si bien el supuesto de hecho ahora enjuiciado presenta diferencias no menores con el analizado en la STC 84/2022 ya citada, no obstante cabe formular la misma consideración que se recoge en su fundamento jurídico; a saber, que ante "lo infructuoso de las comunicaciones practicadas por vía electrónica, la administración debería haber desplegado una conducta tendente a lograr que las mismas llegaran al efectivo conocimiento de[la] interesad[a], pues a ello viene obligada conforme a la síntesis doctrinal expuesta".

6 Alcance de la estimación del amparo

Por todo lo expuesto, procede estimar el amparo interesado con carácter principal en la demanda y, en consecuencia, reconocer la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), acordar la nulidad de las

resoluciones judiciales y administrativas concernidas en este recurso, así como retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado del acuerdo de liquidación provisional, a fin de que la Agencia Tributaria proceda de manera respetuosa con el derecho fundamental lesionado.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por Aurora Publicidad, S.R.L., y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1).

2.º Restablecerla en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de las resoluciones siguientes: (i) acuerdo de liquidación provisional dictado el 14 de mayo de 2014, por la administración de El Escorial de la Agencia Tributaria; (ii) resolución de 10 de abril de 2017, del director del Departamento de Gestión de la Agencia Tributaria; (iii) sentencia de 9 de febrero de 2018, núm. 19/2018, recaída en el procedimiento ordinario núm. 30-2017 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 5; (iv) sentencia, de 2 de octubre de 2018 núm. 165/2018, pronunciada en el recurso de apelación núm. 38-2018, de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; y (v) providencia de 11 de abril de 2019, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado del acuerdo de liquidación provisional indicado, a fin de que la Agencia Tributaria proceda de manera respetuosa con el derecho fundamental lesionado.

4.º Inadmitir la queja relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso al recurso legal (art. 24.1 CE).

[...]

**SENTENCIA NÚM. 1360/2023, DEL TRIBUNAL SUPREMO
(SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN
3ª), DE 31 DE OCTUBRE DE 2023 (RECURSO 453/2022)¹ ***

EXTRACTO: *La sentencia trae causa del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Consejo de Ministros desestimatoria por silencio administrativo, por reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados en las actividades empresariales y económicas, especialmente hostelería y restauración, como consecuencia de la aplicación de las normas dictadas con motivo de la propagación de la pandemia COVID-19.*

La Sala valora los distintos títulos de imputación de responsabilidad patrimonial y demás alegaciones que formulan las partes. Por un lado, dado que el daño aducido se atribuye a la aplicación de los diferentes Reales Decretos, considera que no puede reconocerse la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador. La sentencia, además, advierte que no se recogió expresamente en la normativa un derecho de indemnización de tal naturaleza.

Seguidamente, el Alto Tribunal también descarta la posibilidad invocada por el reclamante de la existencia de un régimen especial de responsabilidad patrimonial previsto en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, Reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, puesto que se considera que la remisión formulada en el mencionado precepto se refiere al régimen general de la responsabilidad patrimonial.

Más adelante, la sentencia también excluye la viabilidad de aplicar el instituto de la expropiación forzosa como mecanismo de reparación de los daños que derivaron del cumplimiento de la normativa COVID-19, desechando igualmente el intento del recurrente de justificar la responsabilidad patrimonial en el funcionamiento anormal de los servicios públicos a la hora de afrontar la pandemia.

Asimismo, se clarifica por la Sala que la pandemia se ajusta a la definición de fuerza mayor, entendida como acontecimiento insólito e inesperado, de naturaleza imprevisible y de resultado inevitable, ajeno a la actividad de las Administraciones Públicas. Considera que, en este caso, la fuerza mayor no puede actuar como supuesto de exención de la responsabilidad de la actuación de los poderes públicos, comoquiera que los daños que se reclaman se imputan a las medidas adoptadas y no directamente a la extensión del virus. Aun así, la sentencia especifica que dichas medidas establecidas se adoptaron de manera razonable, adecuada y proporcionada, por lo que, en consecuencia, se afirma que no se generó responsabilidad.

Finalmente, son rechazadas todas las alegaciones de la parte actora sin que pueda, por tanto, reconocerse la responsabilidad patrimonial del Estado, procediendo a desestimar el recurso.

*Extracto elaborado por Rosa Abril Serra Sánchez

¹ Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

La representación procesal de ALHAMBRA PALACE, S.A., interpone recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación por silencio administrativo por parte del Consejo de Ministros de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el 26 de mayo de 2021. En dicha reclamación se sostiene haber sufrido daños, como consecuencia de la aplicación de las medidas de contención que dispone el artículo 10.4 del citado Real Decreto 463/2020, en el contexto de la declaración del primer estado de alarma, en particular la suspensión de apertura al público del establecimiento de que es titular, sin que para la estimación de sus pretensiones -afirma- sea necesaria la declaración de ser contrario al ordenamiento jurídico el cierre decretado.

SEGUNDO.- La crisis sanitaria producida por el virus SARS-COV-2. Antecedentes relevantes.

[...]

TERCERO.- La respuesta normativa por parte de los poderes públicos para evitar o mitigar la propagación de la pandemia. En particular los Reales Decretos relativos al estado de alarma.

Como quiera que en este recurso, y en otros muchos análogos que penden de decisión en esta Sala, se imputa de forma principal la responsabilidad patrimonial de la Administración al impacto y daños patrimoniales consecuentes producidos por la normativa dictada por los distintos poderes públicos en las actividades económicas y empresariales - normativa que tenía por objeto evitar o mitigar la propagación de la pandemia COVID-19-, es preciso reseñar ese conjunto de normas, en particular, por su mayor carácter intrusivo y excepcionalidad, los Reales Decretos relativos al estado de alarma.

Nuestra Constitución prevé en su artículo 116 un Derecho de Excepción o de Emergencia para abordar situaciones extraordinarias, que se desarrollan en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio. El estado de alarma, que atribuye poderes de excepción menos invasivos que en los otros estados, no se basa en la Ley de 1981 en la existencia de actos contrarios a la convivencia originados por la conducta de personas o grupos, es decir en alteraciones del orden público, sino en las situaciones provocadas por hechos extraordinarios que no dependen de la voluntad de las personas, tales como catástrofes, situaciones de desabastecimiento, paralización de servicios esenciales y, por lo que ahora interesa, crisis sanitarias y situaciones de contaminación grave.

Estos poderes de excepción ya estaban contemplados en cierto modo en la normativa específica en materia sanitaria, que prevé actuaciones de necesidad para hacer frente a las epidemias y crisis sanitarias (por ejemplo, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública).

Sin embargo, el Gobierno de la Nación, pese a disponer de esos otros instrumentos normativos para el abordaje de la pandemia, decidió utilizar el estado de alarma como herramienta central y primaria del combate jurídico que puso en marcha

en el mes de marzo del año 2020 para frenar la expansión del virus. En esas circunstancias la normativa específica sanitaria podía haber sido desplazada por los mandatos contenidos en la declaración del estado de alarma o, por el contrario, ser utilizada como complemento de sus previsiones, como ha ocurrido en nuestro caso.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (RCL 2020, 376) (BOE de esa misma fecha), por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

El Preámbulo de esta norma busca amparo en el supuesto de hecho previsto en el apartado b), del artículo Cuarto de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LOAES) que habilita al Gobierno en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 C.E., a declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando surja una alteración grave de la normalidad; en el caso del apartado b): "Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves."

Al supuesto de hecho allí previsto, asimila el legislador la situación de emergencia de la salud pública ocasionada por la enfermedad COVID-19, que la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) elevó a pandemia internacional el 11 de marzo de 2020, [...].

[...]

Mención aparte, merece recordar que el citado texto legal fue objeto de hasta seis prórrogas acordadas por los correspondientes Reales Decretos y que llevaron a cabo sendas modificaciones del originariamente dictado.

[...]

CUARTO.- Las concretas medidas adoptadas para el sector empresarial dedicado a la hostelería y restauración.

Como quiera que la actividad empresarial a la que se dedica la entidad recurrente es a la explotación de un hotel y que es precisamente esa actividad la que, a su juicio, ha resultado perjudicada económicamente como consecuencia de la actividad desarrollada por los poderes públicos para frenar la expansión de la pandemia del COVID-19, es preciso reseñar las disposiciones más relevantes aprobadas en relación con el sector de la hostelería y la restauración.

Como hemos reseñado en el fundamento anterior, mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en cuyo artículo 10 se establecieron las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales. Estas medidas fueron las siguientes:

1. Se suspende la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, peluquerías, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías y lavanderías. Se suspende cualquier otra

actividad o establecimiento que a juicio de la autoridad competente pueda suponer un riesgo de contagio.

2. La permanencia en los establecimientos comerciales cuya apertura esté permitida deberá ser la estrictamente necesaria para que los consumidores puedan realizar la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad, quedando suspendida la posibilidad de consumo de productos en los propios establecimientos.

En todo caso, se evitarán aglomeraciones y se controlará que consumidores y empleados mantengan la distancia de seguridad de al menos un metro a fin de evitar posibles contagios.

3. Se suspende la apertura al público de los museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, las actividades deportivas y de ocio indicados en el anexo del presente real decreto.

4. Se suspenden las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio.

5. Se suspenden asimismo las verbenas, desfiles y fiestas populares.

En virtud del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, se incluyó un apartado 6 en el mencionado artículo, el cual disponía literalmente:

"Se habilita al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos y actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública."

[...]

QUINTO.- Planteamiento principal del recurso: Responsabilidad patrimonial derivada del impacto de la normativa COVID-19 en las actividades económicas del recurrente.

Posición de la parte actora.

En la demanda se afirma que la responsabilidad patrimonial se funda en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y deriva de la declaración del estado de alarma, realizada mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como de sus sucesivas prórrogas, en la medida en que en dicho Real Decreto se ordena en su artículo 10 el cierre de los establecimientos comerciales, resultando afectado el Hotel Alhambra Palace del que la empresa recurrente es titular.

La actora califica lo acontecido como un funcionamiento anormal del servicio público de alertas y emergencias sanitarias, sin que exista fuerza mayor que excuse a la Administración de su obligación resarcitoria a los titulares de los establecimientos de hostelería, restauración y turismo que se vieron obligados a su cierre, al no encontrarnos ante un suceso imprevisto, insólito y con unos efectos inevitables que no estuviesen dentro del ámbito de decisión y/o capacidad de la Administración.

La cantidad reclamada asciende a cuatrocientos diecisiete mil trescientos dieciséis euros con setenta céntimos (417.316,70 euros), más el interés legal y moratorio correspondiente, desde el inicio del expediente administrativo de responsabilidad

patrimonial hasta la fecha de notificación de la sentencia que la Sala dicte, calculando según el interés de demora vigente a la fecha del devengo, contabilizándose año por año conforme al tipo expresado en las leyes de Presupuestos Generales del Estado, con imposición de costas a la Administración demandada.

Constríñe temporalmente, su reclamación al periodo comprendido entre los días 14 de marzo a 21 de junio de 2020, en que el establecimiento cuya actividad comercial consiste en hostelería y restauración - Código 681.- Hospedaje de Hoteles y Moteles, en el Censo de Actividades Económicas - permaneció cerrado en aplicación de las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, previstas en el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, así como las limitaciones y restricciones posteriores que sucedieron al cierre total decretado en el precepto más arriba citado tal como analizaremos a continuación con ocasión de exponer el marco normativo en que se inscribe su reclamación.

La acción de resarcimiento la fundamenta en primer lugar, en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. A su juicio, dicho precepto contiene un supuesto de responsabilidad patrimonial de configuración legal - que no deriva de los artículos 106.1 y 121 C.E.-. Esta particular responsabilidad patrimonial de configuración legal no es una excepción en nuestro sistema jurídico. A título de ejemplo cita los supuestos indemnizatorios de daños causados como consecuencia de la prisión provisional, seguida de absolución (artículo 294 LOPJ). Manifiesta la existencia de otros preceptos que reconocen el carácter indemnizable de los sacrificios que se imponen a los particulares para salvaguarda del bien común: Artículo 3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; Artículo 32 del Decreto Legislativo 1/2006, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley por la que se regulan los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos de la Comunidad de Madrid y artículo 7.2 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional.

Añade que los perjuicios sufridos no pueden ser atribuidos a la pandemia, sino a la medida de cierre de establecimientos decretada que en sí misma, evidenciaría un funcionamiento anormal del servicio público de alertas y emergencias sanitarias que no acordó, pudiendo haberlo hecho, medidas de precaución desde el mes de enero de 2020.

En otro orden de consideraciones, mantiene que la fuerza mayor como eximente del cumplimiento de la obligación resarcitoria a cargo de la demandada, no concurrirá en el caso de autos. Explica que la pandemia no es calificable de suceso imprevisto, insólito e inevitable –artículo 1105 Código Civil– y ajeno al ámbito de decisión y/o capacidad de la Administración a quien reclama.

Insiste en que los daños y perjuicios sufridos derivan directa e inmediatamente, de las medidas sanitarias excepcionales impuestas en el Real Decreto 463/2020, más arriba citadas, la normativa que prorroga el estado de alarma y las restricciones y limitaciones asociadas a la puesta en marcha del Plan de Transición a una Nueva Normalidad.

La afectación directa e inmediata por el cierre acordado, lo fue a los derechos fundamentales de libertad de circulación *ex* artículo 17.1 C.E –limitación del transporte

de viajeros imposibilitando recibir turistas, lo que revirtió en más y mayores perjuicios y la libertad de empresa *ex* artículo 38 C.E., de que es titular.

Por otra parte considera que el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, "adolece de una notoria falta de motivación y justificación suficiente."

En su escrito rector reprocha al Consejo de Ministros que el periodo anterior a la declaración del primer estado de alarma, es decir, desde la declaración por la OMS de emergencia de salud pública de importancia internacional de la enfermedad COVID-19, hasta ser elevada a la declaración de pandemia, incumplió sus obligaciones formales de prevención y alerta sanitaria. Y ello debido a que, desde el mes de enero de 2020 el Gobierno de España era conocedor de diversas alertas difundidas por distintos organismos internacionales, además de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) de 29 de enero; 16 y 24 de febrero de 2020 que, sin embargo, habrían sido desconocidas ya que -según la actora- aquel no desplegó medida alguna de prevención que sirviera para mitigar o atenuar la virulencia de los efectos de la crisis sanitaria en nuestro país.

Precisa que, la medida de cierre de los establecimientos comerciales a excepción de los declarados como esenciales, no resultó fundamentada en ninguna de las recomendaciones de la OMS. Por el contrario, las medidas aconsejadas relativas al uso de mascarillas, distanciamiento social, impedir hacinamientos, actos y eventos que supusieran aglomeraciones, todas ellas fueron incumplidas por el Gobierno de España.

Afirma, que otro tanto habría ocurrido con las recomendaciones del Centro Europeo para la prevención y control de enfermedades, que el 2 de marzo de 2020 señaló que Europa se encontraba en el escenario 2, por lo que especificó las siguientes: asegurar la rápida y completa comunicación a todos los ciudadanos para hacer a la ciudadanía consciente de la necesaria prevención de la pandemia y la interrupción de las cadenas de transmisión, así como la implementación de medidas de distanciamiento social; suspensión de reuniones a gran escala, cierre de escuelas o grandes centros de trabajo; decretar medidas de distanciamiento individual; promover medidas de autoaislamiento a personas de riesgo; evitar dar la mano; evitar besar; evitar los transportes en los que se prevea un gran movimiento de personas; evitar las concentraciones masivas; evitar el hacinamiento; cancelar o aplazar los grandes eventos; adopción de medidas de naturaleza sanitaria en relación a la protección de los profesionales de la salud y de los preparativos frente a la masiva afluencia de pacientes.

También considera que se han vulnerado principios jurídicos relevantes para el funcionamiento de la Administración Pública que convierten la actuación administrativa desplegada por la demandada en antijurídica. En concreto, se refiere a los siguientes que enumera el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público: Principio de confianza legítima, principio de eficacia, principio de seguridad jurídica, principio de proporcionalidad, principio de motivación y principio de buena regulación.

En relación con la intervención de la fuerza mayor, recuerda que habiendo ejercitado su acción de resarcimiento al amparo de las previsiones del artículo 3. 2 LOAES para la estimación de sus pretensiones, sería indiferente el cumplimiento de los presupuestos y requisitos con que los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, configuran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, de donde concluye la exclusión de la necesidad de ausencia de fuerza mayor.

