CONSEJO DE ESTADO

DOCTRINA LEGAL

2023

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

DOCTRINA LEGAL

2023

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2025

Primera edición: diciembre de 2025.

Edición disponible en formato impreso y digital.
En la versión electrónica, los dictámenes enlazados se distinguen mediante un icono que indica la presencia de vínculos activos.

© Consejo de Estado y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

https://cpage.mpr.gob.es

NIPO: 144-25-196-6 (edición en papel)
144-25-195-0 (edición en línea, PDF)
144-26-004-5 (edición en línea, ePUB)
ISBN: 978-84-340-3114-2
Depósito legal: M-26579-2025

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

Páginas

1. INTRODUCCIÓN 11

2. CONSEJO DE ESTADO 13

2.1 Autoridades consultantes 13
2.2 Organización y competencias 14
2.3 Consultas preceptivas. 17
2.4 Consultas facultativas. 17
2.5 Aspectos procedimentales 19

2.5.1 Expediente remitido 19
2.5.2 Declaraciones de urgencia 21

3. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO 23

3.1 La Constitución 23

3.1.1 Derechos fundamentales y libertades públicas 23
3.1.2 Distribución de competencias 23

3.1.2.1 Cuestiones generales 23
3.1.2.2 Exclusivas del Estado. 24
3.1.2.3 Conflictos de competencia y recursos de inconstitucionalidad 26

3.2 Derecho de la Unión Europea 34
3.3 Tratados internacionales. 37

3.3.1 Tratados de carácter político 37
3.3.2 Tratados de carácter militar 40
3.3.3 Tratados que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales 41
3.3.4 Tratados que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública 43

Páginas

3.3.5 Tratados que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución 44
3.3.6 Tratados del artículo 94.2 CE 50
3.3.7 Reservas, enmienda, modificación y terminación 55

3.4 Real Decreto-Ley 56
3.5 Reglamentos 57

3.5.1 Cuestiones generales 57
3.5.2 Potestad reglamentaria 64

3.5.2.1 Titulares de la potestad reglamentaria 67
3.5.2.2 Habilitación *per saltum* 72

3.5.3 Reserva de ley y jerarquía normativa 76
3.5.4 Vigencia y eficacia 78
3.5.5 Modificación 80

4. TÉCNICA NORMATIVA 87

4.1 Cuestiones generales 87

4.1.1 Principios de buena regulación 92
4.1.2 Planificación normativa 94

4.2 Contenido de los proyectos 95

4.2.1 Preámbulo y exposición de motivos 95
4.2.2 Título 96
4.2.3 Articulado 98
4.2.4 Disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales . . . 100

4.3 Procedimiento de elaboración 105

4.3.1 Cuestiones generales 105
4.3.2 Audiencia e información pública 109
4.3.3 Informes y aprobación previa 109
4.3.4 Memoria del análisis de impacto normativo 113
4.3.5 Impacto económico y presupuestario 117
4.3.6 Otros impactos 122
4.3.7 Evaluación *ex post* 124

5. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 131

5.1 Principios 131

5.1.1 Coordinación 131
5.1.2 Suficiencia de medios 134
5.1.3 Confianza legítima 135

Páginas

5.2 Administración General del Estado 136
5.2.1 Gobierno en funciones 137
5.3 Administración institucional 139
5.3.1 Agencias independientes 139
5.4 Administración corporativa 140
5.4.1 Colegios profesionales 142

6. EMPLEADOS PÚBLICOS 149
6.1 Personal al servicio de la Administración de Justicia 149

7. ACTOS ADMINISTRATIVOS 151
7.1 Notificación 151
7.2 Nulidad de actos administrativos. Causas 158
7.2.1 Lesión de derechos fundamentales 158
7.2.2 Incompetencia manifiesta 160
7.2.3 Acto de contenido imposible 161
7.2.4 Prescindir total y absolutamente del procedimiento 165
7.2.5 Carecer de requisitos esenciales 168

8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO 171
8.1 Cuestiones generales 171
8.2 Órganos y competencias de la Administración 172
8.3 Relación electrónica con la Administración 172
8.4 Plazos de tramitación 175
8.5 Silencio administrativo 176
8.6 Finalización del procedimiento 177

9. REVISIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA 179
9.1 Revisión de oficio 179
9.1.1 Cuestiones generales 179
9.1.2 Disposiciones y actos nulos 183
9.1.2.1 Causas 183
9.1.2.2 Procedimiento 192
9.1.3 Revocación de actos 192

Páginas

9.2 Recurso extraordinario de revisión 193

9.2.1 Cuestiones generales 193
9.2.2 Error de hecho 195
9.2.3 Documentos de valor esencial 196

10. CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 199

10.1 Cuestiones generales 199

10.1.1 Principio de riesgo y ventura 199
10.1.2 Régimen de invalidez 203

10.2 Preparación de los contratos 203
10.3 Ejecución de los contratos 204
10.4 Modificación de los contratos 204
10.5 Suspensión del contrato 205
10.6 Extinción de los contratos 206
10.7 Subcontratación 208
10.8 Contratación irregular 209

11. AUTORIZACIONES, CONCESIONES Y DECLARACIONES RESPONSABLES. TÍTULOS NOBILIARIOS 219

11.1 Autorizaciones de cambio de apellidos 219
11.2 Concesiones 221

11.2.1 Cuestiones generales 221
11.2.2 De dominio público 222

11.3 Declaraciones responsables 226
11.4 Títulos nobiliarios 227

12. TRANSACCIÓN, ARBITRAJE Y MEDIACIÓN 233

12.1 Arbitraje y mediación 233

13. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 235

13.1 Cuestiones generales 235

13.1.1 Requisitos 239
13.1.2 Vías específicas 239
13.1.3 Responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas 240

13.2 Lesión 243

13.2.1 Cuestiones generales 243

Páginas

13.2.2 Efectividad del daño 244
13.2.3 Anulación de disposiciones o resoluciones administrativas . . . 248
13.2.4 Demoras 251

13.3 Relación de causalidad e imputación 252

13.3.1 Cuestiones generales 252
13.3.2 Imputación subjetiva y objetiva a la Administración 260
13.3.3 Concurrencia de causas 265

13.4 Fuerza mayor 268
13.5 Antijuridicidad 269

13.5.1 Deber jurídico de soportar 270
13.5.2 Conocimiento de la ciencia o de la técnica 275

13.6 Procedimiento de responsabilidad patrimonial 276

13.6.1 Competencia 276
13.6.2 Legitimación 278
13.6.3 Plazo de prescripción 281

13.6.3.1 Momento inicial del cómputo 283
13.6.3.2 Interrupción 300

13.7 Indemnización 302

14. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR 303

14.1 Cuestiones generales 303
14.2 Responsabilidad por actuación del Defensor del Pueblo 306

15. RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA 309

15.1 Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia 309

15.1.1 Cuestiones generales 309
15.1.2 Procedimiento 309

15.1.2.1 Plazo de prescripción 309

15.1.3 Supuestos concretos 311

15.1.3.1 Dilaciones indebidas 311
15.1.3.2 Depósito, custodia y conservación 315
15.1.3.3 Resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia 316
15.1.3.4 Otros 316

Páginas

15.1.4 Relación de causalidad 320
15.1.5 Perjuicio e indemnización 322

15.2 Error judicial 326
15.3 Prisión preventiva 326

15.3.1 Procedimiento 326
15.3.2 Requisitos 336
15.3.3 Indemnización 341

16. RÉGIMEN SANCIONADOR 345

16.1 Principios 345

16.1.1 Legalidad 345
16.1.2 *Non bis in idem* 346

16.2 Procedimiento 347

17. TIPOLOGÍA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA 349

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina legal del Consejo de Estado de España ha sido siempre una fuente principal para la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico español y europeo. Sus dictámenes han sido tradicionalmente considerados como una expresión cualificada del saber jurídico administrativo y una guía orientadora para el legislador, la administración pública y los tribunales. Para el Consejo de Estado, la recuperación y puesta al día de la publicación de su doctrina implica no solo un retorno a su función consultiva originaria, sino también una revalorización de su autoridad y de su papel dentro del sistema jurídico.

Este ha sido el objetivo que ha estimulado a quienes han participado en la elaboración de la Doctrina Legal 2023, trabajos que han corrido a cargo de una ponencia especial presidida por la consejera presidenta de la Sección 3.ª, Excma. D.ª Paz Andrés Sáenz de Santa María e integrada por el Letrado Mayor D. Víctor Torre de Silva y López de Letona y los Letrados D. Rafael Jover Gómez-Ferrer, D.ª Noemí Gámez Moll y D. Fernando Martín Arribas.

Asimismo, el Consejo de Estado ha contado con la colaboración del *Boletín Oficial del Estado,* que ha estado presente siempre en la difusión de la doctrina del supremo órgano consultivo y cuya participación se ha visto reforzada por el protocolo de colaboración firmado el 20 de febrero de 2025 con la Agencia Estatal. Esta obra se beneficia de ese esfuerzo compartido.

Como presidenta, me complace agradecerles a todas ellas y todos ellos su dedicación y felicitarles por esta publicación, que sirve al interés general y al fortalecimiento del Estado de Derecho y da debido cumplimiento a la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

La teoría del Derecho distingue entre fuentes formales y fuentes materiales o auxiliares, que, sin ser vinculantes, influyen en la producción, interpretación y aplicación del Derecho. El Consejo de Estado, como supremo órgano consultivo del Gobierno, se inscribe en estas fuentes y su doctrina, entendida como el conjunto de criterios interpretativos y valoraciones jurídicas contenidas en sus dictámenes, ha ejercido históricamente una notable influencia doctrinal y jurisprudencial. Su valor se relaciona estrechamente con la concepción del Derecho como un sistema normativo abierto, caracterizado por la necesidad de interpretación constante. El Derecho no se agota en las normas positivas, sino que requiere de operadores ju-

rídicos con autoridad interpretativa para clarificar las discrepancias, cerrar lagunas o precisar el alcance de las disposiciones normativas.

En este marco, el Consejo de Estado actúa como un intérprete cualificado, cuyas observaciones poseen una solvencia técnica fundada en su reputación, capital intelectual y trayectoria.