Finaliza este apartado, negando que sobre ella recaiga la obligación de soportar los daños y perjuicios sufridos como efecto del cierre de su actividad. Explica que no constan normas que le puedan imponer legal o reglamentariamente aquel deber; además, no se trataría de una medida de alcance general para toda la población sino muy al contrario, específica para el sector de la hostelería, restauración y turismo que se habrían visto expuestos a un sacrificio especial, en pro del bien general de los ciudadanos.

En cuanto a la responsabilidad del Estado-Legislador sostiene que, aunque el RD 463/2020 no prevea expresamente la obligación de indemnizar a cargo de la Administración demandada, el artículo 3.2 de la LOAES justifica su reclamación y su derecho a obtener una indemnización ya que el acto legislativo del Consejo de Ministros, concretamente el art. 10, ha incidido negativamente en su actividad empresarial.

Completa lo anterior, asimilando el derecho al resarcimiento al régimen de expropiación forzosa, previsto en el artículo 121 C.E, respecto de derechos o intereses legítimos sobre el patrimonio. Afirma que las medidas adoptadas se configuran como expropiatorias de derechos, por el especial daño sacrificial padecido por los sectores de alojamiento, hostelería, restauración, turismo y viajes habiendo sido aquel sector de actividad el más afectado por las medidas de cierre, subsiguientes limitaciones de aforo y otras restricciones impuestas en el "Plan para la transición hacia una nueva normalidad", lo que inscribe la pretensión resarcitoria en la lógica expropiatoria, generando un derecho indemnizatorio o derecho a ser compensado por aquel especial sacrificio sufrido en aras del bien común.

Posición del Abogado del Estado.

En esencia, el Abogado del Estado rechaza que el artículo 3.2 LOAES suponga un régimen singular de responsabilidad patrimonial específica y diversa de la que denomina general regulada en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015 y correlativos de la Ley 39/2015, ambas de 1 de octubre.

Apoyarían tal conclusión el artículo 116.6 C.E., cuando dispone que la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes; que la remisión que contiene el artículo 3.2 LOAES, inciso final "a lo dispuesto en las leyes", llama a la aplicación del arriba calificado régimen general o a una normativa análoga -a día de hoy inexistente- a la que el artículo 32.7 de la Ley 40/2015 contiene en relación a la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia y que se ocuparía de la correlativa una vez declarado alguno de los estados de excepción que prevé la Ley Orgánica 4/1981.

Contrariamente a lo sostenido por la actora y dado que los perjuicios reclamados se imputan directamente, a las medidas sanitarias excepcionales y de índole temporal previstas en el artículo 10 del Real Decreto 465/2020 del que recuerda que tiene valor y rango de ley - STC 83/2016 y Auto de esta Sala de 10 de junio de 2020 (Rec. 111/2020), concluye que la cuestión controvertida se concretaría en un supuesto de responsabilidad del Estado Legislador.

No obstante y una vez estudiado el artículo 32, apartados 3; 4 y 5 de la Ley 40/2015 - debiendo concurrir asimismo los requisitos previstos en los apartados 1 y 2 - afirma que debe ser excluida la existencia de responsabilidad alguna a cargo del estado legislador y no solo por ausencia de inconstitucionalidad -recuerda que solo han sido ciertos artículos y apartados del art. 10 del Real Decreto 463/2020, los que han sido

declarados inconstitucionales por la STC 148/2021 y no el texto legal en sí mismo considerado- sino porque no concurre alguno de los restantes supuestos de hecho previstos en el texto legal arriba mencionado que permita apreciar aquella modalidad de responsabilidad pública.

En otro orden de consideraciones, centrándose ahora en los requisitos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 32 de la Ley 40/2015 configuradores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se remite a la STC 148/2021, de 14 de julio para afirmar que respecto de los daños reclamados -de ser acreditados por medio de prueba válida en Derecho- el accionante tiene el deber jurídico de soportarlos, tal como se razona en aquella.

Advierte que el citado pronunciamiento, sobre la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas controvertidas, vincula a esta Sala en punto a resolver el presente recurso. Cita a tal efecto, el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, el Tribunal Constitucional y el artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.

Aporta un doble orden de argumentos complementarios al anterior, para afirmar que el daño no es antijurídico -tal como pretende la actora- porque existía el deber jurídico de soportarlo.

Para empezar, alude a que las medidas controvertidas responden a los cánones constitucionales de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, atendido el estado de conocimiento de la ciencia y el contexto definido por los estudios de evolución epidemiológica, de donde deduce que la actuación administrativa impugnada, puede considerarse razonable conforme a los estándares exigibles .

En segundo término, recuerda que el derecho a ser resarcido tan solo es factible cuando así se prevea expresamente en aquel texto legal o bien, cuando, atendida la casuística, no se contemple una indemnización asociada a un daño antijurídico. Cita las siguientes sentencias de esta Sala dictadas dentro del ámbito de la responsabilidad sanitaria, de 10 de noviembre de 2009 (RCA 349/2008) y de 28 de enero de 2021 (RCA 5467/2019). Para el supuesto concreto del Estado Legislador, trae a colación la sentencia de fecha 17 de octubre de 2019 (Rec. 426/2018).

Para finalizar, destaca que la tesis sostenida por la actora es contraria a la regla general, cuando los perjuicios reclamados se imputan a la aplicación de una disposición general, supuesto en que el derecho a ser resarcido existe cuando así se prevea expresamente en esta última -se remite al artículo 32.3 Ley 40/2015- o cuando, en el caso concreto, se acredite la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño y que la propia disposición general aplicada debió prever esa compensación y no en sentido inverso, esto es, haciendo necesaria la prueba de que en el caso concreto, sí existía el deber jurídico de soportar el daño.

A continuación, ofrece a la Sala la interpretación correcta que ha de hacerse a la remisión que la STC148/2021 hace al artículo 3.Dos LOAES, en el apartado c), inciso final del Fundamento de Derecho Undécimo, según la cual y contando que aquella proclama la constitucionalidad de las medidas discutidas y por ende, el deber jurídico de soportar los daños derivados de su aplicación, la referencia lo es para el supuesto de que existiese alguna aplicación singularizada que exceda de la aplicación general de estas medidas sanitarias de carácter excepcional sancionadas por el Tribunal

Constitucional como necesarias, idóneas y proporcionadas. Y no dándose el supuesto en el caso de autos, aboga por la plena aplicación de la exclusión de responsabilidad patrimonial decretada en aquella sentencia.

Se ocupa asimismo, de rebatir a la actora el empleo del título de imputación consistente en culpa por omisión de las medidas previas y anticipadas a la elevación por la OMS del estado de emergencia de salud pública de importancia internacional a pandemia internacional, acudiendo al contenido del Informe elaborado por la Dirección General de Salud Pública sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial presentadas ante al Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, en solicitud de indemnización por cierre de establecimientos/actividad comercial, que llegó a la siguientes conclusiones:

- No medió retraso en la adopción de medidas. Es falso que, desde finales de enero de 2020, se impusiera la adopción de medidas propias de un estado de alarma.
- Las medidas excepcionales adoptadas con el Real Decreto 463/2020, fueron imprescindibles para hacer frente a la situación.

El aludido Informe ilustra sobre la bondad de la actuación del Gobierno de España durante el estado de alarma y su eficacia.

Completa la exposición, trayendo aquí el ATC 40/2020, de 30 de abril, en el que dicho órgano inadmite a trámite el recurso de amparo 2056/2020 promovido por la Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT) en el proceso contencioso-administrativo sobre el ejercicio del derecho de manifestación en relación precisamente, con las medidas adoptadas en el Real Decreto que declara el estado de alarma en España.

Al hilo de lo expuesto, se refiere a la teoría de la prohibición del regreso lógico desde acontecimientos futuros (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fechas 14 y 15 de febrero de 2006; 7 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008 y Sala Tercera en sentencia de fecha 14 de noviembre de 2001 (RCA 8397/1997) –contagios de Hepatitis C– y sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 225/2016, de 19 de febrero y sentencia 456/2016, de 6 de junio dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Siguiendo con el estudio de los requisitos configuradores de la responsabilidad patrimonial, afirma la inexistencia de nexo causal. De lo contrario -postulado por la mercantil actora- se convertiría a la Administración Pública en garante universal en todo caso, en una situación de fuerza mayor, del perjuicio personal o patrimonial de los afectados, lo que, además, haría irrelevante las medidas adoptadas o no, para atender a la situación de emergencia.

Completa lo así manifestando, asegurando que el Gobierno de España nunca confirmó que las medidas para combatir la crisis sanitaria, no produjeran ninguna afectación al ramo de hostelería, restauración y turismo; y ello, atendiendo a que, de no haberse adoptado las medidas aquí discutidas, aquellas actividades comerciales habrían visto agravadas las consecuencias negativas que de por sí, asoció la pandemia.

Negado el nexo causal, el mismo destino postula para el requisito de daño singular e individualizado. Manifiesta que en ningún caso, se produjo el daño sacrificial alegado por la recurrente para los sectores de alojamiento, hostelería, restauración, turismo y viajes, erigiéndose como el más afectado por las medidas controvertidas, que

afectaron a la totalidad de la ciudadanía y a todos los sectores de actividad económica del país, tal como habría reconocido la STC 148/2021, cuando razona "(...) habiendo afectado la suspensión a la generalidad de la población, no resulta justificado que puedan atenderse pretensiones singulares de revisión fundadas exclusivamente en la inconstitucionalidad apreciada, cuando no concurren otros motivos de antijuridicidad. Entenderlo de otro modo pugnaría no solo con el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) sino también con el de igualdad (art. 14 CE)."

Añade -con alusión al Informe de la Dirección General de Salud Pública- que si bien las medidas acordadas inicialmente supusieron una restricción especial, fueron moduladas gradualmente según los índices epidemiológicos, lo que se plasmaría en el Plan de Transición hacia una nueva normalidad, aprobado por el Consejo de Ministros el 28 de abril de 2020, que a su vez, responde a un planteamiento diseñado en la Hoja de Ruta Europea para el levantamiento de las medidas de contención de la enfermedad COVID-19, aprobada en la reunión de 26 de marzo de 2020 por los miembros del Consejo Europeo.

Como argumento complementario, alude a que el distanciamiento social se reveló como la medida más eficaz cuando el nivel de circulación del virus es muy alto y media un exceso de hospitalización que requiere adoptar medidas más enérgicas basadas en minimizar en lo posible la interacción social.

Las razones expuestas pese a la alegación de la actora, despejan la denuncia de agravio comparativo con otros sectores de la actividad económica, citando la sentencia número 807/2022, de 7 de marzo de 2022 (Rec. 3729/2020), dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que aborda esta concreta censura a la actuación de su representada.

Tras hacer determinadas valoraciones sobre las cantidades reclamadas y el fundamento de las mismas, termina interesando la desestimación del recurso.

A la vista de las alegaciones de las partes y como presupuestos del enjuiciamiento para resolver la cuestión litigiosa, debemos tener en cuenta la utilización de diversos títulos de imputación de la responsabilidad patrimonial y otras alegaciones complementarias.

Por un lado, la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador, con la particularidad derivada del artículo 3.2 de la LOAES y que deriva de la normativa dictada para hacer frente a la pandemia, el particular la declaración del estado de alarma mediante Real Decreto. Unida a esta cuestión, la existencia de un sacrificio especial del sector empresarial al que pertenece el recurrente, establecido en la normativa COVID, que sería antijurídico por contrario al principio de igualdad a la hora del reparto de las cargas públicas.

Por otro, la que deriva del funcionamiento anormal de los servicios públicos, residenciada en la forma en que fue abordada la pandemia por los poderes públicos, en particular por el Gobierno de la Nación, al que se le imputa retraso en la adopción de medidas de prevención y alerta sanitaria, con anterioridad a la declaración del primer estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020.

Alternativamente a la responsabilidad patrimonial, se plantea el resarcimiento de los perjuicios pretendidos con sujeción al régimen jurídico sobre expropiación forzosa cuando no media el abono del correspondiente justiprecio.

También se invoca la fuerza mayor como condicionante de la causalidad de los daños y perjuicios alegados.

Abordaremos todas estas cuestiones en los siguientes fundamentos.

SEXTO.- La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador. Las SSTC 148/2021 y 183/2021.

El principio de responsabilidad patrimonial del Estado tiene su anclaje último en el principio general de responsabilidad de los poderes públicos (artículo 9.3) y en la propia cláusula constitucional de Estado de Derecho (artículo 1.1 CE), concretándose a nivel constitucional en los arts. 106.2 y 121, si bien su desarrollo queda deferido a la ley.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador, deriva del principio de responsabilidad de los poderes públicos (artículo 9.3) pero a diferencia de la de las Administraciones Públicas o del Poder Judicial no está expresamente constitucionalizada hasta el punto de que el legislador puede excluir la indemnización de los daños por él mismo generados sin que por ello resulte infringido el artículo 106.2 CE, en cuanto que dicha norma resulta aplicable únicamente a la actividad administrativa, no a la legislativa. Así lo vienen reconociendo numerosas sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 129/1987, 70/1988, 67/1990 o 112/2018, entre otras muchas). Ello significa que el texto constitucional permite al legislador ejercer una opción entre los varios sistemas posibles, sin perjuicio de las exigencias del Derecho de la Unión Europea en el caso de normas nacionales que vulneran alguna normativa europea, como vimos recientemente en nuestra sentencia núm. 292/2023, de 8 de marzo.

Antes de avanzar en las alegaciones de las partes, es necesario hacer una precisión. Los daños patrimoniales sufridos por la parte actora se imputan principalmente a las normas que impusieron un conjunto de restricciones y medidas de contención relativas a actividades determinadas, tanto del sector público como del sector privado, entre ellas las desarrolladas por la empresa de la que es titular la recurrente. Esta imputación nos conduce a una responsabilidad patrimonial de Estado-Legislador, a cuyo examen dedicamos el presente fundamento. Pero también se imputa en la demanda a la Administración su omisión o demora en la respuesta a la pandemia, lo que supone un título de imputación diferente al anterior, en este caso de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de los servicios públicos. Nos referiremos a ello al final de esta sentencia.

Hemos recogido en fundamentos anteriores de forma detallada la muy amplia normativa aprobada para hacer frente a la pandemia COVID-19 y hemos concretado en particular la relativa a la del sector de actividad al que se dedica la parte recurrente.

Como estas medidas de contención y restricciones se recogían en lo esencial en los Reales Decretos que declaraban el estado de alarma y se aplicaron a sus destinatarios sin necesidad del dictado de actos administrativos de ejecución de su contenido, hay que entender que el daño que se afirma haber sufrido se imputa principal y directamente a una disposición general y no a actos de la Administración.

Planteado así el recurso podemos afirmar que la responsabilidad patrimonial que se reclama principalmente es del Estado-Legislador, pues los Reales Decretos de declaración de estado de alarma 463/2020 y 926/2020, y sus correspondientes prórrogas, ostentan la naturaleza jurídica de disposiciones con valor de ley.

Sobre la naturaleza de estos Reales Decretos ya se pronunció nuestra Sala en el auto de 10 de junio de 2020, dictado por la Sección Cuarta, a tenor del cual

"La declaración de estado de alarma del artículo 116.2 CE, tiene la forma de un decreto acordado en Consejo de Ministros, pero no es ejercicio de la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes [artículo 5 h) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno] sino un acto de relación entre el Gobierno y las Cortes Generales del Título V de la Constitución -en el que tiene su sede el artículo 116.2 de la misma- que por su naturaleza se dirige para su control inmediato por el Congreso de los Diputados -"reunido inmediateamente al efecto", como expresa el artículo 116.2 CE -. Por eso los decretos en cuestión, pese a su forma de real decreto acordado en consejo de ministros, se diferencian de las actuaciones administrativas que pueden ser controladas normalmente por este orden contencioso-administrativo, conforme a los artículos 1 y 2 de la LJCA, en cuanto resultan manifestación de una actuación del Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración.

Así se declaró en los Autos de 10 de febrero de 2011, de 9 de marzo de 2011, en súplica, y de 9 de junio de 2011, en nulidad de actuaciones (Rec. 553/2010). También en el Auto de 30 de mayo de 2011 (Rec. 152/2011), en el Auto de la misma fecha de 30 de mayo de 2011, confirmado en reposición el 1 de junio de 2011 (Rec. 153/2011), ya citados, y, en fin, en el Auto de 5 de abril de 2011, confirmado el 8 de junio de 2011 y el 28 de noviembre de 2011 (Rec. 180/2011). La sentencia de la misma Sección Séptima de 17 de febrero de 2014 (Casación 666/2012) se ha referido a ellos y a su doctrina."

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 23 de febrero FJ 10º, descartó que ese rango o valor de ley lo sea a los efectos meramente procesales, es decir, a los solos efectos de determinar el órgano competente para fiscalizar tales normas:

"La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado» [...] «La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar."

Más recientemente, el Tribunal Constitucional en su STC 183/2021, de 27 de octubre, se ha pronunciado en el mismo sentido.

Pues bien, como antes decíamos el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador es de configuración legal al abstenerse la Constitución de establecer un régimen, por mínimo que fuere, relativo al mismo.

Es la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la que establece en nuestro ordenamiento jurídico una regulación legislativa específica y más completa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por leyes contrarias a normas o valores constitucionales.

Su art. 32, apartados 3 y 4, establece lo siguiente:

"3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada."

Vemos así que para que nazca el deber de indemnizar, deben concurrir los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas:

a) que la aplicación de la ley haya ocasionado una lesión que "el particular no tenga el deber jurídico de soportar"; y b) que el daño alegado sea "efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Nuestra jurisprudencia se ha enfrentado en numerosas ocasiones a reclamaciones de responsabilidad patrimonial de Estado-Legislador, cuestión sobre la que tiene una consolidada doctrina. Por todas, podemos citar la sentencia núm.1404/2020, de 27 de octubre de 2020, Rec. 454/2018, que analiza extensamente esta cuestión.

En esta sentencia recordábamos que, como en todo supuesto de responsabilidad, la base de la imputable al Estado legislador se centra en la producción de una lesión, en sentido técnico jurídico de daño a un particular que éste no tenga el deber de soportar y que ese daño esté vinculado a la actividad de un tercero mediante una relación de causa efecto. Ciertamente, el deber indemnizatorio que afecta a todos los poderes públicos de conformidad con lo establecido en el art. 9.3 de la Constitución fue de reconocimiento más complejo en el caso de la responsabilidad del Estado legislador. Ello se debió, no sólo a que la Constitución no hace ninguna referencia a la misma, sino también a la dificultad de compatibilizar los caracteres de imperatividad y generalidad consustanciales a la ley con las exigencias de que el daño, para ser indemnizable, sea concreto y no exista el deber de soportarlo.

No obstante, tal y como expone la citada Sentencia 1040/2020, de 27 de octubre, la Jurisprudencia de esta Sala fue reconociendo ya desde los años ochenta del

pasado siglo la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, lo que llevó a la inclusión del principio de responsabilidad por los actos legislativos no expropiatorios en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sin embargo, dada la redacción del precepto, que exige que sea la propia norma la que determine la obligación de indemnizar y los términos en que la misma debía reconocerse, no se articula un nuevo título para la indemnidad de los perjudicados, de modo que la cuestión de la responsabilidad del Poder Legislativo quedaba reducida a los casos de inconstitucionalidad de las leyes.

Pese a la ausencia de regulación legal, nuestra Jurisprudencia examinó, bajo la vigencia de la ley 30/1992, pretensiones amparadas en la responsabilidad del Estado legislador, vinculándolas a la declaración de inconstitucionalidad, plasmando en distintas sentencias la idea básica de que no existen supuestos de exclusión de la responsabilidad de los poderes públicos, doctrina que encuentra amparo en el propio Derecho de la Unión Europea.

A la vista de esa reiterada jurisprudencia, se acometió su regulación en la vigente Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de 2015. Se contemplan dos supuestos de responsabilidad del Estado Legislador: uno, concebido en términos generales, en cuanto se genera sólo cuando se trate de actos legislativos no expropiatorios que comporten una lesión que no se tenga el deber jurídico de soportar y se establezca en la propia norma legal y, otro supuesto, más específico, de leyes declaradas inconstitucionales, en el que se establece una presunción *iuris et de iure* de que se ha ocasionado el daño, cuando concurren los dos requisitos establecidos en la norma: que hay existido una sentencia firme y se haya invocado en el correspondiente proceso la inconstitucionalidad luego declarada. De este modo, concluíamos en la reiterada sentencia 1404/2020, "solo la actuación, podríamos decir patológica, de la potestad legislativa que comporta la declaración de inconstitucionalidad, generaría la responsabilidad del Estado legislador (...)". Por supuesto, siempre que se cumplan los requisitos del apartado 4 del artículo 32.

Los Reales Decretos de declaración de estado de alarma 463/2020 y 926/2020 no contemplan en ninguno de sus preceptos la previsión a que hace referencia el artículo 32.3 de la Ley 40/2015 para que pueda surgir un derecho a la indemnización por responsabilidad patrimonial de Estado-Legislador.

Sin perjuicio del análisis más detallado que haremos en el fundamento siguiente sobre la antijuridicidad del daño como presupuesto imprescindible para que surja la responsabilidad en relación con las cargas generales y el sacrificio especial, es lo cierto que de ambos Reales Decretos se deriva el deber de soportar las cargas en ellas impuestas con carácter general para preservar la salud pública de los ciudadanos, sin que se genere un derecho de reparación de los posibles daños sufridos. Este es un principio general que aparece ya recogido en el artículo 54.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que expresamente excluye la indemnización por parte de la Administración respecto de los gastos causados por las medidas adoptadas para preservar la salud pública.

STC 148/2021, de 14 de julio.

Se impugnaron en el proceso constitucional dos bloques normativos diferenciados. Por un lado, determinados preceptos del Real Decreto (artículo 7, relativo a las medidas de la libertad de circulación de las personas; artículo 9, de medidas de

contención en el ámbito educativo; artículo 10, de medidas de contención en la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos recreativos y actividades de hostelería y restauración; y el artículo 11, de medidas de contención en los lugares de culto y ceremonias civiles y religiosas. Por otra parte, se impugnaron los Reales Decretos 464/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogaba el estado de alarma.

La sentencia, para el juicio de proporcionalidad que debía realizar en relación con las restricciones impuestas a los distintos derechos constitucionales afectados, acogió los parámetros ordinarios, centrados en la articulación de tres pasos: idoneidad de la medida para la consecución de la finalidad legítima que se pretende, necesidad, por no existir otra menos incisiva en el derecho fundamental con eficacia pareja, y razonabilidad, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho en cada caso comprometido.

En relación con las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, la sentencia afirma que dichas medidas no vulneran lo establecido en los artículos 35.1 y 38 CE (derecho a la elección de profesión u oficio y libertad de empresa). En relación con esta última, las restricciones de la actividad no limitan o restringen, en general la libertad de comercio, sino que determina el cierre o clausura temporal de unos establecimientos que quedarán individualizados por las condiciones y el riesgo de contagio a los que el precepto se refiere sin que pueda calificarse de ejercicio de libertad constitucional de empresa aquella conducta que depare, por su anómalo desenvolvimiento, daños o riesgos para terceros.

En cuanto a las reglas que suspenden la apertura al público tanto de locales y establecimientos comerciales como de determinados equipamientos culturales o destinados a actividades recreativas así como las que suspenden las actividades de hostelería y restauración se reconoce en la sentencia que "constríen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en esos sectores, pero el estado de alarma puede justificar excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de las normas, siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional."

Además, se tiene en cuenta en la sentencia que la medida de suspensión está prevista en el artículo 12.1 LOAES y, por remisión en los artículos, 26.1 de la Ley General de Sanidad y 54.1.c) y d) de la Ley 33/2011, General de Salud Pública en los casos de que concurran "riesgo inminente y extraordinario para la salud", en la primera de estas disposiciones y "motivos de extraordinaria gravedad o urgencia", en la segunda.

Como quiera que la sentencia declara la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos del Real Decreto, el Tribunal Constitucional considera necesarios hacer algunos pronunciamientos generales de especial interés para nuestro asunto litigioso.

En primer lugar, que las medidas adoptadas son necesarias, idóneas y proporcionales a la situación, habiendo afectado a la generalidad de la población, por lo que no resulta justificado que puedan atenderse pretensiones singulares de revisión fundadas exclusivamente en la inconstitucionalidad apreciada, cuando no concurran otros motivos de antijuridicidad, sin que puedan revisarse procesos concluidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada ni situaciones decididas mediante actuaciones

administrativas firmes ni las demás situaciones jurídicas generadas por la aplicación de los preceptos anulados, aunque sí los procesos o procedimientos sancionadores (artículo 40.1 LOTC).

En segundo lugar, que la inconstitucionalidad apreciada en la sentencia no será por sí misma título (así se afirma expresamente) para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las Administraciones Públicas sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

En definitiva, de la declaración de inconstitucionalidad parcial de este Real Decreto no nace en el presente caso un derecho al resarcimiento por responsabilidad patrimonial fundado en dicha declaración.

La STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021.

Esta sentencia declara la inconstitucionalidad de parte del Real Decreto 926/2020, en relación a la competencia de lo que la norma denomina « autoridades competentes delegadas » del Acuerdo del Pleno del Congreso de autorización de la prórroga del estado de alarma; en concordancia con la declaración de inconstitucionalidad, de parte del Real Decreto 926/2020, también declara inconstitucional el Real Decreto 956/2020.

Esta sentencia utiliza la doctrina del Tribunal contenida en la STC 148/2021, en relación al tema de suspensión o limitación de derechos.

En definitiva y para lo que aquí interesa, en ambas sentencias se declara que las medidas restrictivas que tuvo que soportar la parte actora y de las que deduce los daños patrimoniales sufridos fueron constitucionales y proporcionadas a la situación existente.

No obstante, la parte sostiene, pese a estos pronunciamientos, que su sector de actividad (restauración/hostelería) fue sometido a un sacrificio especial en relación con otros sectores, contrario al principio de igualdad en el sometimiento a las cargas públicas lo que determina su antijuridicidad. Abordamos esta cuestión en el siguiente fundamento.

SÉPTIMO.- La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador. Carga general o sacrificio especial.

Los artículos. 32.1 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público excluyen la posibilidad de indemnización cuando el particular tenga el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la ley.

Con carácter general, cuando se trata de normas jurídicas con rango de ley, todos los ciudadanos a los que van dirigidas están obligados a someterse a sus dictados y soportar las cargas inherentes a su cumplimiento atendida la imperatividad y generalidad que es consustancial a ellas, de manera que existe el deber jurídico de soportar las consecuencias negativas de su aplicación.

Precisamente por imponer cargas de obligado cumplimiento en ejercicio del poder legislativo del Estado, la antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de Estado-Legislador no surge lógicamente por la promulgación de la ley, tan siquiera por su aplicación, requiera o no actividad intermedia administrativa. La antijuridicidad

surgirá en el caso de declaración de inconstitucionalidad, porque esa declaración produce la anulación de la ley y su no producción de efectos. Si su aplicación ha producido daños, esos daños serán antijurídicos por carecer ya de la cobertura que les proporcionaba la ley, han perdido la garantía propia de la juridicidad.

Las normas de excepción, al igual que el resto de las leyes, son imperativas y de aplicación general a sus destinatarios, imponiendo a todos ellos el deber de soportar las cargas que de ellas se derivan en aras del interés público que justifica su aprobación, de manera que, en principio, solo se puede generar la responsabilidad patrimonial a favor de los afectados por dicha normativa cuando el propio legislador así lo hubiera reconocido o cuando fuere declarada su inconstitucionalidad.

La misma consecuencia del deber de soportar tiene, para lo que aquí interesa, el ejercicio de las incisivas potestades que tiene reconocida la Administración Pública en defensa de la salud colectiva, pudiendo en el ejercicio de las mismas limitar derechos individuales. Baste recordar a estos efectos las medidas especiales y cautelares que el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, autoriza a establecer a la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, para asegurar el cumplimiento de la ley, y en el mismo sentido las contempladas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

Pues bien, en relación con estas normas conviene traer otra vez a colación lo establecido en el último inciso del apartado 3 del artículo 54 de la Ley 33/2011, en el que se establece que los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en este artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable, y no de la Administración sanitaria que las adopta, sentando así el principio general de que existe la obligación de soportar las cargas económicas que pudieran resultar de la obligación de cumplir las medidas ordenadas por las autoridades públicas en aras de preservar la salud de los ciudadanos sin que de ello se derive el derecho a obtener un resarcimiento económico.

Las normas previstas en los Reales Decretos que declararon o prorrogaron el estado de alarma tuvieron un carácter excepcional y limitado en el tiempo al objeto de abordar una situación de emergencia sanitaria que comprometía gravemente la salud y vida de los ciudadanos. Esta situación justificó el desplazamiento de la legislación ordinaria y la restricción de derechos constitucionales, aplicándose las medidas extraordinarias que se consideraron necesarias para actuar contra la pandemia.

Es cierto que tales medidas no estaban predeterminadas en el ordenamiento jurídico, pero tal predeterminación no es exigible cuando se trata del Derecho de Excepción porque es imposible fijar previamente la ruta de una situación extraordinaria y anómala, como lo es también preestablecer los medios que han de utilizarse para combatirla, aunque si les es exigible que sean proporcionales y adecuadas a los hechos que deben afrontar.

El Tribunal Constitucional, en la STC 148/2021, al juzgar las medidas adoptadas y la constricción de los derechos constitucionales que se derivaban de ellas, las consideró adecuadas al propósito de preservar la salud y vida de las personas "... dado que las medidas de distanciamiento físico entre personas se presentaban como imperiosas para limitar el contagio y evitar la propagación comunitaria del virus..." y que, "...atendidas las circunstancias en que se adoptó, esta decisión tampoco puede ser

considerada como desproporcionada, excesiva o no indispensable. No existía certeza sobre la suficiente eficacia que pudieran tener medidas menos incisivas sobre el derecho fundamental, ni cabe olvidar la relativa escasez de recursos efectivos para hacer frente a la expansión inicial de la epidemia".

Además, la normativa de excepción para afrontar la pandemia está plenamente justificada pues, como señaló el Tribunal Constitucional en la STC 148/2021, las medidas adoptadas se orientaron "...a la preservación, defensa y restauración de la salud y, en última instancia, de la vida, "derecho fundamental esencial y troncal, en cuanto es el supuesto ontológico" sin el cual los demás "no tendrían existencia posible"; bienes constitucionales en riesgo extremo para el conjunto de la ciudadanía y lesionados para un gran número de ciudadanos por la rápida y creciente expansión de la epidemia".

La doctrina constitucional citada tiene el importante antecedente que representa el Auto número 40/2020, de 30 de abril-aludido en un Fundamento anterior- que para inadmitir el recurso de amparo promovido contra la decisión judicial que confirma la gubernativa de denegar la celebración de una manifestación convocada en el marco temporal de una situación de pandemia global con gran número de afectados y de fallecidos en nuestro país, razona de modo extrapolable con carácter general que, «Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbra a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha.», de modo que, "(...) la prohibición de celebrar la manifestación, que se deriva claramente de la resolución judicial impugnada, guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria."

En definitiva y como conclusión extrapolable en este punto del debate procesal, la escalada exponencial de contagios - hecho notorio indiscutible - comporta necesariamente, la limitación del ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación ex artículo 21 C.E., de modo que tal como conjetura el Tribunal Constitucional, "siendo positivo este juicio liminar sobre la proporcionalidad de las medidas, no puede acordarse la concurrencia de verosimilitud de la denunciada lesión del art. 21 CE ."

En el ámbito de la salud colectiva la adopción de decisiones, en muchas ocasiones, debe basarse en la determinación cuantitativa del riesgo, de manera que la restricción de actividades potencialmente peligrosas se produce una vez que los estudios científicos contemplan una asociación presumiblemente causal entre dichas actividades y su impacto adverso sobre la salud. Ahora bien, en determinados supuestos, como aconteció en los momentos iniciales de la pandemia derivada del COVID-19, no se cuenta, desde el punto de vista científico, con el componente de certeza de un modo indubitado.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 10 de abril de 2014, Acino/Comisión, C-269/13 P; EU.C:2014:255, interpretó el principio de precaución del siguiente modo:

"(...) en tanto no se despeje la incertidumbre sobre la existencia o el alcance de los riesgos para la salud humana, es posible adoptar medidas de protección sin esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos" y asimismo, " aun cuando la valoración del riesgo no pueda basarse en consideraciones puramente hipotéticas, no lo es menos también (...) cuando resulta imposible determinar con certeza la existencia o alcance del riesgo alegado por razón de la naturaleza insuficiente, no concluyente o imprecisa de los resultados de los estudios realizados y sin embargo, persiste la probabilidad de un perjuicio real para la salud pública en el supuesto en que se materialice el riesgo, el principio de cautela justifica la adopción de medidas restrictivas."