La doctrina del Consejo de Estado tiene implicaciones prácticas y teóricas relevantes. En términos prácticos, supone revitalizar un acervo doctrinal que ha contribuido históricamente a dotar de coherencia al sistema administrativo español. A menudo, esta doctrina ha anticipado desarrollos normativos y jurisprudenciales, ofreciendo soluciones innovadoras y ponderadas a problemas jurídicos complejos y ha reafirmado la importancia del diálogo institucional en el derecho, en el que distintos órganos –judiciales, administrativos y consultivos– colaboran en la tarea de construcción del sentido jurídico.

Además, la doctrina es proactiva, anticipa y hace previsibles a las autoridades consultantes y a los operadores jurídicos el criterio jurídico y de oportunidad del Consejo de Estado, previniendo los errores administrativos, las observaciones del Consejo y las demoras que ocasionan en la finalización de los procedimientos. La doctrina es una contribución estimable del Consejo de Estado a la buena administración que proclama la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y que es reconocida sistemáticamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Supremo.

Como señala la teoría deliberativa del derecho, la legitimidad de las normas jurídicas no depende solo de su procedencia formal, sino también de su justificación racional en el marco de un debate institucionalizado. Los dictámenes del Consejo, al exponer detalladamente argumentos jurídicos, analizar antecedentes, valorar consecuencias jurídicas y sugerir alternativas normativas, enriquecen este debate y fortalecen la racionalidad del sistema.

Con esta recopilación y publicación de su doctrina, el Consejo de Estado realiza un notable esfuerzo institucional para preservar una cultura jurídica que valore el conocimiento institucional acumulado y la interpretación equilibrada del Derecho. La recuperación de la doctrina legal del Consejo de Estado debe entenderse como un proceso de reactivación de una fuente interpretativa esencial para el desarrollo armónico del ordenamiento jurídico español. Su utilidad no reside en su fuerza coercitiva, sino en su capacidad para iluminar el sentido del Derecho a través del razonamiento jurídico sistemático, contribuyendo así a la seguridad jurídica, la coherencia normativa y la calidad institucional del Estado de Derecho.

Con este trabajo, el Consejo de Estado actualiza y facilita el acceso de los operadores jurídicos y de la ciudadanía a su base de conocimiento.

Carmen Calvo Poyato
Presidenta del Consejo de Estado

2. CONSEJO DE ESTADO

2.1 AUTORIDADES CONSULTANTES

Recurso extraordinario de revisión, interpuesto por la agrupación de electores Celanova en fecha 4/08/23, contra actos administrativos firmes de las elecciones municipales de 28 de mayo de 2023 (acto/a de escrutinio general de proclamación de electos).

Como una cuestión previa al análisis del fondo del expediente, resulta preciso determinar si la Junta Electoral de Zona de Ourense puede solicitar el dictamen del Consejo de Estado en un asunto como el sometido a consulta.

La Junta Electoral de Zona de Ourense es un órgano integrante de la llamada «Administración electoral», regulada en los artículos 8 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (en adelante, LOREG).

La Administración electoral «tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad» (artículo 8.1 de la LOREG), y se encuentra integrada por la «Junta Electoral Central», con sede en Madrid, las «Juntas Electorales Provinciales», con sede en las capitales de provincia, y las «Juntas Electorales de Zona», con sede en las localidades cabeza de los partidos judiciales, entre otros órganos (artículos 8.2 y 8.3 de la LOREG).

En el ejercicio de las funciones electorales que les atribuye la LOREG, las juntas electorales integrantes de la Administración electoral no están sometidas a una dependencia, jerárquica o funcional, respecto de la Administración General del Estado o de otras Administraciones públicas, con el fin de preservar su autonomía. La composición de estas juntas electorales (…), sirve igualmente al propósito de preservar la independencia de tales órganos en el control de los procesos electorales.

En razón de esta configuración institucional, el Consejo de Estado ha venido admitiendo que la Administración electoral se encuentra facultada para solicitar directamente su dictamen.

La consideración del Consejo de Estado como «supremo órgano consultivo», en los términos previstos en el artículo 107 de la Constitución, obliga a que la solicitud de dictamen por parte de la Administración electoral proceda de un órgano que, en su orden, ostente una posición equivalente a las autoridades estatales y autonómicas facultadas por la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, para formular las correspondientes consultas –el presidente del Gobierno o cualquiera de sus ministros y los presidentes de las comunidades autónomas–. Dicho órgano ha de ser la Junta Electoral Central, a través de su presidente. Por las mismas razones, no cabe atribuir a las juntas electorales provinciales ni a las juntas electorales de zona la facultad de solicitar por sí mismas el dictamen el Consejo de Estado: estas juntas deberán recabarlo, en su caso, por conducto del Presidente de la Junta Electoral Central (dictámenes números 177/2020, de 7 de mayo, 660/2019, de 12 de septiembre, y 1.422/2013/1.393/2013, de 13 de febrero de 2014).

↻ *Dictamen 1198/2023, de 19 de octubre.*

2.2 ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS

Proyecto de Real Decreto por el que se crea el Registro Central de Titularidades Reales y se aprueba su Reglamento.

Este Consejo de Estado ya tuvo ocasión de dictaminar una previa versión del proyecto de Real Decreto por el que se crea el Registro Central de Titularidades Reales y se aprueba su Reglamento.

Tal y como ha quedado reseñado, su Comisión Permanente aprobó el 27 de octubre de 2022 el dictamen del expediente número 1.594/2022.

Como quiera que con posterioridad a ese dictamen ha sido publicada la sentencia de la Gran Sala del TJUE de 22 de noviembre de 2022 y que esta ha invalidado el contenido dado al artículo 30.5 letra c) de la Directiva 2015/849, se ha considerado necesario realizar una nueva versión del proyecto adecuándolo en materia de acceso al Registro y remitir la nueva versión a este Consejo de Estado.

En tales circunstancias, se plantea la cuestión de si corresponde a la Comisión Permanente o al Pleno del Consejo de Estado emitir el dictamen que ahora se solicita, a la vista de lo dispuesto en el artículo 2.2. de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, en su tercer párrafo:

> «Los asuntos en que hubiera dictaminado el Pleno del Consejo de Estado no podrán remitirse a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado. En los que hubiera dictaminado la Comisión Permanente, solo podrá informar el Consejo de Estado en Pleno.»

Esta situación se ha planteado en distintas ocasiones al Consejo de Estado, que ha mantenido una doctrina recogida en el dictamen número 681/2021, de 10 de febrero de 2022, (y los que allí se citan), a la que resulta necesario remitirse en este punto. De acuerdo con esa doctrina, el citado precepto no impide que puedan formularse al Consejo de Estado nuevas y diversas consultas sobre un mismo asunto del que ya haya conocido, pero corresponderá evacuarlas a su Comisión Permanente si no se trata de una repetición de la misma consulta. La ley orgánica se refiere a «asuntos», y debe entenderse por tales aquellos en los que, con sustento en los mismos hechos, se pretenda un mismo resultado basándose en los mismos motivos.

Como se ha indicado, el proyecto sobre el que se formula la consulta ya fue sometido al Consejo de Estado, que lo analizó a la vista y en función de lo dispuesto en el artículo 30.5 letra c) de la Directiva 2015/849. Sin embargo, la redacción que la Directiva 2018/843 dio a ese artículo 30.5 letra c) ha quedado invalidada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha decidido volver a la primigenia redacción de ese artículo, estableciendo limitaciones al público acceso de las titularidades reales para proteger la intimidad personal y familiar de quienes estén inscritos y de su derecho a la protección de datos.

Ello dota de sustantividad propia a la presente consulta, dándole unos perfiles diferenciados de aquella que dio lugar al anterior dictamen, por lo que ninguna objeción ha de oponerse a que pueda ser emitida por la Comisión Permanente de este Consejo de Estado.

↻ *Dictamen 396/2023, de 22 de junio.*

Revisión de oficio del canje del permiso de conducción de don …, por entender que el mismo está incurso en causa de nulidad de pleno derecho, del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El asunto sometido a consulta ha sido ya dictaminado por el Consejo de Estado (dictamen número 2/2022, de 27 de enero). Este dictamen se emitió en el seno del procedimiento de revisión de oficio iniciado el 22 de octubre de 2021 al que se alude en el antecedente segundo y que caducó. En aquella ocasión el Consejo de Estado concluyó que procedía declarar la nulidad de pleno derecho del canje del permiso de conducción expedido en República Dominicana por el equivalente español concedido a D. … por considerar que concurría la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

La existencia de este dictamen plantea la cuestión de si corresponde a la Comisión Permanente o al Pleno del Consejo de Estado emitir el dictamen que ahora se solicita sobre la misma revisión de oficio, a la vista de lo dispuesto en el artículo 2.2 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, en su tercer párrafo («Los

asuntos en que hubiera dictaminado el Pleno del Consejo de Estado no podrán remitirse a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado. En los que hubiera dictaminado la Comisión Permanente, solo podrá informar el Consejo de Estado en Pleno»).

Esta cuestión se ha planteado en distintas ocasiones al Consejo de Estado (por todos, dictamen número 804/2021, de 10 de febrero de 2022). De acuerdo con su doctrina, el citado precepto no impide que puedan formularse al Consejo de Estado nuevas y diversas consultas sobre un mismo asunto del que haya ya conocido, pero su Comisión Permanente solo podrá evacuarlas si no se trata de una repetición de la misma consulta. Por tanto, la Comisión Permanente puede dictaminar cuando la misma consulta no ha sido ya objeto de dictamen, de forma que si aquello sobre lo que se pide un nuevo dictamen no es lo mismo ya informado antes –aunque derive de un mismo asunto–, la Comisión Permanente sí será competente para dictaminar, salvo que el órgano consultante quiera recabar directamente el parecer del Pleno del Consejo de Estado.

Resulta determinante en este punto el dictamen número 1.029/2018, de 24 de enero de 2019, relativo también a una revisión de oficio. En aquella ocasión se sometía a consulta la revisión de oficio de una homologación del título de médico cirujano a un particular, apreciándose la concurrencia de las causas de nulidad previstas en las letras d) y f) del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, si bien se advertía de que el expediente incurría en caducidad por lo que se indicaba: «La autoridad consultante debería declarar la caducidad del expediente y su archivo, con conservación de los actos (artículo 51 de la Ley 39/2015), de modo que pudiera incoarse un nuevo procedimiento en el que, tras la audiencia al afectado y la emisión, en su caso, de nueva propuesta de resolución, se remita el expediente al Consejo de Estado para la emisión de su preceptivo dictamen –como efectivamente se efectuó en el dictamen 1.719/2022, de 16 de febrero».

En el supuesto ahora sometido a dictamen existe un nuevo acuerdo de inicio y una nueva propuesta de resolución, lo que dota de sustantividad propia a la presente consulta, dándole unos perfiles diferenciados de lo examinado en el dictamen número 2/2022 ya citado, y justifica que el dictamen no se recabe del Pleno, sino de la Comisión Permanente. Este criterio lo corrobora la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que considera que en los expedientes caducados, el dictamen emitido por el órgano consultivo no puede ser admitido como un trámite a conservar en las actuaciones reiniciadas, ya que «es un acto que se solicitó y emitió *ad hoc* en el seno de aquel primer expediente caducado y archivado, con ocasión del mismo y para surtir efectos en él y no en ningún otro expediente, por lo que no puede caracterizarse como un acto independiente del expediente caducado en cuanto que no surgido dentro de él» (sentencia de 21 de noviembre de 2012, recurso n.º 5618/2009).

- *Dictamen 761/2023, de 27 de julio.*
- *Ver también dictamen 798/2023, de 27 de julio.*

2.3 CONSULTAS PRECEPTIVAS

Proyecto Real Decreto por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, el Reglamento de la Administración Pública del Agua, aprobado por Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, y el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.

Este artículo se refiere a las extinciones del derecho al uso privativo por disposición legal. En su apartado 5 determina que «si la causa de la extinción no es la renuncia expresa, los organismos de cuenca solicitarán informes del Consejo de Obras Públicas y del Consejo de Estado cuando se formule oposición por parte del titular del derecho en el trámite de audiencia». Además de la observación ya realizada en relación con los artículos 163 y 164 sobre la necesidad de citar el precepto aplicable de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, debe tenerse en cuenta que, conforme a la correcta interpretación de dicho artículo (22.12), para que el dictamen tenga carácter preceptivo no es necesario que la oposición se manifieste en el trámite de audiencia, sino en cualquier momento del procedimiento.

↻ *Dictamen 753/2023, de 6 de julio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifican los Estatutos Generales de la Organización Colegial Veterinaria Española.

Este Alto Cuerpo Consultivo ha declarado en diversas ocasiones (por todos, dictámenes número 602/2016, de 1 de diciembre, 719/2016, de 15 de diciembre, y 493/2017, de 20 de julio) que, en los casos en los que la colegiación resulta obligatoria –presupuesto para el ejercicio de la profesión correspondiente–, los estatutos colegiales tendrán la consideración de reglamentos ejecutivos. Por tanto, en estos casos, la aprobación de los Estatutos Generales a los que se refieren los artículos 6, apartados 2 y 3, y 9, apartado 1.b), de la Ley de Colegios Profesionales, precisa la intervención del Gobierno y de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

↻ *Dictamen 940/2023, de 5 de octubre.*

2.4 CONSULTAS FACULTATIVAS

Anteproyecto de Ley de Cooperación y Solidaridad Internacional de Extremadura.

El presente dictamen se emite en virtud de lo establecido en el artículo 24 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, puesto en re-

lación con el artículo 45 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y con la disposición adicional primera de la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en los términos que señalaron los dictámenes de los expedientes números 118/2022, de 2 de junio, 713/2018, de 22 de noviembre; 297/2018, de 24 de mayo; 887/2018, de 8 de noviembre; o, más recientemente, 73/2022, de 24 de marzo o 1.377/2022, de 29 de septiembre, los cuales entendieron que los dictámenes referidos a anteproyectos de ley remitidos por la Junta de Extremadura que no daban cumplimiento o eran desarrollo a tratados o acuerdos internacionales o del derecho de la Unión Europea, se emitían con carácter potestativo.

En particular en el dictamen número 297/2018, antes citado, relativo al anteproyecto de Ley de Memoria Histórica y Democrática de Extremadura, se dijo: «las competencias de las comunidades autónomas no alcanzan a delimitar las que son propias del Consejo de Estado al tratarse de un órgano consultivo estatal, ajeno al orden institucional autonómico y al ámbito de la potestad autonómica de autoorganización. Por ello, solo cabe reconocer el carácter preceptivo del dictamen solicitado en los supuestos que resulten concordantes con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, artículo 24, entre los cuales no se encuentran los anteproyectos de ley, como ya se señaló en el dictamen número 559/2017, de 13 de julio. El presente dictamen, pues, se entiende emitido con carácter potestativo».

En la misma línea de los dictámenes citados, el presente dictamen, que recae sobre un anteproyecto de Ley, se emite con carácter potestativo en cuanto no ha de ser preceptivo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

↻ *Dictamen 1768/2022, de 12 de enero de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se regulan los Estatutos Generales de los Colegios de Protésicos Dentales de España y de su Consejo General.

Dado que, como se verá más adelante, la colegiación obligatoria de los protésicos dentales no se encuentra actualmente establecida en ninguna ley estatal, no cabe sino concluir que la presente consulta ha sido formulada con carácter facultativo, al amparo del artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

↻ *Dictamen 1163/2023, de 14 de diciembre.*

2.5 ASPECTOS PROCEDIMENTALES

2.5.1 **Expediente remitido**

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los planes de ordenación del espacio marítimo de las cinco demarcaciones marinas españolas.

La tramitación del Proyecto se ha encauzado a través de un procedimiento en el que cabe distinguir dos fases sucesivas: la confección de los planes de ordenación del espacio marítimo (a…) y la elaboración del proyecto de Real Decreto por medio del que aquellos serán aprobados (b…).

[…]

No obstante, se ha de tener presente que únicamente se ha incorporado al expediente la documentación relativa a la segunda fase del procedimiento y que, por consiguiente, el enjuiciamiento de la fase preliminar de redacción de los planes resulta bastante limitado en la medida en que descansa en las afirmaciones recogidas en la Memoria y en los propios planes. Por esta razón, sería muy aconsejable que, en el futuro, se incluyesen en los expedientes remitidos a este Consejo todos los documentos generados con ocasión de la confección de los planes, cualquiera que sea su objeto, y no exclusivamente los referidos a la disposición normativa que los aprueba.

↻ *Dictamen 2048/2022, de 19 de enero de 2023.*

Proyecto de Orden por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023.

Desde el punto de vista procedimental, el artículo 123.2 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, establece que a la consulta se acompañará la «documentación necesaria». Como se ha indicado en diversas ocasiones por este Alto Cuerpo Consultivo (por ejemplo, en el dictamen de 11 de octubre, número 1.010/2012), la documentación necesaria consiste en el expediente completo que se haya tramitado. No cabe, por tanto, excluir información relevante, ni tampoco documentos o informes. Al Consejo de Estado le han de ser enviadas las actuaciones completas, sin exclusión alguna.

↻ *Dictamen 6/2023, de 26 de enero.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 860/2010, de 2 de julio, por el que se regulan las condiciones de formación inicial, del

profesorado de los centros privados, para ejercer la docencia en las enseñanzas de Educación Secundaria Obligatoria o de Bachillerato.

Ha de indicarse, en relación con la tramitación seguida, que no obran en el expediente remitido al Consejo de Estado las alegaciones efectuadas en las fases de consulta pública previa y de información pública, ni tampoco los informes que, en su caso, se presentaron por las comunidades autónomas tras el análisis del Proyecto en la Comisión General de Educación.

Dicha forma de proceder no es correcta, por cuanto al Consejo de Estado ha de remitirse la documentación necesaria para que pueda ejercer de forma adecuada su función consultiva. Si se han producido alegaciones en las indicadas fases del procedimiento de tramitación del artículo 26 de la Ley del Gobierno, han de remitirse al Consejo de Estado. En el presente caso, el único acceso que se ha tenido al contenido de dichas alegaciones resulta de los cuadros que contienen los anexos a la memoria, en la que se recogen de forma sintética las alegaciones efectuadas al Proyecto y las razones por las que se aceptan o rechazan. Pero no es posible saber a ciencia cierta si las reflejadas en dichos anexos son todas las realizadas, ni si lo fueron en los términos allí recogidos.

Dado el limitado alcance del proyecto normativo –en esencia una modificación parcial de una norma reglamentaria para adaptarla a la reforma de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre– y el tenor de las referidas alegaciones, entiende el Consejo de Estado que no procedía efectuar una devolución de antecedentes, pero recuerda la necesidad de que los expedientes que se someten a su consulta sean remitidos completos.

↻ *Dictamen 2029/2022, de 9 de marzo de 2023.*

↻ *Ver también dictamen 1098/2023, de 23 de noviembre.*

Extinción del derecho a un aprovechamiento de aguas a derivar del río Tajo, en el término municipal de Calera y Chozas (Toledo) con destino a riego, siendo titular la Comunidad de Regantes de Tórtolas.

En segundo lugar, llama la atención el Consejo de Estado sobre la exigencia de incorporar al expediente toda aquella documentación necesaria para resolver la consulta de forma adecuada. En el presente caso, las propuestas hacen referencia a varias resoluciones administrativas y escritos de la titular del aprovechamiento que, a pesar de su interés, no han sido incorporados. Dado el poco plazo que resta para que se produzca la caducidad del procedimiento y el sentido del presente dictamen, no se considera oportuno devolver la consulta para su incorporación, pero sí llamar la atención acerca de esta circunstancia.

↻ *Dictamen 1160/2023, de 2 de noviembre.*

2.5.2 **Declaraciones de urgencia**

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento del Comité Español de Ética de la Investigación.