En la misma línea, el Auto del TJUE, de 19 de diciembre de 2013, Comisión/Alemania, C-42613 P (R, EU:C:2013:848, refiere, «cuando aparecen dudas sobre la existencia de riesgos para la salud humana o sobre su alcance, las instituciones de la Unión, en aplicación de ese principio, pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestren plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos» (apartado 54).

La Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución (Bruselas 2.2.2000 COM (2000) 1 final), alude a su ámbito de aplicación cuando la salud humana esté en riesgo. Señala como inspiradores del principio, la proporcionalidad, no discriminación, coherencia, análisis de ventajas e inconvenientes y estudio de la evolución científica.

A estos efectos señala,

"Los responsables políticos se encuentran constantemente frente al dilema de encontrar un equilibrio por un lado entre las libertades y los derechos de los individuos, la industria y las organizaciones, y por otro, de la necesidad de reducir o eliminar el riesgo de efectos peligrosos para el medio ambiente o la salud. Encontrar el equilibrio correcto para que pueda llegarse a decisiones proporcionadas, no discriminatorias, transparentes y coherentes, y que al mismo tiempo proporcionen el nivel elegido de protección, requiere un proceso de toma de decisiones estructurado, basado tanto en la información científica, como en otras informaciones detalladas y objetivas. Esta estructura la proporcionan los tres elementos del análisis de riesgo: la evaluación del riesgo, la elección de la estrategia de gestión de riesgo y la comunicación del riesgo. Toda evaluación del riesgo que se lleve a cabo debe basarse en la información científica y estadística existente. La mayor parte de las decisiones se adoptan cuando existe suficiente información disponible para adoptar las medidas preventivas adecuadas, pero en otras ocasiones los datos pueden no ser suficientes. La decisión de invocar o no el principio de precaución es una decisión que se ejerce cuando la información científica es insuficiente, poco concluyente o incierta, y cuando hay indicios de que los posibles efectos sobre el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pueden ser potencialmente peligrosos e incompatibles con el nivel de protección elegido.....Aunque el Tratado CE en su art. 174 sólo mencione explícitamente el principio de precaución en el terreno del medio ambiente, su ámbito de aplicación es mucho más amplio. Este principio abarca los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que una evaluación científica objetiva preliminar hace sospechar que existen motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido"

La carga de acreditar que las medidas concretas que se someten a ratificación judicial se ajustan a los principios de necesidad, idoneidad y razonabilidad compete a las administraciones públicas, a través de criterios científicos informados a modo de antecedente y que servirán a la obligada motivación de la resolución a que se refiere el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que enfatiza con expresiones tales como "con carácter excepcional", "cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia."

Sin embargo, la aplicación del principio de precaución comporta una inversión de la carga de la prueba, debiendo ser quien ejercita la acción de resarcimiento quien acredite la ausencia de justificación, idoneidad y razonabilidad de las medidas adoptadas, acreditación que en modo alguno se ha efectuado en este proceso, debiendo recordar, como se ha dicho, que la STC 148/2021 consideró las medidas restrictivas previstas en el RD 463/2020 idóneas, necesarias y proporcionales.

Cabe recordar que cuando se está frente a un proceso de toma de decisiones, generalmente hay un campo que se deja al azar al analizar las consecuencias, debido a circunstancias de ignorancia o incertidumbre. Pues bien, en materia de salud pública este rango de incertidumbre y de azar se constituye en un riesgo para la salud que no se puede asumir y que el principio de precaución busca eliminar al imponer la toma de medidas necesarias para prevenir el daño.

La consecuencia de la aplicación del principio de precaución determina la imposibilidad de derivar responsabilidad a la Administración cuando las medidas sanitarias adoptadas tendieron a mitigar o evitar la propagación de los contagios, siempre y cuando se muestren razonables y proporcionadas, aunque posteriormente se pudiese demostrar que resultaron innecesarias, pues lo trascendental es la incertidumbre científica sobre la naturaleza y alcance del riesgo.

Sin perjuicio de lo expuesto, la suspensión temporal de actividades propias de los establecimientos de hostelería es una manifestación de la potestad de ordenación general de la actividad en cuestión, justificada por las circunstancias excepcionales que se estaban viviendo, tras la comprobación de que la eliminación de actividades grupales frenaba la tendencia ascendente de la expansión descontrolada del virus.

A estos efectos, conviene recordar los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional vierte en su auto 40/2020, de 30 de abril (rec. 2056/2020), que inadmite a trámite el recurso de amparo promovido por la Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT) en proceso contencioso-administrativo sobre ejercicio del derecho de reunión, en cuyo fundamento jurídico segundo, establece:

"No podemos olvidar que, como reconoce la recurrente, la manifestación se pretende desarrollar en el marco de una situación de pandemia global muy grave, que ha producido un gran número de afectados y de fallecidos en nuestro país, y que ha puesto a prueba a las instituciones democráticas y a la propia sociedad y los ciudadanos, en cuanto se han convertido, en conjunto, en elementos esenciales para luchar contra esta situación de crisis sanitaria y económica que afecta a todo el país, situado por mor de la misma ante una situación que, pese a no ser la primera vez que se produce (ya sufrimos, entre otras, la pandemia de 1918), sí es la primera vez que nuestra actual

democracia se ha visto en la necesidad de enfrentarse ante un desafío de esta magnitud y de poner en marcha los mecanismos precisos para hacerle frente".

Entre otras cuestiones, la importancia de este pronunciamiento radica en que recae sobre las medidas específicas que propician el distanciamiento social, el confinamiento domiciliario y la limitación de contactos y actividades grupales, desde el control que proporcionan los principios de proporcionalidad, idoneidad, necesidad y justificación. Así en su fundamento jurídico sexto,

"ii) En el supuesto que nos ocupa, la limitación del ejercicio del derecho tiene una finalidad que no sólo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que, en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación de la COVID-19. En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han adverado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981".

En definitiva, la enfermedad derivada del COVID-19 como enfermedad infecciosa altamente transmisible por vía aérea y a través del contacto personal, no solo conllevó un alto riesgo para la salud humana derivado del elevado índice de propagación sino y, además, un riesgo de colapso de los servicios sanitarios tal como de hecho sucedió, asociado todo ello a un incremento de la mortalidad y morbilidad. Es por ello por lo que, el mantenimiento de la integridad física de la población (artículo 15 CE) y el derecho a la protección de la salud pública (artículo 43 CE), otorgan cobertura constitucional y legitiman, las restricciones en el ejercicio de determinadas actividades económicas, lo que se revela suficiente para rechazar la vulneración de la libertad de empresa prevista en el artículo 38 C.E.

Por otra parte, ninguno de los Reales Decretos relativos al estado de alarma ha reconocido derechos patrimoniales a favor de los destinatarios de las limitaciones y restricciones de las actividades empresariales en ellos establecidas, de manera que el derecho indemnizatorio no se puede fundar, en principio, en el artículo 32.3 de la Ley 40/2015.

Tampoco lo han hecho las SSTC que declararon la inconstitucionalidad parcial de los RRDD de estado de alarma, sentencias que expresamente excluyen la

responsabilidad al declarar que la inconstitucionalidad no afecta a las obligaciones que se imponen a los ciudadanos con carácter general en estos RRDD.

No obstante, se pretende fundar la responsabilidad en la supuesta existencia de un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que resultaron afectados de manera especial, en relación o comparación con otros sujetos a los que también estuvo dirigida la referida normativa. Ese diferente y singular trato se considera contrario al principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas y su reparación no ha sido expresamente descartada en la propia ley.

Con independencia de la acogida que pudiera tener este planteamiento en abstracto, es lo cierto que las restricciones y limitaciones contenidas en los Reales Decretos de estado de alarma tuvieron carácter general, con múltiples e indeterminados destinatarios, y con numerosos sectores económicos y empresariales afectados, como hemos visto en los primeros fundamentos de esta sentencia al reflejar esa normativa, de manera que no se puede deducir la singularización pretendida por el recurrente. La mayor o menor afección de una norma jurídica en relación con sus destinatarios, su diferente intensidad desde el punto de vista de la carga que supone su aplicación, en sí misma no permite establecer la distinción querida por el recurrente, pues esas diferencias se producen ordinariamente en la aplicación de todas las normas jurídicas en relación con el círculo de intereses de sus destinatarios, que nunca resultan por igual afectados, consideración que se maximiza cuando estamos en presencia de normas de excepción.

En nuestro caso, además, las medidas que se adoptaron para los distintos y amplios sectores de actividad estuvieron dotadas del suficiente grado de generalidad como para afirmar que los menoscabos sufridos deban encuadrarse en la categoría de carga colectiva. La sociedad en su conjunto tuvo que soportar las decisiones adoptadas por los poderes públicos para preservar la salud y la vida de los ciudadanos, de manera que la vía de reparación o minoración de daños para aquellos que la padecieron con mayor intensidad, de ser procedente, tiene que ser la de las ayudas públicas -que se concedieron ampliamente-, pero no la de la responsabilidad patrimonial que exige como presupuesto inexcusable de una antijuridicidad que aquí no es predicable.

En cuanto a las ayudas públicas, basta reparar en las numerosas normas dictadas a raíz de la pandemia al objeto de mitigar los graves perjuicios económicos producidos a amplios sectores de nuestra sociedad. Algunas de estas disposiciones aparecen reseñadas en la parte final del fundamento tercero de esta sentencia.

En definitiva, las medidas contenidas en el Real Decreto 463/2020, particularmente las previstas en su artículo 10, fueron necesarias, adecuadas y proporcionales a la gravedad de la situación y gozaron del suficiente grado de generalidad en cuanto a sus destinatarios, que tuvieron el deber jurídico de soportarlas sin generar ningún derecho de indemnización por los posibles perjuicios sufridos, habiéndolo declarado así expresamente el Tribunal Constitucional en la ya citada STC 148/2021, sentencia que produce efectos de cosa juzgada y vincula a todos los tribunales ex artículo 38 LOTC y 5 LOPJ.

Esta sentencia preserva, no obstante, la posible aplicación de lo previsto en el artículo 3.2 de la LOAES y sobre esta precaución la parte trata de construir un diferenciado sistema de responsabilidad patrimonial.

Lo analizamos a continuación.

OCTAVO.- El artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981 sobre los estados de Alarma, Excepción y Sitio. Inexistencia de un nuevo y singular sistema de responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva.

Dice la STC 148/2021, sobre el artículo 3.2 de la Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, lo siguiente:

"c) Por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio".

La parte sostiene que esa referencia expresa artículo 3.2 de la LO 4/1981 se debe a que dicho precepto establece un régimen especial de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio. Ese régimen especial estaría caracterizado porque en él no resultaría de aplicación el régimen jurídico sustantivo previsto en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015. En particular, no sería aplicable la fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad, ni tampoco la exigencia de la antijuridicidad del daño como elemento determinante del concepto de lesión.

Para dar respuesta a esa tesis, se debe centrar el marco normativo de aplicación, partiendo de lo expresado en el texto constitucional.

Así, el artículo 116.6 CE determina que:

«La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes».

Por su parte el artículo 106.2 CE establece lo siguiente:

"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".

Finalmente, el artículo 3 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, último de los artículos del capítulo primero relativo a las disposiciones comunes a los tres estados, dispone:

"Uno. Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

Dos. Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes".

En relación con lo dispuesto en el texto constitucional, debemos destacar que la reiteración del principio de responsabilidad en el artículo 116.6 -garantizado por la

Constitución respecto de todos los poderes públicos en el artículo 9.3-, tiene todo el sentido cuando de estados excepcionales se trata, en la medida en que durante su aplicación se produce un debilitamiento, cuando no suspensión, del ejercicio de derechos constitucionales por parte de los ciudadanos atendida la situación extraordinaria que se trata de afrontar con el estado excepcional, como ha acontecido durante la pandemia del COVID- 19.

La excepcionalidad que justifica la restricción no excluye la juridicidad de todo el proceso que debe seguirse. El Derecho Ordinario es desplazado por el Derecho de Excepción, pero este antes que nada es Derecho en la medida en que su nacimiento, desarrollo y extinción debe hacerse siempre de conformidad con la Constitución y la Ley.

Los poderes públicos han de actuar conforme a Derecho también en las situaciones excepcionales, de manera que en caso de extralimitaciones se puede incurrir en responsabilidad. La primera de esas responsabilidades será, sin duda, la responsabilidad política que corresponde al Gobierno por el uso de los poderes extraordinarios, cuyo control se residencia en las Cámaras Legislativas. Pero esa responsabilidad política no excluye otras posibles responsabilidades, como la penal o la patrimonial.

La parte, como hemos anticipado, pretende construir sobre la base del artículo 3.2 de la L.O. 4/1981, de 1 de junio, un régimen de responsabilidad patrimonial diferente del recogido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, en el que bastaría la existencia de un daño patrimonial derivado causalmente de alguno de los estados excepcionales para que surja automáticamente el derecho a obtener una indemnización de las Administraciones Públicas.

Señala que este particular responsabilidad patrimonial de configuración legal no es una excepción en nuestro sistema jurídico y cita a título de ejemplo el art. artículo 294 LOPJ, el art. 3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; el art. 32 del Decreto Legislativo 1/2006, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley por la que se regulan los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos de la Comunidad de Madrid y el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional. En todos estos preceptos se reconoce el carácter indemnizable de los sacrificios que se imponen a los particulares para salvaguarda del bien común.

La Sala no comparte esta interpretación.

En primer lugar, porque ese supuesto régimen singular, que prescinde de los requisitos establecidos en la Ley 40/2015, no se deduce directa ni indirectamente del artículo 116.6 de la Constitución o del reseñado artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, ya que estas normas no contienen ni expresa ni tácitamente previsión alguna al respecto. Si el legislador hubiera querido crear un régimen autónomo de responsabilidad, atendida la trascendencia de esa medida, que supondría excepcionar el propio artículo 106.2 de la Constitución, lo hubiera expresado claramente.

En segundo lugar, porque la remisión que efectúa el artículo 3.2 "a lo dispuesto en las leyes" solo puede ser entendido como una remisión al régimen general de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos vigente en cada momento, de manera que si se trata de responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador por los

daños sufridos como consecuencia de las normas con fuerza y valor de ley aprobadas (la derivada de los Reales Decretos relativos al estado de alarma) habrá que estar a las normas reguladoras de dicha responsabilidad, y si se trata de la responsabilidad del Estado-Administración, por los daños derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, también habrá de estarse a la regulación contenida en la Ley 40/2015.

Téngase en cuenta que la técnica remisoria también es utilizada en el apartado primero de ese artículo 3, cuando señala que durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio, la actividad de las Administraciones Públicas está sometida al control judicial (artículo 3.1 LO 4/1981).

Ambas remisiones lo que hacen es poner de manifiesto que dos de los pilares básicos de nuestro sistema administrativo, que se erigen como contrapartida esencial al ejercicio de las potestades administrativas, siguen vigentes con arreglo a sus normas generales durante los estados de alarma, excepción y sitio, normas que no pueden ser desplazadas y sustituidas por otras por el Derecho de Excepción.

Esta misma línea argumental puede ser traída a colación para el rechazo de la alegación de que no resulta de aplicación en los estados de alarma, excepción y sitio la exoneración de la responsabilidad por concurrencia de fuerza mayor.

Esa exclusión de la fuerza mayor contravendría directamente los artículos. 116.6 y 106.2 CE. El primero en cuanto señala que la declaración de los estados no modifica el principio de responsabilidad, en toda su extensión, reconocido en la Constitución y el segundo en cuanto que establece que la concurrencia de fuerza mayor resulta determinante como causa de exoneración de la responsabilidad de las Administraciones ante las lesiones sufridas por los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sin contemplar excepción alguna al respecto.