El dictamen se solicita con carácter urgente, sin que conste en el expediente ninguna razón que justifique tal urgencia. Adicionalmente, debe llamarse la atención que han transcurrido más de once años desde la creación, por la mencionada Ley 14/2011, de este Comité Español de Ética de la Investigación sin que se haya aprobado la referida norma reglamentaria de desarrollo, no obrando tampoco en el expediente ningún motivo ni explicación que justifique tal demora en la tramitación del Proyecto. Es cierto que la Ley 14/2011 ha sido modificada recientemente por la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, sin que el artículo 10 haya sido modificado a los efectos que ahora interesan. Únicamente se ha añadido en el párrafo primero que el citado Comité se erige, por tanto, en órgano colegiado de ámbito estatal y una mínima modificación en el apartado segundo sobre las funciones del mismo. Todo ello obliga a recordar, con especial énfasis por las circunstancias referidas que concurren en este Proyecto, que es aconsejable una prudente ponderación antes de recurrir a las calificaciones de urgencia para el despacho, lo que obliga al Consejo de Estado a dictaminar en un plazo muy limitado.

↻ *Dictamen 1916/2022, de 12 de enero de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

El dictamen se solicita con carácter urgente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la mencionada ley orgánica. El Consejo de Estado debe llamar la atención sobre la necesidad de evitar el abuso de las consultas urgentes, en particular en relación con aquellas normas –como es el caso de la ahora consultada– que presentan además de una gran complejidad, una importancia fundamental desde el punto de vista económico, social y ambiental y son además susceptibles de provocar, como ha ocurrido con los planes correspondientes a los anteriores ciclos, una amplia litigiosidad. Máxime cuando el proceso previo se ha retrasado un año, incumpliéndose los plazos del derecho de la Unión Europea.

↻ *Dictamen 2051/2022, de 19 de enero de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan reglamentariamente, la composición y el funcionamiento de la sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

La emisión del presente dictamen, como resulta de los antecedentes extractados, ha sido solicitada con carácter de urgencia, con expresa invocación del artículo 19 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, y el artículo 128.2 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

Pero, a juicio del Consejo de Estado, aparte de que no consta que se haya acordado la tramitación urgente del expediente en virtud del artículo 27.1.a) de la Ley 50/1997, es discutible que la urgencia concurra en el momento presente, habida cuenta de que el cumplimiento del Hito 353 se vincula a la entrada en vigor de la norma, que ha de producirse antes del 31 de diciembre de 2023, es decir, a tres meses vista, plazo que supera al ordinario de dos meses para la emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo de Estado –artículo 128.1 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado–.

↻ *Dictamen 1093/2023, de 5 de octubre.*

Proyecto de Real Decreto sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

En estas circunstancias es necesario reiterar, según se ha dicho en numerosas ocasiones, entre otras respecto de la propia consulta del anteproyecto de Ley del Mercado de Valores y de los Servicios de Inversión (dictamen número 623/2022, de 26 de mayo), que las autoridades consultantes deben tener presente –y ello debe reflejarse en sus respectivos calendarios de elaboración de los proyectos normativos– que en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales el último trámite es el dictamen preceptivo del Consejo de Estado y que el plazo ordinario previsto para emitirlo es de dos meses, plazo considerado por el legislador orgánico como idóneo para una reflexión con el sosiego requerido para el estudio y la formación de criterio a través de la deliberación y el debate en distintas lecturas. Sin perjuicio de que está prevista la posibilidad de consultas urgentes, estas deben estar suficientemente motivadas. Además, no puede dejar de señalarse la indebida asimetría entre los extensos plazos consumidos en la tramitación previa del proyecto objeto de consulta y el tiempo que se asigna al Consejo de Estado, con la consiguiente desvalorización de su función.

↻ *Dictamen 1221/2023, de 2 de noviembre.*

↻ *Ver también dictámenes 2048/2022, de 19 de enero de 2023; 84/2023, de 23 de febrero y 825/2023, de 20 de julio.*

3. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

3.1 LA CONSTITUCIÓN

3.1.1 **Derechos fundamentales y libertades públicas**

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Real Decreto por el que se regula el Distintivo de Igualdad de género en I+D+I.

El Consejo de Estado comparte la preocupación expresada por el informe de la Agencia Española de Protección de Datos acerca de la injerencia que puede suponer en el derecho fundamental a la protección de datos personales que se conozcan conjuntamente el nombre y apellidos y el DNI/NIE o pasaporte de una persona, injerencia incrementada en este caso por la publicación conjunta con otra serie de datos personales como son la fecha de nacimiento, sexo o dirección postal, además del importante riesgo de usurpación de identidad que puede producirse y de su utilización para la comisión de ciberdelitos, especialmente de estafas.

A juicio del Consejo de Estado, dichas cautelas establecidas en la disposición adicional séptima de la LOPDGDD deben ser adoptadas en la publicación y exposición de las listas electorales por los ayuntamientos, oficinas y secciones consulares. La publicación íntegra del DNI/NIE o pasaporte en dichas listas electorales resulta contraria a los principios de minimización y limitación de la finalidad de los datos establecidos en el artículo 5.1 del RGPD, así como a las garantías establecidas en la citada disposición adicional séptima de la LOPDGDD.

↻ *Dictamen 116/2023, de 9 de marzo.*

3.1.2 **Distribución de competencias**

3.1.2.1 *Cuestiones generales*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 277/2016, de 24 de junio, por el que se regulan las organizaciones profesionales en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura.

El apartado veinticuatro del artículo único del Proyecto añade una nueva disposición adicional cuarta al Real Decreto 277/2016, de 24 de junio, que señala que «las Comunidades Autónomas podrán regular el régimen de las organizaciones interprofesionales pesqueras correspondientes a su ámbito». Se trata de una suerte de cláusula de habilitación normativa que, en puridad, carece de virtualidad en la medida en que la potestad normativa que las comunidades autónomas ostentan en esta materia deriva de las competencias que las mismas han asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía, y no de una disposición adicional que forma parte de la legislación básica estatal. Por ello, sería conveniente suprimir este precepto.

↻ *Dictamen 726/2023, de 6 de julio.*

3.1.2.2 *Exclusivas del Estado*

Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el procedimiento y los requisitos para el otorgamiento de la autorización administrativa de las redes de distribución de energía eléctrica cerradas.

Con todo, no cabe desconocer que, junto a las competencias normativas básicas, cuyo ejercicio canaliza el real decreto, incluye también algunas competencias ejecutivas que reconoce a la Administración General del Estado –fundamentalmente, a la Dirección General de Política Energética y Minas–. Se trata, en particular, del régimen de autorización de estas instalaciones, regulado en el capítulo V del proyecto; su artículo 17 determina que la autorización corresponde otorgarla al citado órgano –la Dirección General de Política Energética y Minas–. Con todo, estima el Consejo de Estado que la atribución de esta competencia ejecutiva a favor de la Administración General del Estado, aun siendo excepcional dentro del esquema de distribución de competencias diseñado por el artículo 149 de la Constitución Española y por los Estatutos de Autonomía, no contraviene dicho régimen. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que la citada competencia está recogida en el artículo 3 del Real Decreto-ley 20/2018, tantas veces citado, que no ha sido objeto de controversia competencial y que, en este punto, el Real Decreto proyectado se limita a desarrollar. Y, por otra parte, no cabe ignorar que la autorización de las redes cerradas de distribución se vincula con la necesidad de garantizar la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico, lo que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, permite, en la forma excepcional ya señalada, atribuir este tipo de competencias a la Administración General del Estado (vid., al respecto, entre otras, las STC 18/2011 [F. J. 6], 148/2011 [F. J. 21 a)], 21/2017 [F. J. 3] y 102/2013 [F. J. 8], todas ellas citadas en el detallado informe de la Dirección General de Régimen Jurídico Autonómico y Local). En definitiva, ninguna obje-

ción cabe hacer a la norma consultada por razón de su adecuación a la distribución constitucional de competencias.

↻ *Dictamen 111/2023, de 9 de marzo.*

Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

La disposición final quinta del Anteproyecto reputa como tal la competencia estatal exclusiva en relación con la legislación mercantil (artículo 149, número 1, 6.ª de la Constitución), lo que se recoge igualmente en la memoria del análisis de su impacto normativo y en el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

Es obvio que la regulación de las modificaciones societarias estructurales de las sociedades mercantiles forma parte, y en un lugar destacado, de la legislación mercantil. Sin embargo, y tal y como se desprende de la reseña efectuada en antecedentes, no es menos evidente que, tanto el derecho de la Unión Europea y, en concreto, la Directiva 2019/2121, como la legislación española, conceden una importancia capital al tratamiento que los derechos de los trabajadores y de sus representantes deben tener dentro de esas modificaciones (…).

Precisamente por ello, entiende este Consejo que el Anteproyecto no descansa solamente sobre la referida competencia estatal en relación con la legislación mercantil, sino que también se apoya, y de un modo marcado, en la competencia estatal respecto de la legislación laboral (artículo 149, número 1, 7.ª, de la Constitución). Por ello, resulta preciso revisar la disposición final quinta del Anteproyecto para que incluya una expresa mención a ese segundo título competencial estatal.

A la luz de esa conclusión ha de volver a valorarse la tramitación seguida por el Anteproyecto y, más en concreto, la intervención de otros departamentos ministeriales distintos del Ministerio de Justicia.

[…]

Poniendo esa definición orgánica esencial del Ministerio de Trabajo y Economía Social en relación con uno de los títulos competenciales en que, como acaba de indicarse, se fundamenta el Anteproyecto (la legislación laboral), entiende este Consejo que ese ministerio ha de ser también proponente de la nueva legislación proyectada, si bien su intervención ha de ceñirse a aquellos aspectos de la misma que se correspondan con legislación laboral.

Ese cambio del rol que ha de tener el Ministerio de Trabajo y Economía Social tiene sus consecuencias sobre el informe de su Secretaría General Técnica (…).

En todo caso, esa recalificación del informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Economía Social no tiene consecuencias sustanciales para la tramitación ya efectuada más allá de reflejarla adecuadamente en la formulación final de la memoria del análisis de impacto normativo de la proyectada nueva legislación y en la tramitación final de la misma, ya que el informe que esa secretaría general técnica ha evacuado recoge su criterio en relación con los puntos a que se refieren las competencias del citado departamento ministerial.