Esto no significa que las circunstancias fácticas excepcionales de una situación de emergencia no deban ser tenidas en cuenta al determinar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad, en especial al establecer el estándar de funcionamiento de la Administración, que puede diferir del exigible en situaciones de normalidad. Pero ello, no supone alterar los requisitos y presupuestos de la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En definitiva, la declaración del Tribunal Constitucional pretende principalmente excluir la responsabilidad del Estado-Legislator por falta de antijuridicidad de las medidas adoptadas pese a la declaración de inconstitucionalidad de alguna de las normas del Real Decreto del estado de alarma, pero deja a salvo, lógicamente, otros posibles supuestos de responsabilidad patrimonial que pudieran darse, como es la que supuestamente podría corresponder a la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos, especialmente los sanitarios.

Ello es así, y lo decimos una vez más, porque la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no altera el principio de responsabilidad de las Administraciones Públicas, como se ocupa de destacar la propia Constitución en el artículo 116.6 al señalar como posible responsable no solo al Gobierno sino también a *sus agentes*.

En cuanto a las normas que cita como apoyo argumental a su tesis de la existencia de un régimen especial de responsabilidad patrimonial, por referirse a

supuestos en los que se reconoce el carácter indemnizable de los sacrificios que se imponen a los particulares, debemos señalar que en todos esos supuestos es la propia norma jurídica la que singulariza conscientemente esa situación, al señalar que no existe en esos casos concretos el deber jurídico de soportar el daño aunque la actuación de la Administración correspondiente haya sido correcta. En parecidos términos se pronuncia el artículo 32.3 de la Ley 40/2015, al prever la posibilidad de indemnización a favor de todos aquellos que sufran lesión en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar *cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen*. No es este el caso del artículo 3.2 de la LOAES, que se limita a remitirse genéricamente a las leyes que regulan la responsabilidad patrimonial.

Esta alegación (del régimen singular) que postula la existencia de un régimen específico en contraposición al régimen general de la responsabilidad de la Administración Pública debe rechazarse.

NOVENO.- Exclusión del instituto de la expropiación forzosa como mecanismo de reparación de los daños derivados del cumplimiento de la normativa COVID-19.

Como alternativa a la responsabilidad patrimonial de Estado-legislador, a la que ya nos hemos referido, se quiere fundar el derecho a obtener una reparación económica por los perjuicios sufridos por el impacto de la normativa COVID-19 en la actividad empresarial del recurrente en el instituto expropiatorio, más concretamente en el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 que establece que "*cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas*".

Tampoco la Sala comparte en este caso la tesis de la recurrente.

El artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa establece que por expropiación forzosa ha de entenderse cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

No hay expropiación forzosa sin privación singular, entendida ésta como sacrificio especial impuesto deliberadamente a uno o varios sujetos en sus bienes, derechos o intereses, de forma directa por causa de utilidad pública o interés social. Cuando estamos en presencia de limitaciones o regulaciones generales del contenido de un derecho, cuando se configura *ex novo* o bien se modifica partiendo de una situación normativa general anterior, no se puede sostener que se produzca una privación singular en el sentido expresado por la Ley de Expropiación Forzosa.

Es preciso, además, para que podamos hablar de expropiación que estemos en presencia de derechos y no de meras expectativas.

La finalidad perseguida por los Reales Decretos de estado de alarma era preservar la salud y la vida de los ciudadanos comprometida por la expansión indiscriminada de la pandemia provocada por el virus. Así se dice expresamente en el Preámbulo del RD 463/2020:

"La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos. El artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, habilita al Gobierno para, en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución, declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad. En este marco, las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico. "

Esta finalidad fue confirmada por la STC 148/2021 cuando examinó la constitucionalidad del referido RD. En ningún caso se ha pretendido privar de derechos a los ciudadanos o a las empresas, aunque se hayan establecido limitaciones de carácter temporal a su ejercicio.

En cuanto a la previsión del artículo 120 LEF, a la que trata de acogerse la parte, no es aplicable al caso enjuiciado, además de por el motivo indicado, por dos razones adicionales: la primera, porque el precepto se refiere a medidas concretas adoptadas por autoridades civiles, pero no a la aprobación de medidas legislativas de general aplicación. Faltaría así el primero de los presupuestos de hecho que genera el derecho a obtener una indemnización prevista en el artículo 120 LEF. En segundo lugar, porque las medidas adoptadas por las autoridades civiles han de tener por objeto la *destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares*, sin que ninguna de estas circunstancias se dé en el caso que juzgamos.

Además, una expropiación forzosa por regla general exige un procedimiento que aquí no ha existido, lo que nos llevaría a calificar como vía de hecho una medida legislativa lo que constituye una contradicción en sus propios términos.

No hay, por tanto, una expropiación forzosa que justifique el abono de la cantidad que se reclama.

En cuanto a la referencia al artículo 121 de la LEF, que contiene el régimen de la responsabilidad patrimonial como paralelo y complementario de la expropiación forzosa, únicamente señalar que dicho régimen se encuentra hoy desarrollado en la Ley

40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público como venimos destacando reiteradamente en esta sentencia.

DÉCIMO.- Fuerza mayor y pandemia.

Para que exista responsabilidad es preciso que los daños no se hayan producido en unas circunstancias que puedan ser calificadas de fuerza mayor. Así lo dice el artículo 106.2 de la Constitución y el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Pese a considerarse presupuesto de exclusión de la responsabilidad patrimonial del Estado en ambos preceptos, no existe ninguna norma administrativa que nos defina la fuerza mayor, lo que nos obliga a acudir en primer lugar a la definición contenida en el art. 1.105 del Código Civil, que exige imprevisibilidad de la causa del daño e inevitabilidad del resultado, aunque en el caso de las Administraciones Públicas ese evento caracterizado por la imprevisibilidad e irresistibilidad que exime de responsabilidad debe ser, además, ajeno al funcionamiento del servicio, a la actividad administrativa.

A juicio de la Sala, la pandemia producida por el virus denominado técnicamente SARS-COV-2 se ajusta a esa definición de fuerza mayor porque constituyó un acontecimiento insólito e inesperado en el momento en el que surgió y por la forma en la que se extendió por todo el planeta en sus primeros momentos, inicio y desarrollo completamente ajeno a la actividad de las Administraciones Públicas.

Aunque algunas pandemias son previsibles y permiten actuaciones preventivas por parte de las autoridades sanitarias, como ocurre anualmente con la de la gripe, la provocada por el virus SARS-COV-2, no pudo serlo por tener unas características totalmente desconocidas en el momento de su aparición, como sus efectos sobre la salud humana, los mecanismos de propagación y la rapidez con la que esta se producía. También ese desconocimiento la hizo inevitable e incontrolable inicialmente, fuera del círculo de actividad de las Administraciones Públicas.

Queremos decir con esto que en los primeros momentos los daños producidos directamente por la pandemia en la salud de las personas fueron imprevisibles en su producción e irresistibles e inevitables en su resultado sin que tuviera en ello ninguna intervención la Administración. En relación con esos daños la fuerza mayor operaría como causa de exclusión de la responsabilidad administrativa ya que guardarían la necesaria relación de causalidad con un acontecimiento ajeno a la Administración y de carácter imprevisible e inevitable.

No obstante, cabe recordar que uno de los principios a los que deben someter su actuación las Administraciones públicas en materia de salud colectiva es el de precaución, artículo 3 d) de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y que con base a este principio la mera existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren.

Precisamente los daños que ahora se reclaman no se imputan a la pandemia, aunque esta sea causa remota de esos daños, sino a las medidas adoptadas por los poderes públicos para tratar de frenar su desarrollo.

Ello así porque cuando surge un acontecimiento imprevisible que puede ser calificado de fuerza mayor, ajeno completamente a la actividad administrativa, estamos obligados a hacer un juicio de valor sobre el comportamiento de la Administración en relación con ese acontecimiento, sobre si pudo o no prever determinados sucesos y sobre si, en su caso, adoptó las medidas necesarias para evitarlo o, al menos, para minimizar sus posibles efectos lesivos. Esa valoración ha de efectuarse, en cada caso, desde la base ofrecida por las reglas propias de la actividad en la que tiene lugar el acontecimiento generador del daño. No debemos olvidar que la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales (artículo 103 CE), y entre estos se hallan el que se eviten o atenúen, dentro de lo posible, las situaciones de riesgo, de las que puedan derivarse daños para las personas o las cosas.

Por ese motivo el juicio sobre esas medidas no puede quedar descartado por el hecho de calificar la pandemia con las características de la fuerza mayor en relación con determinados daños. No habrá ruptura del nexo causal y nacerá la responsabilidad patrimonial cuando los daños no fueren directamente imputables a la enfermedad sino a las medidas adoptadas para hacerla frente, medidas que pueden ser juzgadas desde la perspectiva de la responsabilidad por su razonabilidad, grado de intensidad, proporcionalidad o duración.

Por tanto, la adopción de medidas en el marco de la gestión de la crisis puede hacer posible la responsabilidad de la Administración, dado que, pese a tratarse la pandemia de una situación inevitable, esa gestión puede haber coadyuvado a agravar los daños, o no los ha minorado o eliminado pudiendo hacerlo. En estos casos, la fuerza mayor (pandemia) no excluye la posibilidad del deber de indemnizar los posibles daños que se hubieran podido evitar o mitigar de haberse adoptado por parte de las autoridades con competencia en la materia las medidas precisas, bajo el principio de precaución al que están legalmente obligadas, que tendieran a evitar la propagación, vía contagio, y letalidad de la enfermedad. De este modo, si se acreditara que una Administración pudo, dadas sus competencias, impedir la aparición de perjuicios adicionales mediante la adopción de medidas concretas, con arreglo a los estándares de actuación conocidos en ese momento, podría apreciarse la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño o lesión sufrida, presupuesto necesario para que sea viable una acción de responsabilidad patrimonial con la consiguiente obligación de indemnizar.

Ahora bien, para juzgar el acierto o desacierto de las medidas adoptadas por los poderes públicos en los primeros meses de pandemia, entre ellas las contempladas en los Reales Decretos de estado de alarma, no podemos estar a los conocimientos científicos actuales sino a los existentes cuando la pandemia comienza a desplegar sus efectos. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la STC 148/2021, al señalar que las medidas que se tomaron lo fueron de acuerdo con el conocimiento científico de la epidemia habido entonces, no resultando desproporcionadas esas medidas a la vista de la situación existente. Añadiendo el Tribunal que su procedencia o eventual desacierto no pueden ni deben considerarse o enjuiciarse conforme a lo conocido con posterioridad -la denominada *hindsight* o sesgo retrospectivo de la jurisprudencia anglosajona-, ni genera responsabilidad incluso cuando fueren mejorables a la vista de los conocimientos adquiridos luego. Mismo criterio de no retrospección mantenido por nuestro Tribunal Supremo cuando ha declarado la prohibición del regreso lógico desde acontecimientos futuros (sentencias de la Sala

Primera del Tribunal Supremo de fechas 14 y 15 de febrero de 2006; 7 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008 y Sala Tercera en Sentencia de fecha 14 de noviembre de 2001, Rec. 8397/1997) - contagios de Hepatitis C- y otras muchas, como se encarga de recordar el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda.

La propia Ley 40/2015, en su artículo 34.1, a los efectos de la responsabilidad, tiene en cuenta estos mismos criterios de valoración:

"1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos. "

Pues bien, no cabe duda de que el conjunto de medidas adoptadas por las Administraciones Públicas durante la gestión de la crisis sanitaria estuvo condicionada por los conocimientos científicos existentes en cada momento, muy escasos de certezas, tanto en lo relativo a la forma de transmisión del coronavirus y al impacto real de la propagación, como a las consecuencias a medio y largo plazo sobre la salud de las personas afectadas en mayor o menor medida por el virus. Con arreglo a esos conocimientos, las medidas de distanciamiento social, el confinamiento domiciliario y la limitación extrema de los contactos y actividades grupales fueron las únicas medidas que se acreditaron como eficaces para limitar los efectos de una pandemia completamente imprevisible y de dimensiones desconocidas hasta entonces. Como sabemos, esas fueron precisamente las medidas principalmente contempladas en los Reales Decretos de alarma, que fue el instrumento normativo adoptado por el poder público para minimizar los enormes daños que se estaban produciendo.

No resulta ocioso recordar ahora, que el Tribunal Constitucional desde su prematuro auto 40/2020, de 30 de abril- ya analizado - y sus posteriores Sentencias asimismo estudiadas en el Fundamento Quinto de esta resolución, haya validado por sus notas de necesidad, proporcionalidad e idoneidad según cada hito de evolución de la pandemia en el país -esto es, de forma dinámica- las medidas controvertidas, pese a incidir, limitando el ejercicio de los derechos fundamentales implicados *por mor* de la finalidad legítima de salvaguardar bienes jurídicos esenciales, -en ese momento expuestos a un riesgo efectivo y desconocido en sus implicaciones- que exigió que se postergara a un momento más propicio, según los índices epidemiológicos conocidos en el devenir diario de la evolución de la pandemia, su pleno ejercicio.

Para la parte actora, la fuerza mayor no opera de ningún modo en relación con su reclamación de responsabilidad patrimonial. En este punto su razonamiento no discurre por el cauce que acabamos de expresar, sometiendo a discusión el acierto de la Administración, sino que entiende que las previsiones del artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, hacen innecesario el cumplimiento de los presupuestos y requisitos con que los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, configuran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, entre ellos el de la inexistencia de fuerza mayor.

Sobre esta argumentación ya hemos razonado ampliamente con anterioridad, descartando que el citado artículo 3.2 establezca un régimen diferenciado de responsabilidad patrimonial que permita prescindir de los presupuestos recogidos en el

propio artículo 106.2 de la Constitución, entre ellos el de fuerza mayor. La Administración General del Estado, por su parte, no duda en calificar de fuerza mayor la crisis generada por el COVID-19. La pandemia ha exigido una actuación excepcional de los poderes públicos frente a ella, sin que se pueda exigir a las Administraciones Públicas unas funciones de garantes universales que aseguren en una situación de fuerza mayor que los afectados no sufran ningún perjuicio personal o patrimonial, sino que solo puede exigirse cuando ante esa situación la actuación de la Administración no es correcta, de manera que los daños deben entenderse imputables a la propia pandemia y, por tanto, excluidos de indemnización. Esta tesis no puede tener acogida en nuestro caso ya que los daños que se reclaman no se imputan, en cuanto a su producción, a la pandemia, sino a la actividad desplegada por la Administración para combatirla.

Podemos concluir que la fuerza mayor puede operar como supuesto de exención de responsabilidad patrimonial en relación con determinados daños directamente imputables a la pandemia COVID-19, pero no cuando se deducen de la actuación de los poderes públicos, si bien en nuestro caso, como ya hemos razonado extensamente *supra*, la actividad administrativa desarrollada fue razonable y proporcionada a la situación existente por lo que no generó responsabilidad.

UNDÉCIMO.- Otras alegaciones.

El demandante también trata de justificar la existencia de la responsabilidad patrimonial en la imprevisión y mal funcionamiento de la Administración en los primeros momentos de la pandemia. Principalmente reprocha el retraso en la adopción de medidas de prevención y atención sanitaria desde que la Organización Mundial de la Salud declaró la emergencia de salud pública de importancia internacional, incumpléndose - supuestamente- muchas de sus recomendaciones, como también habría sucedido con las recomendaciones del Centro Europeo para la prevención y control de enfermedades.

Estaríamos aquí en presencia de una responsabilidad patrimonial distinta de la que se ha querido construir y que ya hemos analizado del Estado-Legislador. Se trataría de una responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de los servicios públicos a la hora de afrontar la pandemia.

Pues bien, con independencia del juicio que merezca la actuación del Gobierno en las primeras semanas de la pandemia, lo cierto es que los daños que se reclaman se imputan al cierre del establecimiento hotelero acordado por el Real Decreto de estado de alarma 463/2020, de 14 de marzo, y sus sucesivas prórrogas, y no al retraso en la adopción de medidas o al cumplimiento en mayor o menor medida de las recomendaciones de organismos internacionales. Para poder imputar los daños sufridos, en todo o en parte, a esos retrasos o incumplimientos hubiera sido preciso un esfuerzo de argumentación y prueba sobre la causalidad existente entre unos y otros, sin que tal esfuerzo se haya realizado mínimamente.