↻ *Dictamen 375/2023, de 11 de mayo.*

3.1.2.3 *Conflictos de competencia y recursos de inconstitucionalidad*

Acuerdo por el que se solicita del Sr. Presidente del Gobierno la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional segunda de la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad.

El Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que, en el ámbito de una competencia exclusiva del Estado, «las Comunidades Autónomas no pueden establecer disposición alguna al respecto, ni siquiera para reproducir con exactitud las previsiones estatales, (…), salvo que la reiteración de la norma estatal sea imprescindible para el entendimiento del precepto, (…), y, con mayor razón, le está vedado parafrasear, completar, alterar, desarrollar, o de cualquiera otra manera directa o indirecta incidir en la regulación de materias que no forman parte de su acervo competencial» (Sentencia 72/2021, de 18 de marzo, F. J. 5.a, con cita de otras anteriores).

[…]

En la relación entre el Estado y las comunidades autónomas, la reserva de ley orgánica de una materia –el «desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», en el presente caso– determina la competencia exclusiva del Estado para la regulación de su núcleo orgánico, por cuanto las leyes de esta naturaleza solo pueden ser aprobadas por el Congreso de los Diputados de acuerdo con el artículo 81.2 de la Constitución, y la correlativa exclusión de cualquier tipo de intervención de las comunidades autónomas en la definición de dicho núcleo. La competencia exclusiva del Estado sobre las materias reservadas a ley orgánica resulta de dicho precepto constitucional, sin perjuicio de que, para justificar tal competencia, suelan invocarse otros títulos competenciales concurrentes del Estado, especialmente cuando, como suele ser habitual, existen preceptos de carácter no orgánico dentro de una ley orgánica.

[…]

La reserva de ley orgánica del desarrollo de los derechos fundamentales y libertades establecida por el artículo 81.1 de la Constitución garantiza, por sí sola y

sin necesidad de acudir a otros títulos competenciales –como los mencionados– o al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución –igualmente invocado en la propuesta de Acuerdo del Consejo de Ministros–, la uniformidad del régimen jurídico aplicable al ejercicio de tales derechos y libertades.

↻ *Dictamen 407/2023, de 27 de abril.*

Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Decreto-ley 5/2022, de 31 de agosto, por el que se establecen medidas urgentes necesarias en la regulación del aprovechamiento de recursos minerales de litio en Extremadura.

Los bienes de demanio natural, en cambio, pertenecen al dominio público del Estado. El artículo 132.2 de la Constitución dispone a tal efecto lo siguiente:

> «Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.»

Este precepto constitucional no solo realiza una asignación directa y expresa de algunas categorías genéricas de bienes al dominio público estatal, sino que, además, contiene una reserva de ley –obviamente de ley estatal– para determinar qué otros bienes han de formar parte del dominio público estatal. Esto no significa que el Estado pueda incorporar al dominio público estatal cualquier clase de bienes, pues –como ha señalado el Tribunal Constitucional, a la vista del precepto constitucional transcrito– solo puede hacerlo en relación con «tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas», en los que «subyacen prioritariamente (…) fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia (…) a la defensa y utilización racional de la riqueza del país, en cuanto subordinada al interés general», de acuerdo con el artículo 128.1 de la Constitución. Esta incorporación al dominio público mediante ley de todo un género de bienes definidos por sus características naturales compete en exclusiva al Estado «tanto porque se debe entender incluida en el concepto material de legislación civil, a que se refiere el art. 149.1.8.ª de la Constitución, como porque atañe a las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, respecto de los que el Estado debe garantizar la igualdad sustancial, mediante su propia regulación, de acuerdo con el art. 149.1.1.ª de la Constitución» (STC 227/1988, de 29 de noviembre, del F. J. 14).

[…]

La consideración de los recursos minerales como dominio público del Estado recibe pues su legitimidad constitucional –*ex post* en este caso, por ser la de Minas una

Ley preconstitucional– tanto de la competencia que le atribuye el artículo 132.2, en relación con los artículos 149.1.1.ª y 8.ª de la Constitución, para determinar por ley los bienes demaniales por naturaleza que forman parte del dominio público estatal, como del principio de subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus distintas formas que proclama el artículo 132.2 de la Constitución.

[…]

No cabe pues que una comunidad autónoma, en el ejercicio de sus competencias ejecutivas para el otorgamiento de los permisos y concesiones de los aprovechamientos de los recursos de la sección C), obligue a los concesionarios, al amparo del artículo 73.1 de la Ley de Minas, a realizar el tratamiento y beneficio metalúrgico y mineralúrgico de los recursos minerales en el ámbito territorial de la comunidad, subordinando los intereses nacionales a los exclusivamente autonómicos.

↻ *Dictamen 326/2023, de 18 de mayo.*

Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley Foral 35/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2023.

La competencia de la Comunidad Foral de Navarra sobre los contratos públicos es, por tanto, una competencia foral o histórica que se encuentra estatutariamente y que tiene su límite en el respeto a los principios esenciales de la legislación estatal básica en la materia.

La jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado expresa y directamente sobre el alcance de esta competencia. Pero sí lo ha hecho en relación con la competencia foral que Navarra ostenta, en virtud del artículo 49.1.b) de la LORAFNA, sobre el «régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral, respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos», en términos sustancialmente idénticos a la que le corresponde en materia de contratos públicos de acuerdo con el artículo 49.1.d) de la LORAFNA, llegando a la conclusión –relevante para el supuesto sometido a consulta– de que el legislador navarro no se encuentra vinculado por todas las normas básicas de la legislación estatal sobre función pública sino únicamente por aquellas a las que quepa atribuir un carácter esencial (…). De acuerdo con ello, el límite de la competencia foral se encontraría en la observancia de los principios o reglas esenciales de la legislación estatal básica y no en su entera regulación.

[…]

Los principios esenciales de la legislación básica del Estado en materia de contratos públicos, que operan como límite de la competencia foral, son –de acuerdo con la jurisprudencia constitucional– los principios generales de la contratación pública (publicidad, igualdad y libre concurrencia, fundamentalmente), y los princi-

pios de estabilidad presupuestaria y control del gasto, de otra, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo (…).

En definitiva, la competencia exclusiva de la Comunidad Foral de Navarra sobre contratos públicos, dentro de los límites impuestos por el artículo 49.1.d) de la LORAFNA, admite –como ya dijo, con base en las consideraciones precedentes, el dictamen número 1.327/2022, de 21 de julio, del Consejo de Estado– opciones regulatorias diversas, pero no contradictorias con las ya realizadas por la legislación básica del Estado, contenida en la LCSP, en aplicación de los principios generales de la contratación pública (publicidad, igualdad y libre concurrencia, entre otros) y los principios de estabilidad presupuestaria y control de gasto aludidos por la jurisprudencia constitucional.

↻ *Dictamen 990/2023, de 21 de septiembre.*

Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia.

Así las cosas, puede concluirse que las competencias autonómicas en materia de pesca se circunscriben a las aguas interiores, entendiendo por tales las ubicadas dentro de las líneas de base rectas, correspondiendo al Estado la regulación de todos los aspectos relativos a la pesca marítima, esto es, la desarrollada desde las líneas de base rectas hacia el exterior, incluyendo todos los aspectos relativos a los recursos, zonas y periodos de pesca, medios para su realización, así como el régimen de protección, conservación y mejora.

[…]

Como premisa, debe tenerse presente que, como señaló el Tribunal Constitucional en la Sentencia 149/1991, de 4 de julio (F. J. 1. C y D), el Estado se encuentra no solo «facultado» para «establecer el régimen jurídico de todos los bienes» sino «obligado» a «proteger el demanio marítimo-terrestre a fin de asegurar tanto el mantenimiento de su integridad física y jurídica como su uso público y sus valores paisajísticos». A tal fin, el Estado dispone –según el Tribunal– de dos títulos competenciales generales: el previsto en el artículo 149.1.1.ª de la Constitución sobre «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»; y el contemplado en el artículo 149.1.23.ª de la Constitución sobre la «legislación básica sobre protección del medio ambiente».

[…]

Como expuso el Tribunal Constitucional en su STC 149/1991 (…), el otorgamiento de los títulos concernientes a la gestión el demanio no corresponde a la Administración competente para la ordenación del territorio, sino que es el Estado el que, a consecuencia de su titularidad sobre el dominio público, retiene la gestión

del mismo. Las comunidades autónomas pueden asumir competencias al respecto, pero no mediante modificaciones normativas al margen de su estatuto de autonomía, pues tal posibilidad –de asunción competencial– queda fuera de su ámbito de decisión. Del mismo modo, tampoco puede una comunidad autónoma, por la sola autoridad de sus órganos, anticipar en sus normas el resultado de una hipotética modificación competencial (STC 128/2016, F. J. 6). Sí puede siempre la Asamblea de una comunidad autónoma ejercer la atribución que confiere a todas, el artículo 87.2 CE para proponer, o solicitar se proponga, la adopción por las Cortes Generales de determinada legislación o, incluso, la revisión misma de la Constitución (artículo 166 CE), todo ello con independencia del específico procedimiento establecido en cada estatuto de autonomía para su propia reforma. Pero esa atribución para instar, señala la STC 128/2016 «no ampararía nunca el que se anticipara su resultado, incierto por definición, en actuaciones o en normas».

[…]

También ha señalado el Tribunal Constitucional que solo excepcionalmente el ejercicio de una competencia autonómica puede tener efectos extraterritoriales y extenderse al mar territorial cuando resulte imprescindible para el ejercicio de la competencia de la que es titular. (…)

En efecto, el Tribunal Constitucional asienta su jurisprudencia relativa al ejercicio territorial de las competencias autonómicas a los márgenes descritos, si bien ha reconocido en determinados supuestos relacionados con la protección ambiental del medio marino, la posibilidad de que las comunidades autónomas desarrollen sus competencias más allá de su territorio.(…)

[…]

A lo expuesto se añade otra cuestión, derivada también de la voluntad del legislador autonómico de preservar, en el ejercicio de las competencias propias, las exclusivas que corresponden al Estado: la reproducción de la legislación básica como elemento a partir del cual añadir previsiones específicas de competencia autonómica. Sin embargo, al incurrir en esta práctica se cae en el vicio de las denominadas *leges repetitae*, que proyecta sobre la norma autonómica problemas no solo de técnica normativa sino también, de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional ha reiterado que, con independencia de la compatibilidad o incompatibilidad entre la regulación autonómica controvertida y la dictada por el Estado, al legislador autonómico le está prohibido reproducir la legislación estatal que responde a sus competencias exclusivas. «Y, con mayor razón, le está vedado parafrasear, completar, alterar, desarrollar, o de cualquiera otra manera directa o indirecta incidir en la regulación de materias que no forman parte de su acervo competencial» [por todas, STC 54/2018, de 24 de mayo, F. J. 6.c), y 13/2019, de 31 de enero, F. J. 2]. (…).

[…]

Son muchas las previsiones que, a lo largo de la Ley 4/2023 gallega, hacen referencia a que las actuaciones a desarrollar por parte de órganos de la comunidad autónoma serán siempre dentro del respeto a la legislación básica, en el marco de la misma o «sin perjuicio» de las competencias del Estado.(…)

[…]

Por tal motivo, sin perjuicio de las numerosas referencias que la Ley Gallega hace a la legislación básica del Estado y al respeto a las competencias estatales, la incorporación de tales cláusulas de salvaguarda no convalida por sí solas el contenido de las previsiones en cada caso controvertidas, que deberán ser, por tanto, analizadas al margen de tal remisión.

↻ *Dictamen 991/2023, de 21 de septiembre.*

Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de Galicia 7/2022, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

Debe traerse aquí a colación el criterio reiterado por el Tribunal Constitucional acerca de la improcedencia de que las normas autonómicas establezcan disposición alguna, ni siquiera reproduzcan con exactitud las previsiones estatales en ámbitos reservados a la competencia exclusiva del Estado (STC 54/2018 F. J. 6). Esta doctrina constitucional sobre la llamada *lex repetita*, sistematizada por la STC 341/2005, de 21 de diciembre, F. J. 9, proscribe la reproducción de normas estatales en normas autonómicas cuando la comunidad autónoma carece de la correspondiente competencia, salvo que la reiteración de la norma sea imprescindible para el entendimiento del precepto. Para poder admitir esta reproducción autonómica, sin que incurra en un vicio de inconstitucionalidad, es necesario el concurso de dos premisas [STC 51/2019, F. J. 6.a)]:

– Por un lado, debe concurrir un elemento finalista que justifique la necesidad de esa reproducción, que solo podrá tener un sentido instrumental: hacer más comprensible el desarrollo normativo que realiza la comunidad autónoma en ejercicio de sus competencias propias.

– Por otro lado, es también necesario, como condición material, que la reproducción de la normativa básica sea fiel y no incurra en alteraciones más o menos subrepticias de la misma, efecto que puede producirse bien por recogerla solo de modo parcial, bien por parafrasear la regulación estatal en términos que introduzcan confusión.

↻ *Dictamen 987/2023, de 21 de septiembre.*

Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Decreto-ley 1/2023, de 20 de marzo, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes para el impulso de la transición energética y el consumo de cercanía en Aragón.

El Tribunal Constitucional ha reiterado, a efectos de perfilar el deslinde competencial en materia de ordenación del sector energético, que corresponde al Estado la competencia exclusiva a tal fin mediante la aprobación de la legislación básica; correspondiendo a comunidades autónomas las competencias de desarrollo normativo y ejecutiva, respetando las bases establecidas por el Estado (entre otras las STC 135/2012, F. J. 2, 8/2013, F. J. 3, 498/2014, F. J. 4 y 32/2016, F. J. 9). Dentro de esta competencia para la ordenación básica del sector energético, se incardinan las actividades de suministro de energía eléctrica y la delimitación y establecimiento de su régimen económico, como ha señalado el F. J. 2 de la STC 68/2017, citando la anterior STC 60/2016, F. J. 3. En sentido similar se pronuncian las STC 72/2016, F. J. 3, y 205 /2016, F. J. 3.

[…]

Esta reserva al Estado de la definición de los elementos básicos del sistema eléctrico, desde los sujetos del sistema hasta la definición de las modalidades de producción y consumo, y el régimen económico correspondiente a los diversos aspectos que lo integran, responde a la necesidad de establecer «características homogéneas en un sistema que opera de forma única para todo el territorio nacional (…) –para garantizar un desarrollo ordenado de esta actividad compatible con la sostenibilidad económica y técnica del sistema eléctrico en su conjunto, lo que constituye uno de los objetivos fundamentales de la Ley del sector eléctrico. En consecuencia, estamos ante «una cuestión que se sitúa en el ámbito de la ordenación básica de las actividades de suministro de energía eléctrica y del establecimiento de su régimen económico, para lo que los títulos 149.1.13 y 25 CE proporcionan fundamento competencial adecuado»» (STC 68/2017).

[…]

(…) Las comunidades autónomas no pueden, al amparo de sus competencias de desarrollo legislativo y ejecución, redefinir conceptos (…) por mucho que su operatividad se circunscriba al territorio autonómico; como tampoco puede regular nuevos supuestos de líneas directas (…) que puedan constituirse solo en Aragón. La misma conclusión debe sostenerse respecto de la regulación controvertida del artículo 7, que establece reglas distintas y propias en materia de autorización de líneas directas, cuando el artículo 42.2 de la LSE señala que la puesta en funcionamiento, modificación, transmisión y cierre definitivo de líneas directas estará sometida, con carácter previo, al régimen de autorizaciones establecido en el artículo 53 de la LSE.

Por otro lado, y como quedó antes expuesto, la competencia exclusiva del Estado para la delimitación de los criterios generales de la política energética y de las actividades que participan en el suministro eléctrico impide a las comunidades autónomas diseñar, mediante el ejercicio de su competencia de desarrollo legislativo, figuras distintas de las previstas con carácter básico (…). Esta modalidad de consumo no está prevista en la legislación básica, sin que corresponda a las comunidades autónomas la facultad de prever y desarrollar formas nuevas de suministro ni de consumo energético, razones que permiten concluir que concurren fundamentos jurídicos suficientes para la impugnación de los artículos 4 a 7 del decreto-ley, en los términos y con el alcance sugeridos por la propuesta.

↻ *Dictamen 1299/2023, de 14 de diciembre.*

Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2023, de 22 de febrero, del Gobierno de Aragón.

Como se ha visto, los preceptos del texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2023, que cuestiona la propuesta de recurso de inconstitucionalidad del Ministerio de Política Territorial, son parte integrante del ordenamiento autonómico aragonés desde hace más de una década y, además, dos de ellos –los artículos 13 y 14– reproducen literalmente, sin cambiar una coma, lo dispuesto en la legislación estatal para los bienes del patrimonio del Estado, mientras que el tercero –la disposición adicional undécima– tiene un sentido que en nada se parece al que le atribuye la autoridad consultante.

Los términos en que se ha remitido esta propuesta, que no es preciso ahora calificar, no son ajenos a la forma en que se viene tramitando este tipo de expedientes (…).

Este proceso se repite de forma invariable, incluso en aquellas ocasiones, que no son tan pocas como pudiera pensarse, en que los informes de los departamentos ministeriales contienen simples dudas acerca de la adecuación de los preceptos autonómicos al orden constitucional de competencias o no están debida ni suficientemente razonados. Se echa en falta en estos casos una efectiva labor de coordinación y depuración de los argumentos de inconstitucionalidad por parte del Ministerio de Política Territorial y, en particular, por parte de la Dirección General de Régimen Jurídico Autonómico y Local, que permita evitar situaciones, como la que se aprecia en el presente expediente, en que se pretende proponer al presidente del Gobierno la impugnación de preceptos autonómicos que son reproducción de los previstos en la legislación estatal vigente –sin que resulte aplicable en este caso la jurisprudencia constitucional sobre la «*lex repetita*»– y que, con tal redacción, forman parte del ordenamiento autonómico correspondiente desde hace años.

↻ *Dictamen 1248/2023, de 16 noviembre.*

3.2 DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

Esa opción por contar con una parte general en materia de modificaciones societarias estructurales se corresponde con el elevado nivel técnico y perfil característico de la Comisión General de Codificación y de sus integrantes y es conceptualmente más depurada que la de reiterar por separado previsiones destinadas a cada una de esas modificaciones. Además, la confección de esa parte general ha tenido que tener en cuenta que, junto con las normas comunes aplicables a todas esas modificaciones, interna o transfronterizas, también hay algunas previsiones generales propias de las modificaciones transfronterizas, tal y como se refleja en la estructura de los títulos que el Anteproyecto dedica a las intraeuropeas (capítulo II de su título III) y extraeuropeas (capítulo I de su título IV).

[…]

Sin perjuicio de ese juicio favorable, no puede olvidarse que esa opción puede comportar algunas dificultades de aplicación por parte de los operadores jurídicos y destinatarios de la nueva legislación, en la medida en que les obliga a relacionar cuidadosamente las previsiones de esa parte general con las de parte especial de la nueva Ley, cuestión que siempre está abierta a diversos criterios interpretativos. Algunos ejemplos de esas dificultades se verán al examinar las previsiones que el Anteproyecto contiene en relación con las modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas.

Adicionalmente, la proyectada parte general debe contrastarse con la citada Directiva 2019/2121, que carece de una semejante parte general, lo que, no solamente ha obligado ahora a extraer criterios generales, sino que exigirá en el futuro analizar con sumo cuidado las eventuales modificaciones y novedades que puedan ulteriormente introducirse en esa regulación europea a fin de ponerlas en relación con el régimen común de modificaciones societarias estructurales con el que se aspira a contar.

↻ *Dictamen 375/2023, 11 de mayo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se crea el Registro Central de Titularidades Reales y se aprueba su Reglamento.

Cuarta. La relación entre la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2010 y la Directiva 2015/849 que transpone.