También considera la parte que se han vulnerado principios jurídicos relevantes para el funcionamiento de la Administración Pública que convierten la actuación administrativa desplegada por la demandada en antijurídica. En concreto, se refiere a los siguientes que enumera el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público: Principio de confianza legítima, principio de eficacia, principio de seguridad jurídica, principio de proporcionalidad, principio de motivación y principio de buena regulación.

Tampoco esta alegación puede ser acogida.

Como hemos ya razonado ampliamente, los daños se imputan a las normas jurídicas dictadas para frenar la expansión de la pandemia, muy especialmente los Reales Decretos de estado de alarma, y esas disposiciones han sido juzgadas por el Tribunal Constitucional desde la perspectiva de los principios y valores constitucionales, llegándose a unas conclusiones diferentes de las sostenidas por la parte. La actuación administrativa ha sido calificada de razonable, proporcional y adecuada a la situación existente, y eficaz para frenar la expansión de la pandemia, como se ha valorado ampliamente en esta sentencia, como lo fue en la STC 148/2021 con el mismo resultado.

DECIMOSEGUNDO.- Conclusiones y costas.

Rechazadas todas las alegaciones de la parte actora, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la desestimación presunta por silencio administrativo por parte del Consejo de Ministros de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada con fecha 26 de mayo de 2021.

Y, en virtud de lo previsto en el artículo 139 LJCA, procede imponer las costas a la parte demandante, si bien la Sala, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, establece que el importe máximo a satisfacer al respecto a la Administración demandada por todos los conceptos será de cuatro mil euros (4.000 euros), más el IVA correspondiente, si procediere.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1) Desestimar el recurso contencioso-administrativo núm. 453/2022, interpuesto por la representación procesal de ALHAMBRA PALACE, S.A., frente a la desestimación presunta por silencio administrativo por parte del Consejo de Ministros de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada con fecha 26 de mayo de 2021.

2) Imponer las costas a la demandante en los términos establecidos en el último

[...]

**REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS**

RECENSIÓN

Ana María BARRRACHINA ANDRÉS y Francisco Javier DURÁN GARCÍA (Coordinadores), *Práctica Local Contencioso-administrativa*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2022. ISBN: 978-84-7052-914-6

Para los abogados que nos dedicamos principalmente a litigar frente a las Administraciones Públicas, en especial frente a la Administración Local, y que, en algunas otras ocasiones, defendemos los intereses de la misma, esta publicación es y será una obra de referencia. Sin duda alguna. Se trata de un auténtico vademécum de Derecho Procesal Contencioso-administrativo local, tanto por su contenido didáctico, como por su vertiente práctica, lleno de ejemplos y de experiencias reales, que permiten, con precisión quirúrgica, conocer perfectamente los retos y complejos problemas procesales con los que se encuentra cada día el defensor de la Administración municipal, provincial y, en general, local.

Se trata de una obra dividida en 17 capítulos donde se analizan, de principio a fin, todas y cada una de las cuestiones significativas y problemáticas que plantea la jurisdicción contencioso-administrativa, pero se hace de un modo eminentemente práctico. Además, se complementa con útiles citas normativas y jurisprudenciales y con recomendaciones sobre *lex artis* y *mala praxis* procesal, incluyendo —para facilitar la labor del profesional litigante— numerosos formularios relativos a los principales escritos que se presentan ante los órganos jurisdiccionales durante la vida administrativa y procesal de un asunto, siendo estos formularios uno de los grandes valores añadidos de la obra. Por supuesto, tal como mandan los cánones actuales, la obra tiene su contrapartida digital a disposición de los profesionales; una herramienta que facilita enormemente la consulta inmediata y la accesibilidad a todos los contenidos y modelos.

Junto a lo indicado debe resaltarse una cualidad que, a nuestro juicio, sobresale por encima de las demás, y es el hecho de que esta obra ha sido elaborada por veintidós Letradas y Letrados públicos, todos ellos integrados en los servicios jurídicos de diferentes entidades locales (ayuntamientos, diputaciones provinciales, y consejos y cabildos insulares), con diferente tamaño y representativos de todos los puntos de la geografía española. Este grupo heterogéneo de profesionales han sabido trasladar al lector, de forma amena y muy útil, tanto sus conocimientos, adquiridos tras un duro proceso selectivo de acceso a la función pública, como sus estrategias procesales y de actuación forense, fruto de la dilatada y variada experiencia procesal a caballo entre las dos administraciones que interactúan en estos asuntos: la Administración local y la Administración de Justicia.

Y ahí consideramos que reside precisamente la clave de esta obra colectiva, pues si bien todos los y las profesionales de la abogacía en ejercicio podemos partir de una formación universitaria similar, los Letrados municipales poseen una visión procesal distinta e individualizada por su condición de funcionarios públicos, así como una alta especialización en derecho público local, distinción que no solemos poseer los

profesionales privados cuando accionamos frente a la Administración, incluso cuando somos contratados por ésta para la llevanza de sus asuntos litigiosos.

Esta publicación nos permite adentrarnos en las singularidades de la Administración local, comprendiendo mejor su funcionamiento interno y la forma de abordar la litigiosidad; una conflictividad cada vez más presente en este nivel de gobierno dada su cercanía con la ciudadanía y el incremento competencial que viene asumiendo paulatinamente. Y sobre este funcionamiento particular, debe destacarse igualmente el anexo final de la obra, donde se comprenden modelos de las comunicaciones internas y externas que se realizan desde los servicios jurídicos de la Administración, pues nos permite apreciar que las funciones de los Letrados públicos son transversales a toda la organización administrativa y que, en definitiva, ellos son nuestro punto de enlace con la misma durante la contienda judicial.

Por todo lo indicado, debe prestigiarse este indudable esfuerzo de comprensión y síntesis del saber de sus autores y autoras, quienes ponen a disposición del lector gran cantidad de explicaciones, datos, citas, modelos, ejemplos y enseñanzas. En definitiva, un libro muy recomendable como herramienta de consulta diaria, como punta de lanza para realizar una primera aproximación a los asuntos, y como brújula para enfocar la estrategia procesal en los procedimientos contencioso-administrativos.

La importancia de esta obra queda refrendada en las palabras del prólogo a la obra escrito por don Cesar Tolosa Tribiño, quien fuera Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y actual Magistrado del Tribunal Constitucional, a saber: *"Nos encontramos, ante un libro realizado por profesionales y para profesionales que ejercen ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, no sólo para aquellos que realizan su actividad al servicio de las Administraciones locales, para los cuáles constituye una indispensable herramienta de trabajo, sino, también, para todos aquellos que desde cualquier otro ámbito se relacionan con una jurisdicción compleja y muy especializada"*.

Cabe añadir que este libro es la continuación natural del primer libro editado por la Asociación de Letrados y Letradas de Entidades Locales de España (ALEL), que fue publicado en colaboración con Wolters-Kluwer bajo el nombre de "Manual sobre asesoramiento, defensa y representación de las Entidades Locales". Ahora con esta obra práctica, ALEL compendia la experiencia local en lo contencioso-administrativo y da un paso más en la divulgación del trabajo de los letrados locales, para su reconocimiento, y para su continua mejora. Seguro que no será el último.

Rafael D. AGULLÓ MATEU

Abogado

*Prof. Asociado Área de C. Política y de la Administración
Universidad de Alicante*

NORMATIVA DE INTERÉS

NORMATIVA DE INTERÉS

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

REGLAMENTO DEL PARLAMENTO DE CANARIAS

–EXTRACTO–

(Publicada en el *Boletín Oficial del Parlamento de Canarias*, núm. 167, de 3 de abril de 2023, y en el *Boletín Oficial de Canarias*, núm. 75, de 18 de abril de 2023)

Resolución de 3 de abril de 2023, de la Presidencia, por la que se ordena la publicación de la reforma del Reglamento del Parlamento de Canarias.

El Pleno del Parlamento, en sesión celebrada los días 28 y 29 de marzo de 2023, aprobó la reforma del Reglamento del Parlamento de Canarias.

De conformidad con lo establecido en el artículo 111 del Reglamento del Parlamento de Canarias, se ordena la publicación en el *Boletín Oficial del Parlamento* y en el *Boletín Oficial de Canarias*. [...]

Artículo único.

Se modifica el Reglamento del Parlamento de Canarias en la forma siguiente:

[...]

40. Se modifica el apartado 6 del artículo 139, que pasa a tener la siguiente redacción:

«6. Acto seguido, la Presidencia preguntará si la Cámara toma o no en consideración la proposición de ley de que se trate. En caso afirmativo, remitido en su caso el texto de la iniciativa al Consejo Municipal de Canarias para la emisión de su parecer en el plazo que fije la Mesa cuando la misma afectase de forma específica a la organización, competencias y financiación de los municipios y una vez evacuado el trámite de solicitud del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo, la Mesa de la Cámara acordará la apertura de un plazo de quince días para la presentación de enmiendas a la totalidad, sin que sean admisibles enmiendas de devolución.»¹

¹ El texto del artículo, tras la modificación, es el siguiente:

«Artículo 139

1. Las proposiciones de ley del Parlamento podrán ser adoptadas a iniciativa de:

1.º Un diputado o una diputada con la firma de otros cuatro miembros de la Cámara.

[...]

53. Se modifica el artículo 207, que pasa a tener la siguiente redacción:

«1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 43 f) del Estatuto de Autonomía de Canarias, el Pleno del Parlamento o, en su caso, la Diputación Permanente podrá adoptar por mayoría el acuerdo de interponer el recurso de inconstitucionalidad al que hacen referencia los artículos 161.1 a) de la Constitución y 32.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

2. A tal efecto, los grupos parlamentarios podrán presentar para su debate en el Pleno o, en su caso, en la Diputación Permanente propuestas motivadas para la adopción del acuerdo de interposición del recurso de inconstitucionalidad al que se refiere el apartado anterior. Con el objeto de que el Pleno pueda formar su voluntad con la información suficiente, el escrito motivado, que deberá estar firmado por quien ostente la portavocía del grupo parlamentario autor de la iniciativa, se dirigirá a la Mesa de la Cámara acompañado de los antecedentes y documentos necesarios, y habrá de concretar con claridad y precisión los preceptos de la ley, disposición o acto con fuerza de ley del Estado cuya impugnación se interesa, debiendo precisar igualmente las normas constitucionales o estatutarias que se consideren infringidas, así como las razones por las que considera el grupo proponente que las disposiciones o actos cuestionados vulneran el orden constitucional o estatutario.

3. Los grupos parlamentarios habrán de presentar la iniciativa a la que se refiere el apartado anterior a la mayor brevedad posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes a la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la ley,

2.º Un diputado o una diputada con la firma de quien ostente la portavocía de su grupo.

3.º Al menos, un grupo parlamentario con la sola firma de quien ostente la portavocía.

4.º Todos los grupos parlamentarios, conjuntamente, conforme a lo establecido en la sección II del capítulo III del presente título.

2. Ejercitada la iniciativa, la Mesa del Parlamento ordenará la publicación de la proposición de ley y su remisión al Gobierno para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración, así como su conformidad o no a la tramitación si implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios.

3. El Gobierno podrá manifestar su criterio hasta cuatro días antes de la fecha de celebración del debate plenario en cuyo orden del día figure la manifestación del parecer de la Cámara sobre la toma en consideración de la proposición de ley.

4. Transcurridos veinte días naturales sin que el Gobierno hubiera negado expresa y motivadamente su conformidad a la tramitación, la proposición de ley quedará en condiciones de ser incluida en el orden del día del Pleno para su toma en consideración.

5. Antes de iniciar el debate, se dará lectura al criterio del Gobierno, si lo hubiere. El debate se ajustará a lo establecido para los de primera lectura, correspondiendo a uno de los miembros de la Cámara o a un miembro del grupo parlamentario autor de la iniciativa su presentación y defensa ante el Pleno.

6. Acto seguido, la Presidencia preguntará si la Cámara toma o no en consideración la proposición de ley de que se trate. En caso afirmativo, remitido en su caso el texto de la iniciativa al Consejo Municipal de Canarias para la emisión de su parecer en el plazo que fije la Mesa cuando la misma afectase de forma específica a la organización, competencias y financiación de los municipios y una vez evacuado el trámite de solicitud del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo, la Mesa de la Cámara acordará la apertura de un plazo de quince días para la presentación de enmiendas a la totalidad, sin que sean admisibles enmiendas de devolución.»

disposición o acto con fuerza de ley del Estado cuya declaración de inconstitucionalidad se promueva.

4. De concurrir los requisitos de admisibilidad señalados en el presente artículo, y no observándose que la pretensión de interposición del recurso de inconstitucionalidad sea manifiestamente infundada, carente de motivación o extemporánea, la Mesa de la Cámara admitirá a trámite la propuesta de acuerdo y ordenará su publicación en el *Boletín Oficial del Parlamento de Canarias*, sin perjuicio de su traslado para su conocimiento a los restantes grupos parlamentarios y al Gobierno de Canarias. Asimismo, una vez adoptado por la Mesa, en su caso, el acuerdo de admisión a trámite de la propuesta de interposición del recurso de inconstitucionalidad, podrá esta recabar cuantos informes considere oportunos para su remisión a los grupos parlamentarios antes de la votación final de la iniciativa.

El acuerdo de admisión dispondrá recabar inmediatamente el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias, pudiendo la Mesa, a la vista de las circunstancias concurrentes, valorar la conveniencia de que en la solicitud de dictamen se haga constar su urgencia.

5. Una vez recibido en el Parlamento el dictamen, se unirá al expediente, disponiéndose la inmediata remisión de la iniciativa al Pleno de la Cámara o, en su caso, a la Diputación Permanente, cuya sesión habrá de celebrarse a la mayor brevedad posible.

6. Los grupos parlamentarios podrán presentar enmiendas a la propuesta de acuerdo de interposición del recurso de inconstitucionalidad hasta cuarenta y ocho horas antes del inicio de la sesión en cuyo orden del día figure el asunto en cuestión.

La Mesa de la Cámara procederá a su calificación y admisión a trámite, siempre que sean congruentes con el texto de la propuesta de acuerdo cuya modificación se pretenda.

7. El debate en sesión plenaria o, en su caso, de la Diputación Permanente se ajustará al siguiente procedimiento:

- a) Presentación de la propuesta de acuerdo de interposición por el grupo o grupos autores de la iniciativa.
- b) Defensa de las enmiendas presentadas, en su caso, a la propuesta de acuerdo.
- c) Intervención de los grupos parlamentarios no enmendantes.

Tras estas intervenciones, se procederá a la votación, en primer lugar, de las enmiendas presentadas.

A continuación, se someterá a votación la propuesta de acuerdo de interposición del recurso de inconstitucionalidad, que incorporará las enmiendas que hubieran resultado aprobadas.

8. El acuerdo de interponer el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional se entenderá adoptado si la iniciativa obtuviera el voto favorable de la mayoría de la Cámara.

9. Adoptado el acuerdo de interposición del recurso de inconstitucionalidad, este se publicará en el *Boletín Oficial del Parlamento de Canarias*, y por la Secretaría General se dispondrá lo necesario para su ejecución, mediante la personación y presentación de las alegaciones que técnicamente se consideren más oportunas para la defensa de los intereses de la Cámara ante el Tribunal Constitucional.

10. El Pleno del Parlamento, por mayoría, podrá adoptar acuerdo de desistimiento de un recurso de inconstitucionalidad previamente interpuesto, que habría de sustanciarse antes de que el Tribunal Constitucional señale fecha para deliberación y fallo.

Podrán presentarse propuestas de desistimiento por los grupos parlamentarios, debiendo la Mesa resolver sobre su admisibilidad.

11. Corresponde al Servicio Jurídico de la Cámara la redacción de los escritos de demanda y, en su caso, de desistimiento o cualquier otro que fuese necesario realizar en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos o que haya de interponer el Parlamento de Canarias.»

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

DECRETO LEGISLATIVO 1/2023, DE 28 DE FEBRERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA

–EXTRACTO–

(Publicado en el *Diario Oficial de Castilla-La Mancha*, núm. 45, de 6 de marzo de 2023)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Ley 1/2021, de 12 de febrero, de Simplificación Urbanística y Medidas Administrativas, en su Disposición Final Primera, autoriza al Consejo de Gobierno para que, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, elabore y apruebe un texto único del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística que incorpore las modificaciones introducidas en él por esta Ley.

Esta autorización tiene amparo legal en la facultad de delegación legislativa que se contempla en el artículo 9.2 a) del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto.