[…]

La dicción literal de esta disposición es contraria a lo que la citada directiva regula respecto al acceso al Registro Central de Titularidades Reales tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2022, en cuanto permite el acceso a terceros al mismo sin necesidad de acreditar un interés legítimo, resultando que esta exigencia únicamente está prevista para el acceso a información de fideicomiso tipo trust.

Como consecuencia de la mencionada sentencia, se deberían haber reformado esos apartados, ajustándolos al contenido del artículo 30, apartado 5, párrafo primero, letra c) de la aludida directiva, tal y como este resulta de la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, exigiendo, que el acceso de terceros requiere siempre que acrediten un interés legítimo.

En consecuencia, ha de urgirse ahora esa modificación legislativa, para lo que, en las actuales circunstancias de la legislatura en curso, debería considerarse el recurso a un real decreto-ley.

Alcanzada esa primera conclusión, y en tanto se procede a esa reforma urgente de la mencionada disposición adicional, surge la cuestión relativa a cómo ha de jugar entretanto su aplicación, teniendo en cuenta que se trata de una norma legal contraria a lo previsto en materia de acceso a este Registro en el derecho de la Unión Europea derivado de la aludida STJUE y del contenido que ha dado al artículo 30, apartado 5, párrafo primero, letra c) de la Directiva 2015/849.

El principio de primacía consagra la preeminencia del derecho de la Unión sobre los derechos internos y, por consiguiente, impone la obligación de garantizar la plena eficacia de las distintas normas de la Unión Europea a todos los órganos e instituciones de los Estados miembros, sin que su derecho interno pueda afectar a la eficacia reconocida a esas distintas normas en el territorio de dichos Estados (Sentencia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2020, *La Quadrature du Net y otros*, C-511/18, C-512/18 y C-520/18; Sentencia (Gran Sala) de 18 de mayo de 2021, *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România» y otros*, C-83/19, C-127/19; C195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19; Sentencia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W. Ź. (Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos del Tribunal Supremo-Nombramiento)*, C-457/19; Sentencia (Gran Sala) de 23 de noviembre de 2021, *IS (Ilegalidad de la resolución de remisión)*, C-564/19; Sentencia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2021*, Euro Box Promotion y otros*, asuntos acumulados C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19; Sentencia (Gran Sala) de 18 de enero de 2022, *Thelen Technopark Berlin*, C-261/20; Sentencia (Gran Sala) de 5 de abril de 2022*, Commissioner of An Garda Siochána y otros*, C-140/20; Sentencia (Gran Sala) de 21 de junio de 2022, *Ligue des droits humains*, C-817/19; Sentencia (Gran Sala) de 5 de junio de 2023*, Comisión/Polonia (Independencia y vida privada de los jueces)*, C-204/21).

De acuerdo con el principio de primacía, se ha de asegurar el respeto debido del orden jurídico comunitario. Según la jurisprudencia del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea (por todas, sentencias *Costa* de 15 de julio de 1964, C-6/64 y *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978 C-106/77), la obligación de garantizar la primacía de las normas de la Unión Europea no es una tarea exclusiva de los jueces nacionales, sino que se aplica también a todas las autoridades de los Estados miembros.

En esta línea ha precisado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el deber de excluir la aplicación de una normativa nacional contraria al derecho de la Unión no solamente incumbe a los jueces y tribunales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado –incluidas las autoridades administrativas– encargados de aplicar, en el marco de sus respectivas competencias, el derecho de la Unión (Sentencia *Fratelli Costanzo* de 22 de junio de 1989 C-103/88, *Trustees of the BT Pension Scheme* de 12 de septiembre de 2017 C-589/15) y Sentencia (Gran Sala) de 21 de enero de 2020, *Banco Santander*, C-274/14).

Al hilo de la jurisprudencia sentada en el asunto *Fratelli Costanzo*, tanto los jueces como las Administraciones públicas deberán aplicar el derecho de la Unión Europea en materia de acceso al Registro de Titularidades, lo que, de facto determinará su correlativa obligación de no aplicar aquello que, de la disposición adicional cuarta apartados 3.º y 4.º de la Ley 10/2010, contradice el derecho de la Unión Europea.

Los órganos judiciales se limitarán normalmente a declarar la norma inaplicable al caso concreto, produciendo un efecto de desplazamiento que no la elimina per se del ordenamiento, por lo que no debe perderse de vista la obligación que tiene España, en su condición de Estado miembro de la Unión Europea, de eliminar las normas internas incompatibles con el derecho comunitario (Sentencia de 4 de abril de 1974, asunto *Comisión/Francia*), tal y como ya se ha indicado.

Esa obligación de inaplicación de la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2010 también afectará a los órganos administrativos en la actuación y gestión cotidianas del nuevo Registro y, más en concreto, en las decisiones que adopten en torno al acceso a ese Registro, que deberá adecuarse al artículo 30 de la Directiva 2015/849.

El Consejo de Estado estima que, a efectos de salvaguardar la adecuada coherencia y transparencia de nuestro ordenamiento jurídico, las anteriores consideraciones debieran explicitarse en el preámbulo del proyectado Real Decreto.

Quinta. Las previsiones del Proyecto de Reglamento sobre el acceso al nuevo Registro (artículo 5) a la luz de la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2010.

Como quedó reseñado en antecedentes, el preámbulo, la memoria del análisis de impacto normativo de la proyectada reglamentación y el informe de la secretaría general técnica del ministerio proponente se han centrado en destacar que el Proyecto y el Proyecto de Reglamento se adecuan al artículo 30 de la Directiva 2015/849 en el sentido que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado a ese precepto.

Entiende este Consejo que, antes de considerar esa cuestión, existe otra de obligado análisis previo, cual es la adecuada inserción de la proyectada reglamentación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Tratándose de transponer una directiva de la Unión Europea, es clara la doctrina que recoge el Consejo de Estado en su informe de 14 de febrero de 2008 sobre la inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento español, en el que se recordaba que «el principio de seguridad jurídica, en su vertiente positiva, obliga a los Estados miembros a integrar el ordenamiento comunitario en el interno de una manera lo suficientemente clara y pública como para permitir su pleno conocimiento tanto por los operadores jurídicos como por los propios ciudadanos, en tanto que, en su vertiente negativa, implica la obligación para tales Estados de eliminar situaciones de incertidumbre derivadas de la existencia de normas en el derecho nacional incompatibles con el comunitario. Es esta segunda vertiente la que interesa destacar ahora por su relación con la consiguiente obligación de depurar el ordenamiento jurídico».

Ese mismo informe también destacaba que «la norma de incorporación ha de respetar el sistema de fuentes del ordenamiento interno, lo que comporta requerimientos que han de considerarse y satisfacerse en la elección del tipo –obligado o aconsejable– de tal norma. En este sentido, una de las cuestiones fundamentales que se han de abordar al verificar la transposición es la distribución de materias entre norma legal y norma reglamentaria, distribución que ha de decidirse teniendo presente el juego del principio de reserva de ley y el diferimiento al reglamento de los contenidos de menos estabilidad o relevancia. Salvados los principios, el equilibrio ha de procurarse caso por caso, sin olvidar que una directiva no puede entenderse cabalmente incorporada al ordenamiento interno sino cuando se han adoptado todas las normas y todas las medidas necesarias para su aplicación práctica (ya sean leyes y normas reglamentarias, ya sean normas estatales y normas autonómicas)».

↻ *Dictamen 396/2023, de 22 de junio.*

3.3 TRATADOS INTERNACIONALES

3.3.1 **Tratados de carácter político**

Convenio Marco para el impulso de la circulación del talento en el espacio iberoamericano, hecho en Soldeu el 21 de abril de 2021.

El Acuerdo Marco objeto de consulta pretende crear un marco de asociación y cooperación para favorecer la transferencia del conocimiento, la creación científ-

fica e intelectual y la innovación por el territorio de los Estados Miembros de la Comunidad Iberoamericana.

A efectos de su calificación en derecho interno español, dicho Acuerdo presenta un carácter político y, en consecuencia, se encuentra comprendido en el supuesto del artículo 94.1.a) de la Constitución.

En este sentido, en efecto, es doctrina del Consejo de Estado (por todos, dictámenes números 930/2013, de 7 de noviembre o 946/2017, de 30 de noviembre) que un tratado internacional puede quedar comprendido en tal supuesto tanto por la importancia que tenga para la comunidad internacional como por razones de relevancia interna.

Ambas razones concurren en el Acuerdo consultado, tanto por la trascendencia que tiene para los Estados Miembros de la Comunidad Iberoamericana, entre los que se halla el Reino de España, para fomentar la circulación de personas y de talento, como por la relevancia entre las Partes que presenta la oportunidad para ampliar las oportunidades de capacitación laboral de los profesionales de los Estados, tal y como indica el informe del Ministerio de Universidades, de 3 de marzo de 2021.

↻ *Dictamen 1970/2022, de 19 de enero de 2023.*

Tratado de Amistad y Cooperación entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Barcelona el 19 de enero de 2023.

Según viene indicando el Consejo de Estado (dictámenes números 914/2002, de 18 de abril, 3.011/2002, de 28 de noviembre, 321/2008, de 13 de marzo, y 1.574/2008, de 22 de octubre, o, más recientemente 1.074/2021, de 22 de diciembre, relativo al Tratado de Amistad y Cooperación entre el Reino de España y la República Portuguesa, firmado en Trujillo el 28 de octubre de 2021, entre otros), los tratados de cooperación y amistad constituyen un claro ejemplo de la categoría de tratados de carácter político previstos en el artículo 94.1.a) de la Constitución.

En este caso el Tratado objeto de consulta, al igual que ocurre con la generalidad de los de su especie, está redactado con una especial solemnidad que se refleja en la existencia en su texto de una serie de declaraciones programáticas. Se enuncian los principios que han de regir las relaciones entre ambos países, inspirados en buena medida en los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas.

La importancia política del Tratado se deriva de tales principios, de los vínculos históricos y culturales que unen a las Partes y del deseo de dar un salto cualitativo a sus relaciones actuales. Dicho Tratado podrá ser –y ha sido ya– objeto de concreción y desarrollo a través de otros acuerdos bilaterales sectoriales o específicos, en particular, el Tratado de cooperación en el ámbito de la defensa entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Barcelona el 19 de enero de 2023 (examinado en el expediente número 181/2023, de 23 de marzo).