La autorización otorgada al Consejo de Gobierno para la refundición de los textos legales comprende la regularización, aclaración y armonización de las disposiciones legales objeto de la misma.

Asimismo, la Ley 1/2022, de 14 de enero, de Medidas Tributarias y Administrativas amplía dicha autorización a las modificaciones introducidas en el citado texto refundido por esa Ley y su plazo se proroga por 12 meses adicionales.

En su virtud, a propuesta de la Consejería de Fomento, oído el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y previa deliberación del Consejo de Gobierno, en su reunión del día 28 de febrero de 2023.

DISPONGO

Artículo único.

Se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, que se inserta a continuación.

Disposición derogatoria

Quedan derogados el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha; [...]; y todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la presente Ley.

[...]

Disposición final

El presente Decreto Legislativo y el Texto Refundido que aprueba entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de Castilla-La Mancha*.

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA DE CASTILLA-LA MANCHA

[...]

Artículo 39. *El régimen de la innovación de la ordenación establecida por los Planes.*

1. Cualquier innovación de las determinaciones de los Planes deberá ser establecida por la misma clase de Plan y observando el mismo procedimiento seguido para la aprobación de dichas determinaciones. Se exceptúan de esta regla las innovaciones derivadas de las modificaciones que pueden operar los Planes Parciales y Especiales, conforme a lo dispuesto en las letras B) b), a y b), y C) del apartado primero del artículo 17.

2. Toda innovación de la ordenación establecida por un Plan que aumente el aprovechamiento lucrativo privado de algún terreno o desafecte el suelo de un destino público, deberá contemplar las medidas compensatorias precisas para mantener la proporción y calidad de las dotaciones públicas previstas respecto al aprovechamiento, sin incrementar éste en detrimento de la mejor realización posible de los estándares legales de calidad de la ordenación.

3. La innovación de un Plan que comporte una diferente calificación, zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres anteriormente previstos, requerirá previo informe favorable de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo, el cual se referirá a su vez a todos los contenidos que deban ser objeto de informe por la consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística, así como dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

En estos supuestos, cuando la aprobación del citado instrumento urbanístico estuviese otorgada a las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio y Urbanismo, se entenderá que corresponde a la citada Comisión Regional.

4. Las alteraciones de los Planes que clasifiquen como suelo urbano o urbanizable el que previamente fuera rústico deberán cumplir lo dispuesto en los números 1 y 2 de este mismo artículo, previendo las obras de urbanización necesarias y las aportaciones al patrimonio público de suelo suplementarias para garantizar la especial participación pública en las plusvalías que generen.

5. La innovación de los Planes que legalice actuaciones urbanizadoras irregulares deberá satisfacer los principios rectores de la actividad urbanística y cumplir los estándares legales de calidad de la ordenación, requiriendo en todo caso previo informe favorable de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo, el cual se referirá a su vez a todos los contenidos que deban ser objeto de informe por la consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística.

En estos supuestos, cuando la aprobación del citado instrumento urbanístico estuviese otorgada a las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio y Urbanismo, se entenderá que corresponde a la citada Comisión Regional.

En el supuesto de actuaciones irregulares, autónomas, de carácter aislado y cuyo destino sea el turístico o de ocupación estacional y tipología predominante residencial unifamiliar de baja o muy baja densidad, las reservas mínimas de suelo con destino dotacional público previstas en la letra c) del número 1 del artículo 31 podrán ubicarse mediante la delimitación de ámbitos discontinuos siempre que se den las condiciones establecidas en el número 3 del mismo artículo.

6. Los Planes calificarán como suelo dotacional las parcelas cuyo destino efectivo precedente haya sido el uso docente o sanitario, salvo que, previo informe de la Consejería competente por razón de la materia, se justifique la innecesariedad del destino del suelo a tal fin, en cuyo caso se destinará éste a otros usos públicos o de interés social.

7. La aprobación de Planes que alteren la ordenación establecida por otros que hayan sido aprobados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sólo será posible si se cumplen las siguientes reglas:

a) Las nuevas soluciones propuestas para las infraestructuras, los servicios y las dotaciones correspondientes a la ordenación estructural han de mejorar su capacidad o funcionalidad, sin desvirtuar las opciones básicas de la ordenación originaria y deben cubrir y cumplir, con igual o mayor calidad y eficacia, las necesidades y los objetivos considerados en aquélla.

b) Son modificables, mediante Planes Parciales o Especiales de Reforma Interior de aprobación municipal las determinaciones correspondientes a la ordenación detallada previstas en el número 2 del artículo 24 y establecidas en el Plan de Ordenación Municipal en los correspondientes sectores y ámbitos de planeamiento.

Son modificables mediante Plan Parcial o Especial de Reforma Interior las determinaciones correspondientes a la ordenación estructural contempladas en el número 1 del artículo 24, excepto en los supuestos en los que proceda la revisión del Plan de Ordenación Municipal, previa aprobación inicial por el Ayuntamiento e informe preceptivo y vinculante de la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística, de acuerdo con lo establecido en el número 3 del artículo 38.

c) La nueva ordenación debe justificar expresa y concretamente cuáles son sus mejoras para el bienestar de la población, atendiendo a su diversidad, y fundarse en el mejor cumplimiento de los principios y fines de la actividad pública urbanística enunciados en el número 1 del artículo 6 y de los estándares legales de calidad.

8. Los Planes Parciales o Especiales de Reforma Interior modificatorios de los Planes de Ordenación Municipal deberán contener la documentación complementaria siguiente:

a) Justificación detallada de la modificación, en relación no sólo con el terreno directamente afectado, sino con el conjunto del sector o ámbito de reforma

interior, y su entorno inmediato, con especial referencia a las infraestructuras y dotaciones correspondientes a la ordenación estructural.

b) Planos de la ordenación detallada del sector o ámbito de reforma interior, y de sus inmediaciones, que demuestren gráficamente la mejora de la ordenación en un contexto espacial más amplio.

Si la propuesta implica variaciones en las infraestructuras o dotaciones correspondientes a la ordenación estructural, además, nuevo plano de la ordenación, a igual escala que el del Plan de Ordenación Municipal y referido a la total superficie del núcleo de población, barrio o unidad geográfica urbana afectada, existente o en proyecto, sin excluir sus ensanches potenciales.

c) Documento de Inicio, Informe de Sostenibilidad Ambiental y la Memoria Ambiental correspondientes, así como el resto de documentación establecida en la legislación ambiental, cuando sean legalmente exigibles.

9. Las modificaciones de cualquier Plan que afecten a la clasificación del suelo o al destino público de éste, deberán comprender la documentación prevista en el número anterior.

Todo Plan que altere sólo parcialmente otro anterior deberá acompañar un documento de refundición que refleje tanto las nuevas determinaciones como las que queden en vigor, a fin de reemplazar la antigua documentación.

[...]

Artículo 125 ter. Tramitación de las modificaciones de los Programas de Actuación Urbanizadora.

1. Las modificaciones de los Programas de Actuación Urbanizadora se acordarán en el seno del procedimiento que se regulará reglamentariamente y que, en todo caso, contendrá los siguientes trámites:

a) Audiencia al urbanizador y, en su caso, a la entidad avalista, por un plazo no inferior a diez días ni superior a quince para que pueda formular las consideraciones que tenga por conveniente. Igual plazo habrá de concederse a las personas propietarias y titulares de derechos comprendidos en el ámbito de actuación.

b) Informe técnico y jurídico de la administración actuante. Si la modificación comporta algún compromiso adicional para la administración, deberá obtenerse asimismo el correspondiente informe de fiscalización del servicio correspondiente de la administración actuante.

c) Dictamen favorable del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha cuando haya oposición a la misma o cuando la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, sea superior, en más o en menos, a un veinte por ciento de la inicialmente establecida, tributos excluidos.

2. Las modificaciones del Programa de Actuación Urbanizadora deberán formalizarse en documento administrativo y serán, en su caso, objeto de traslado a los instrumentos urbanísticos de ejecución correspondientes. Dicho documento constituirá título suficiente para acceder a cualquier registro público.

[...]

Artículo 179. Las actuaciones ilegales.

1. Las actuaciones que no se adecuen a la ordenación territorial y urbanística tendrán la consideración de actuaciones ilegales.

2. Las actuaciones ilegales estarán sujetas al procedimiento de legalización regulado en el artículo anterior, con las siguientes peculiaridades:

a) El requerimiento de legalización implicará la simultánea apertura del correspondiente procedimiento sancionador.

b) En ningún caso podrán legalizarse:

1) Las actuaciones ilegales realizadas en suelo rústico de protección, zonas verdes, espacios públicos o bienes de dominio público, servicio público o en bienes comunales.

2) Las realizadas en terrenos forestales protegidos o en espacios naturales, así como en terrenos rústicos que hayan perdido su masa arbórea en virtud de talas ilegales.

3. La existencia de acto administrativo legitimador de operaciones y actividades no será obstáculo para la adopción de las medidas previstas en la presente sección. En este caso, la Administración urbanística competente también podrá adoptar las medidas cautelares previstas en el número 4 del artículo 178.

Cuando el acto legitimador fuera una licencia o autorización urbanística, en el trámite de formulación del correspondiente proyecto de legalización el particular podrá alegar las razones o motivos y aportar las pruebas que justifiquen la correspondiente licencia o autorización urbanística. Recibidas dichas alegaciones, no podrá resolverse el expediente de legalización sino tras la emisión del informe del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que deberá dictaminar si la licencia o autorización urbanística que amparaba tales obras es nula de pleno derecho, a través del procedimiento de revisión de oficio, regulado en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Recibido el correspondiente informe, la Administración resolverá las alegaciones sobre la legalidad de la respectiva licencia o autorización urbanística, y la continuación, en su caso, del expediente de legalización. La tramitación del incidente de revisión de oficio no suspende la tramitación del procedimiento de legalización.

[...]

[...]

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

LEY 2/2023, DE 14 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 3/2014, DE 24 DE ABRIL, DEL CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

(Publicada en el *Diario Oficial de Galicia*, núm. 55, de 20 de marzo de 2023)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La experiencia estatutaria de funcionamiento del Consejo Consultivo de Galicia y la evolución normativa llevada a cabo en las distintas administraciones públicas aconsejan, por razones de eficiencia institucional, la actualización de ciertos aspectos instrumentales referidos al régimen jurídico del personal que integra este órgano consultivo.

Con la finalidad expresada, resulta aconsejable la tramitación de la reforma de la ley reguladora de la citada institución, la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia.

El presente texto legal se estructura en un artículo único y una disposición final.

La presente modificación introduce cambios en la composición de la Sección de Estudios e Informes del Consejo Consultivo de Galicia, con el objeto singular de contemplar las reglas aplicables para la cobertura de la ausencia entre las personas designadas como consejeras y consejeros natos, entre ellas las personas que ejercieron la presidencia del Gobierno de la Xunta de Galicia, habida cuenta de que, en la actualidad, ninguna de las mismas forma parte de la institución.

También introduce novedades en el ámbito de la transparencia, como es la necesidad de dar publicidad de los informes elaborados por la Sección de Estudios e Informes, que en la actualidad no son objeto de publicación, con la única salvedad de aquellos casos en que la Administración solicite su carácter confidencial o reservado.

Por otra parte, se modifica la normativa para otorgar preferencia al uso de medios electrónicos y para contemplar la posibilidad de la comparecencia para formular alegaciones a través de la sede electrónica, dando un reconocimiento específico a esta posibilidad que ya está prevista en la normativa básica y en el procedimiento administrativo común y que además constituye, con el avance de las nuevas tecnologías, uno de los medios más habituales de relacionarse con la Administración.

En lo relativo al personal al servicio del Consejo, se contempla la posibilidad de aprobar un sistema transitorio de carrera profesional, con una previsión similar a la establecida para el personal de otros órganos autonómicos como el Consejo de Cuentas, el Valedor del Pueblo o el Parlamento de Galicia. Finalmente, es preciso adaptar la ley a las modificaciones operadas por la Ley 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación, por la cual se suprime el cuerpo de letrados del Consejo

Consultivo, en línea con la integración del personal funcionario del cuerpo de letrados del Consejo Consultivo de Galicia en la escala de letrados de la Xunta de Galicia.

Por todo lo expuesto, el Parlamento de Galicia aprobó y yo, de conformidad con el artículo 13.2 del Estatuto de Autonomía de Galicia y con el artículo 24 de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, de normas reguladoras de la Xunta y de su Presidencia, promulgo en nombre del rey la Ley por la que se modifica la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia.

Artículo único. *Modificación de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia.*

La Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia, queda modificada como sigue:

Uno. El número 1 del artículo 21 queda con la siguiente redacción:

«1. La Sección de Estudios e Informes estará compuesta por la persona titular de la Presidencia del Consejo, quien la presidirá, por una consejera o consejero electivo, que será designado/a anualmente por el Pleno a propuesta de la Presidencia del Consejo, y por las consejeras o consejeros natos.

En caso de que no existieran consejeras o consejeros natos, la Sección de Estudios e Informes estará compuesta por la personal titular de la Presidencia del Consejo, que la presidirá, y por dos consejeras o consejeros electivos/os, cuya designación se hará anualmente por el Pleno a propuesta de la Presidencia del Consejo. Si durante el mandato de la Sección de Estudios e Informes así constituida se produjese un nombramiento de consejeras o consejeros natos, pasarán a formar parte de la misma de manera automática, sin que este nombramiento determine el cese de una consejera o consejero electivos.

Una vez finalizado el mandato anual, se procederá a la renovación de la Sección en la forma prevista en el párrafo primero de este artículo, en caso de que existieran consejeras o consejeros natos, y en la forma prevista en el párrafo segundo, en caso contrario».

Dos. Se añade un número 5 al artículo 21 con la siguiente redacción:

«5. Los informes se publicarán transcurrido un mes desde su aprobación, salvo cuando la Administración que formule la consulta solicite expresamente que no sean objeto de publicación».

Tres. El artículo 26 queda con la siguiente redacción:

«Artículo 26. *Audiencias.*

Las personas o entidades directamente interesadas en los asuntos motivadores de las consultas pueden formular alegaciones ante el Consejo, por acuerdo de este, adoptado de oficio o a petición de aquellas, en los términos previstos en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común. El trámite de alegaciones se verificará preferentemente a través de medios electrónicos y, en todo caso, cuando se trate de personas obligadas a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas».

Cuatro. El artículo 27 queda con la siguiente redacción:

«Artículo 27. Medios electrónicos.

La comunicación y remisión de informes, propuestas normativas y dictámenes elaborados por el Consejo Consultivo de Galicia se realizará a través de medios electrónicos, en cumplimiento de las prescripciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público; y el Real decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, además de cumplir en este caso con el objetivo de minimizar el gasto en papel, impulsar las nuevas tecnologías y agilizar el funcionamiento de este órgano».

Cinco. El número 1 del artículo 30 queda con la siguiente redacción:

«Artículo 30. Personal letrado.

1. El Consejo Consultivo está asistido por personal letrado, dependiente orgánica y funcionalmente del mismo, al cual corresponde, bajo la dirección y responsabilidad de la Presidencia o de las consejeras y consejeros, las funciones del estudio de los asuntos sometidos a consulta del Consejo, la preparación y redacción de los correspondientes proyectos de dictámenes, informes o propuestas y las demás funciones adecuadas a su condición que le atribuya el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo. El número de plazas de personal letrado se determinará en la relación de puestos de trabajo».

Seis. Se añade una disposición transitoria cuarta, con la siguiente redacción:

«Disposición transitoria cuarta. Sistema transitorio de reconocimiento de la progresión en la carrera administrativa.

En tanto no se implante un sistema de carrera profesional en el Consejo Consultivo de Galicia, se establecerá, para todo el personal que preste servicios en el órgano, un sistema transitorio de reconocimiento de progresión en la carrera administrativa que permita al personal progresar de manera voluntaria e individualizada y que promueva su actualización y el perfeccionamiento de su cualificación profesional.

El Consejo Consultivo de Galicia establecerá los criterios necesarios para la aplicación del sistema transitorio previsto en esta disposición, incluidos, entre otros, el procedimiento y los requisitos para el acceso a dicho sistema y para el cobro de la retribución adicional. Cuando se implante el sistema de carrera profesional en el Consejo Consultivo, se tendrá en cuenta el desarrollo profesional alcanzado en aplicación de la presente disposición».

Disposición final única. Entrada en vigor.

La presente ley entrará en vigor a los quince días de su publicación en el *Diario Oficial de Galicia*.

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL

Se inserta a continuación la información actualizada de la composición del Consejo de Estado y del resto de órganos consultivos.

CONSEJO DE ESTADO

Presidenta

Excma. Sra. D.^a Carmen Calvo Poyato

Consejeros y Consejeras permanentes

Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón

Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Excma. Sra. D.^a Paz Andrés Sáenz de Santa María

Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret

Excmo. Sr. D. Alberto Aza Arias

Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego

Excma. Sra. D.^a María Teresa Fernández de la Vega Sanz

Excmo. Sr. D. Enrique Alonso García

Excma. Sra. D.^a María Luisa Carcedo Roces

Consejeros natos y Consejeras natas

Excmo. Sr. D. Santiago Muñoz Machado

Excmo. Sr. D. Benigno Pendás García

Excmo. Sr. D. Manuel Pizarro Moreno

Excmo. Sr. D. Antón Costas Comesaña

Excmo. Sr. D. Teodoro Esteban López Calderón

Excma. Sra. D.^a Victoria Ortega Benito

Excmo. Sr. D. Antonio Pau Pedrón

Excma. Sra. D.^a Consuelo Castro Rey

Excmo. Sr. D. Pablo Hernández de Cos

Consejeros electivos y Consejeras electivas

Excmo. Sr. D. Juan Carlos Rodríguez Ibarra

Excmo. Sr. D. José María Michavila Núñez

Excma. Sra. D.^a María Emilia Casas Baamonde

Excmo. Sr. D. Jordi Guillot i Miravet

Excma. Sra. D.^a Elisa Pérez Vera

Excma. Sra. D.^a María Soraya Sáenz de Santamaría Antón

Excma. Sra. D.^a Elena Valenciano Martínez-Orozco

Excmo. Sr. D. Francisco Javier Losada de Azpiazu

Excmo. Sr. D. Pedro María Sanz Alonso

Excmo. Sr. D. Juan Carlos Aparicio Pérez

Secretaria General

Excma. Sra. D.^a Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos

**CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE LA
GENERALITAT DE CATALUNYA**

Presidente

Hble. Sr. D. Joan Vintró Castells

Consejeros y Consejeras

Ilustre Sra. D.^a M^a Jesús Larios Paterna, vicepresidenta

Ilustre Sra. D.^a Margarida Gil i Domènech, consejera-secretaria

Ilustre Sr. D. Enoch Albertí i Rovira

Ilustre Sra. D.^a Mercè Barceló i Serramalera

Ilustre Sra. D.^a Montserrat Rosell Martí

Ilustre Sra. D.^a Eva Pons i Parera

Ilustre Sr. D. Francesc Esteve i Balagué

Ilustre Sr. D. Eduard Roig Molés

**COMISSIÓ JURÍDICA ASSESSORA DE LA GENERALITAT DE
CATALUNYA**

Presidente

D. Jaume Vernet i Llobet

Vocales

D.^a Esther Arroyo i Amayuelas

D.^a Meritxell Barnola Sarri

D. Agustí Cerrillo i Martínez

D. Lluís Maria Corominas i Díaz

D.^a Silvia Grau Beltrán

D.^a Maria Mercè Darnaculleta i Gardella

D.^a Judith Gifreu i Font

D. Francesc Homs i Molist

D. Albert Lamarca i Marquès

D. Marc Marsal i Ferret

D. Carles Mundó i Blanch

D.^a Montserrat Peretó Garcia

D. Joan Ridao i Martín

D. Miquel Sàmper i Rodríguez

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

Presidente

Excmo. Sr. D. Pablo Matos Mascareño

Consejeros y Consejeras

Excmo. Sr. D. Luis Fajardo Spínola

Excma. Sra. D.^a María Rosa de Haro Brito

Excmo. Sr. D. José Suay Rincón

Excmo. Sr. D. Alfredo Belda Quintana

Excma. Sra. D.^a Estella María Marrero Sánchez

Excma. Sra. D.^a Cristina de León Marrero, consejera-secretaria

Letrada Mayor accidental

Ilma. Sra. D.^a Begoña Delgado Castro

CONSELL CONSULTIU DE LES ILLES BALEARS

Presidente

D. Felio José Bauzá Martorell

Consejera secretaria

D.^a María Virtudes Marí Ferrer

Consejeros y Consejeras

D. José Argüelles Pintos
D. Jorge Sainz de Baranda Brünbeck
D.^a Antonia María Perelló Jorquera
D. Andrés Buades de Armenteras
D. Antonio José Diéguez Seguí
D.^a María de los Ángeles Berrocal Vela
D.^a Lourdes Aguiló Bennassar
D.^a María Ballester Cardell

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Presidenta

Excma. Sra. D.^a María Jesús Gallardo Castillo

Consejeros electivos y Consejeras electivas

Ilma. Sra. D.^a Eva Blanco Argente del Castillo

Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Carrillo Donaire

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lara Peláez

Ilmo. Sr. D. Miguel Olmedo Cardenete

Ilma. Sra. D.^a Eloisa Pérez de Andrés

Ilma. Sra. D.^a Ana Pérez Vallejo

Consejeros electivos y Consejeras electivas con dedicación exclusiva

Ilmo. Sr. D. Antonio Dorado Picón

Ilmo. Sr. D. Luis Manuel García Navarro

Ilmo. Sr. D. Diego Martín Reyes

Ilma. Sra. D.^a María del Carmen Mingorance Gosálvez

Ilma. Sra. D.^a María del Mar Moreno Ruiz

Ilma. Sra. D.^a María Luisa Roca Fernández-Castanys

Consejeros natos y consejera nata

Ilma. Sra. D.^a María Luisa Ceballos Casas

Excmo. Sr. D. Leandro Cabrera Mercado

Ilmo. Sr. D. Rafael López Cantal

Ilma. Sra. D.^a María Dolores Pérez Pino

Excma. Sra. D.^a Ana Tárrago Ruiz

Secretaría General

D.^a María Angustias Linares Rojas

**CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT
VALENCIANA**

Presidenta

Hble. Sra. D.^a Margarita Soler Sánchez

Consejeros electivos y consejeras electivas

Ilmo. Sr. D. Enrique Fliquete Lliso

Ilma. Sra. D.^a M.^a Carmen Pérez Cascales

Ilmo. Sr. D. Joan Carles Carbonell Mateu

Ilmo. Sr. D. Javier de Lucas Martín

Ilma. Sra. D.^a Fernanda María Lapresta Gascón

Secretario General

Ilmo. Sr. D. Joan Tamarit i Palacios

CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN

Presidente

D. Xavier de Pedro Bonet

Consejeros y consejeras

D. Gerardo García-Álvarez García

D. Jesús Lacruz Mantecón

D.^a Virginia Laguna Marín-Yaseli

D.^a Gloria Melendo Segura

D.^a Cristina Moreno Casado

D. Ignacio Salvo Tambo

D. Fernando López Ramón

D.^a Cristina Sanromán Gil

CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA

Presidente

Excmo. Sr. D. José Ignacio Pérez Sáenz

Consejeros y consejeras

Ilma Sra. D.^a Amelia Pascual Medrano

Ilma Sra. D.^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta

Ilma. Sra. D.^a M.^a Belén Revilla Grande

Letrado-Secretario General

Ilmo. Sr. D. Ignacio Serrano Blanco

CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA

Presidente

Excmo. Sr. D. José Luis Costa Pillado

Consejeros y consejera

Excmo. Sr. D. Ignacio de Loyola Aranguren Pérez

Excmo. Sr. D. José Antonio Fernández Vázquez

Excmo. Sr. D. Alberto Souto Souto

Excma. Sra. D.^a Nora María Martínez Yáñez

Secretario General

Ilmo. Sr. D. José Ángel Oreiro Romar

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

Presidente

Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Irizar Ortega

Consejeros electivos y consejera electiva

Excmo. Sr. D. Antonio Conde Bajén

Excmo. Sr. D. Sebastián Fuentes Guzmán

Excmo. Sr. D. José Miguel Mendiola García

Excma. Sra. D.^a Araceli Muñoz de Pedro

Secretaría General

Ilmo. Sr. D. Juan Luis Ramos Mendoza

CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA

Presidente

Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén

Consejeros

Excmo. Sr. D. Luis Alberto Gálvez Muñoz

Excmo. Sr. D. Salvador Pérez Alcaraz

Excma. Sra. D.^a Blanca Soro Mateo

Letrado-Secretario General

D. Manuel María Contreras Ortiz

CONSEJO CONSULTIVO DE NAVARRA

Presidente

Excmo. Sr. D. Alfredo Irujo Andueza

Consejero-Secretario

Ilmo. Sr. D. Hugo López López

Consejeros y Consejera

Ilma. Sra. D.^a M.^a Ángeles Egusquiza Balmaseda

Ilmo. Sr. D. José Luis Goñi Sein

Ilmo. Sr. D. José Iruretagoyena Aldaz

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

Presidente

D. Sabino Torre Díez

Vicepresidente

D. Xabier Unanue Ortega

Vocales

D.^a M.^a Teresa Astigarraga Goenaga.

D. Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo.

D.^a Fátima Saiz Ruiz de Loizaga.

D. Iñaki Calonge Crespo.

D.^a M.^a Jesús Urkiola Mendibil.

D.^a M.^a Lourdes Pérez Ovejero.

D.^a Mirari Erdaide Gabiola.

D.^a Jaione Juaristi Sánchez.

Secretario

D. Jesús M.^a Alonso Quilchano

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN

Presidente

D. Agustín S. de Vega

Consejero electivo y Consejera electiva

D. Francisco Ramos Antón

D.^a María del Valle Ares González

Consejero nato

Excmo. Sr. D. Juan Vicente Herrera Campo

CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

Presidenta

D.^a Begoña Sesma Sánchez

Vocales

D.^a María Isabel González Cachero

D. Jesús Enrique Iglesias Fernández

D.^a Dorinda García García

D. Pablo Baquero Sánchez

Secretario General

D. Agustín Iriondo Colubi

COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA

Presidente

D. Javier de Manueles Muñoz

Vocales

D.^a M.^a José Rubio Cortés

D. José Luis Martín Peyró

D.^a Marina Godoy Barrero

D.ª M.ª Josefa Guerrero Hernández

Letrado-Secretario

D. Salvador Mateos Sánchez

Letrado-Secretario suplente

D. Javier Gaspar Nieto

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Presidenta

Ilma. Sra. D.ª Rocío Guerrero Ankersmit

Vicepresidenta

D.ª Ana Sofía Sánchez San Millán

Secretaria

D.ª Carmen Cabañas Poveda

Letrados y Letradas vocales

D.ª Rosario López Ródenas

D. Francisco Javier Izquierdo Fabre

D.ª Silvia Pérez Blanco

D. Carlos Hernández Claverie

D. Javier Espinal Manzanares

ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO DE LA *REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA*

Antonio Domínguez Vila, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de La Laguna y abogado. Secretario de Administración Local, categoría Superior, excedente. Administrador General de la CA de Canarias, excedente. Director de la sede de Tenerife de la UIMP.

Ha sido Secretario General Técnico de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias. Coordinador del área de Derecho Constitucional de la Universidad de La Laguna.

Tomás Ramón Fernández Rodríguez, Catedrático emérito de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Con anterioridad lo fue de la Universidad del País Vasco y de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, de la que fue elegido Rector en 1977. Ha sido profesor invitado en la Universidad de París X y en la Universidad Nacional de Buenos Aires, de la que fue nombrado Doctor honoris causa en 2016.

Es autor, junto con el Profesor García de Enterría de un Curso de Derecho Administrativo, que se viene publicando ininterrumpidamente desde 1974 (20ª edición, 2022) y también de un Manual de Derecho Urbanístico (26ª edición, 2019), además de otras treinta monografías.

Ha sido Consejero de Estado, Consejero del Banco de España y patrono del Museo del Prado. Es Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, desde 2004 y en la actualidad ejerce como Abogado en Madrid.

Rafael Fernández Valverde, ha sido Magistrado, habiendo desarrollado gran parte de su actividad judicial entre Madrid y Canarias.

Los últimos veinte años estuvo destinado en Sala Tercera del Tribunal Supremo donde ha presidido las Sección de Derecho Tributario así como de Urbanismo y Medio Ambiente. En dos ocasiones ha formado parte del Consejo General del Poder Judicial, a propuesta, respectivamente, del Senado y del Congreso de los Diputados.

Impartió, e imparte, docencia (Grado y Másteres) en diversas universidades y ha realizado estancias de colaboración internacional en el Consejo de Estado de Francia, en el Consejo de Estado de Bélgica, en la Corte de Casacione de Italia, en la Corte Suprema de Perú y en el Tribunal Medioambiental de Santiago de Chile

Tras pasar a la condición de Magistrado emérito del Tribunal Supremo se ha incorporado como Consejero al Despacho de Abogados Montero Aramburu.

Es autor de más de sesenta publicaciones individuales y colectivas habiendo dictado innumerables conferencias, en España y el extranjero, e intervenido en incontables Jornadas, Congresos y Seminarios. Recientemente ha publicado el libro “Urbanismo judicial: Jurisprudencia para la ciudad del futuro”..

Ignacio Granado Hijelmo

Doctor Derecho y en Derecho Canónico. Letrado de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Jefe de la Asesoría Jurídica del Gobierno de La Rioja entre 1982 y 1996.

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Secretario General Letrado del Consejo Consultivo de La Rioja desde mayo de 1995 hasta a abril de 1996, y desde 2001 a 2021, siendo Presidente de esta Institución entre abril de 1996 y julio de 2001. Es autor de numerosas publicaciones, entre las que figuran más de 50 artículos en revistas científicas del ámbito jurídico y seis monografías

Francisco José Villar Rojas, Catedrático de Derecho Administrativo y Director del Máster en Derecho Urbanístico de la Universidad de La Laguna. Ha desempeñado los cargos de Director del Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas y miembro del Consejo de Gobierno de la Universidad. Su labor de investigación, de la que dan cuenta sus numerosas publicaciones, se centra en una diversidad de materias tales como el derecho administrativo general, el derecho público económico, el derecho urbanístico, la contratación pública, el derecho autonómico y local o el derecho sanitario; entre ellas, *El Derecho Administrativo Transitorio* (2023). Asimismo ha realizado tareas de asesoramiento para Administraciones públicas y entidades privadas, incluyendo la redacción de disposiciones normativas, entre otras, la Ley del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias. Ha sido Magistrado suplente de la Sala de lo contencioso-administrativo de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de Canarias; y formó parte del Comité de Expertos para la reforma de las Administraciones Públicas de Canarias.

CONSEJO DE REDACCIÓN DE LA REFC

Margarita Soler Sánchez

Presidenta del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universitat de València.

Enrique F. Fliquete Lliso

Consejero del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Abogado. Doctor en Derecho.
Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universitat de València.

M^a Carmen Pérez Cascales

Consejera del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Abogada.

Joan Carles Carbonell Mateu

Consejero del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de València.

Javier de Lucas Martín

Consejero del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Catedrático de Filosofía del Derecho, de la Universitat de València.
Senador en la XIII legislatura.

Fernanda María Lapresta Gascón

Consejera del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Abogada.

Francisco Camps Ortiz

Consejero nato del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Expresidente de la Generalitat Valenciana.
Doctor en Derecho.

Joan Tamarit i Palacios

Secretario General del Consell Jurídic Consultiu 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 del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Federico Fernández Roldán

Técnico Superior de la Generalitat Valenciana.

Ex Consejero del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Faustino de Urquía Gómez

Magistrado emérito de la Audiencia Provincial de Alicante.

Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Asunción Ventura Franch

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universitat Jaume I de Castelló.

Consejera emérita del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Secretario:

Fernando García Mengual

Letrado de les Corts Valencianes. 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 LAS AUTORAS Y 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 soporte electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: refc@gva.es

3. Formato. Los originales deberán de usar la "Fuente – Times New Roman; tamaño – 10 pto." y además, las propiedades de los párrafos de los originales deberán de tener las siguientes características: "Interlineado – Sencillo" y "Espaciado – Posterior – 6 pto.". La extensión total no deberá superar las 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/a o autores/as, 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/a, 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/a 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/a 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/as 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/a o autores/as 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/as. La publicación de los diferentes artículos no implica adhesión ni conformidad de la REFC con las opiniones mantenidas por los autores/as.