La calificación del Tratado en cuestión como tratado de carácter político, incluido en el supuesto previsto en el artículo 94.1.a) de la Constitución, determina que su ratificación requiera la previa autorización de las Cortes Generales.

↻ *Dictamen 304/2023, de 27 de abril.*

Acuerdo marco de colaboración y cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Gobierno de Malasia, por otra, hecho en Bruselas el 14 de diciembre de 2022.

El Consejo de Estado ha tenido oportunidad de examinar otros tratados suscritos por España similares al ahora sometido a consulta en los dictámenes números 2.064/2010, de 21 de octubre; 1.089/2012, de 31 de octubre; 1.088/2012, de 22 de noviembre, y 297/2019, de 23 de mayo, relativos a acuerdos análogos suscritos con la República de Indonesia, la República Socialista de Vietnam, la República de Filipinas y la República de Singapur, respectivamente.

El Acuerdo, que tiene carácter mixto en cuanto afecta a competencias tanto de la Unión Europea como de sus Estados miembros, tiene por objeto establecer un marco de asociación y cooperación para las relaciones bilaterales entre la Unión Europea y sus Estados miembros y el Gobierno de Malasia, facilitando la cooperación entre las Partes en una amplia variedad de sectores y permitiendo a la Unión Europea asumir una mayor responsabilidad y adquirir una mayor influencia en una región tradicionalmente orientada hacia China, Japón y Estados Unidos.

A efectos de su calificación en derecho interno español, dicho Acuerdo presenta un evidente carácter político y, en consecuencia, se encuentra comprendido en el supuesto del artículo 94.1.a) de la Constitución. Es doctrina del Consejo de Estado que un tratado internacional puede quedar comprendido en tal supuesto tanto por la importancia que tenga para la comunidad internacional como por razones de relevancia interna.

Ambas razones concurren en el Acuerdo consultado, tanto por la trascendencia que para España tiene el ser miembro de la Unión Europea y participar en los convenios básicos que articulan las relaciones exteriores de la Unión, como por la relevancia que el Acuerdo está llamado a tener en las relaciones entre las Partes contratantes, siendo manifestación de dicha relevancia los mecanismos del diálogo político y el carácter integral de la cooperación prevista. Son especialmente relevantes las declaraciones relativas al compromiso de las Partes con los principios democráticos, los derechos humanos, los principios de derecho internacional y la lucha contra la corrupción y contra todas las formas de terrorismo.

Por ello, es necesaria la autorización previa de las Cortes Generales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94.1.a) de la Constitución.

↻ *Dictamen 436/2023, de 4 de mayo.*

↻ *Ver también dictamen 437/2023, de 18 de mayo.*

Adhesión de España al Tratado de amistad y cooperación en el Sudeste Asiático, hecho en Denpasar, Bali, el 24 de febrero de 1976; al Protocolo por el que se modifica el Tratado de amistad y cooperación en el Sudeste Asiático, hecho en Manila el 15 de diciembre de 1987; al Segundo Protocolo por el que se modifica el Tratado de amistad y cooperación en el Sudeste Asiático, hecho en Manila el 25 de julio de 1998, y al Tercer Protocolo por el que se modifica el Tratado de amistad y cooperación en el Sudeste Asiático, hecho en Hanoi (Vietnam) el 23 de julio de 2010.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en numerosas ocasiones respecto de tratados internacionales con objeto similar al que ahora se consulta (entre otros, dictámenes número 304/2023, de 27 de abril o 1.074/2021, de 22 de noviembre, relativos a los Tratados de Amistad y Cooperación con la República Francesa y con la República Portuguesa, respectivamente, y los que en ellos se citan), manteniendo que los Tratados de amistad y cooperación constituyen un claro ejemplo de la categoría de tratados de carácter político previstos en el artículo 94.1.a) de la Constitución Española.

En este caso el Tratado objeto de consulta, al igual que ocurre con la generalidad de los de su especie, está redactado con una especial solemnidad, que se refleja en la existencia en su texto de una serie de declaraciones programáticas y de principios que han de regir las relaciones entre los países que forman parte del mismo, inspirados en buena medida en los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas. La importancia política del Tratado se deriva de tales principios, de los vínculos históricos y culturales que unen a las Altas Partes Contratantes y del deseo de dar un salto cualitativo a sus relaciones actuales.

En consecuencia, la calificación del Tratado en cuestión como tratado de carácter político, incluido en el supuesto previsto en el artículo 94.1.a) de la Constitución, determina que su ratificación requiera la previa autorización de las Cortes Generales.

Dictamen 454/2023, de 11 de mayo.

3.3.2 **Tratados de carácter militar**

Tratado de cooperación en el ámbito de la defensa entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Barcelona el 19 de enero de 2023.

La incidencia en materia de defensa del objeto del Acuerdo es clara, y así resulta tanto de su título como de su contenido. El Consejo de Estado ha des-

tacado el carácter militar de Convenios que recaen sobre materias relacionadas con la defensa (dictámenes números 559/2014, de 17 de julio; 1.159/2014, de 17 de diciembre, y 659/2015, de 17 de septiembre, entre otros) y que, al igual que el Acuerdo ahora examinado, se subsumen en el supuesto del artículo 94.1.b) de la Constitución, lo que determina que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse requiera la previa autorización de las Cortes Generales.

↻ *Dictamen 181/2023, de 23 de marzo.*

3.3.3 Tratados que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales

Acuerdo entre el Reino de España y la Corte Penal Internacional relativo a la ejecución de las penas de la Corte Penal Internacional, hecho en La Haya el 8 de diciembre de 2022.

De otro lado, puesto que el Acuerdo influye en el régimen de las penas privativas de libertad (en especial, su artículo 4), incide asimismo sobre las previsiones del artículo 25.2 de la Constitución, por lo que el Acuerdo entra dentro del ámbito de aplicación del segundo supuesto del artículo 94.1.c) de la Constitución, como ha señalado este supremo órgano consultivo en relación con tratados sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias penales y sobre traslado de personas condenadas (por todos, dictamen número 537/2010, de 29 de abril).

↻ *Dictamen 42/2023, de 23 de febrero.*

Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guatemala relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados, hecho *ad referendum* en Madrid el 18 de enero de 2023.

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre otros acuerdos internacionales similares al que ahora es objeto de consulta (dictamen número 545/2021, de 8 de julio, y los que en él se citan) y ha establecido que «es necesario que este tipo de acuerdos obtengan la previa autorización de las Cortes Generales, ya que dicha regulación es claro que afecta a materias reguladas por ley en el ordenamiento español (derechos y libertades de los extranjeros, contratación laboral y seguridad social), algunas de las cuales afectan asimismo a derechos y deberes fundamentales previstos en el título I de la Constitución», por lo que se ha consi-

derado que están comprendidos en los supuestos de los apartados c) y e) del artículo 94.1 de la Constitución.

↻ *Dictamen 183/2023, de 23 de marzo.*

Canje de Notas Verbales entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos nacionales de conducir y sobre el intercambio de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial, hecho en Madrid el 15 de marzo de 2023.

De otro lado, el intercambio de datos personales afecta al derecho fundamental previsto en el artículo 18 de la Constitución, como ha señalado el Consejo de Estado, entre otros, en los dictámenes número 583/2020, de 26 de noviembre, 1/2020, de 13 de febrero, o 679/2011, de 12 de mayo, además de incidir también en materia regulada por ley (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales), por lo que, con arreglo a dicha doctrina, se requiere la previa autorización de las Cortes Generales en virtud de lo previsto en el párrafo c) del artículo 94.1 de la Constitución para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio del Acuerdo.

↻ *Dictamen 371/2023, de 18 de mayo.*
↻ *Ver también dictamen 338/2023, de 4 de mayo.*

Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2001.

Además, como se indicó en el dictamen número 1.282/2008, de 18 de septiembre, relativo a la eventual necesidad de autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio del Convenio número 187 de la OIT, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, hecho en Ginebra el 31 de mayo de 2006, y en el reciente dictamen número 97/2023, de 9 de marzo, relativo al Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, hecho en Ginebra el 22 de junio de 1988, puede considerarse que el Convenio también queda comprendido en lo dispuesto por el artículo 94.1.c) de la Constitución, que hace referencia a los tratados o convenios que afecten a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el título I de la Constitución, por cuanto el artículo 40, en su segundo apartado, establece que los poderes públicos, entre otros extremos, «velarán por la seguridad e higiene en el trabajo». También por esta causa resulta necesaria la autorización de las Cortes Generales previa a la manifestación del consentimiento.

↻ *Dictamen 474/2023, 18 de mayo.*

3.3.4 Tratados que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública

Convenio por el que se crea el Observatorio del Square Kilometre Array, hecho en Roma el 12 de marzo de 2019.

El Convenio por el que se crea el Observatorio del Square Kilometre Array (SKAO), hecho en Roma el 12 de marzo de 2019, tiene por objeto facilitar y promover la colaboración mundial en el ámbito de la astronomía, y su primer objetivo es la puesta en marcha del proyecto SKA.

España colabora con la Organización SKA desde 2018 como miembro asociado, y desea adherirse a la nueva organización intergubernamental denominada SKA Observatory (SKAO) como miembro de pleno derecho. Se ha acordado que, a través de su incorporación, efectúe un desembolso de 41,4 millones de euros, según la memoria justificativa relativa al proyecto de adhesión de España a la Organización Intergubernamental del SKAO, formulada por la Secretaría General de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación.

A la vista de lo anterior, ha de concluirse que el tratado examinado ha de ser autorizado por la Cortes Generales con carácter previo a su conclusión, al estar encuadrado en el supuesto del párrafo d) del artículo 94.1 de la Constitución Española, ya que la adhesión de España implica obligaciones financieras para nuestro país.

↻ *Dictamen 77/2023, de 2 de marzo.*

Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre la cooperación en el despliegue de agentes de seguridad en el interior de vuelos desde, hacia o entre ambos países, hecho en Madrid el 29 de diciembre de 2022.

Además, aunque no pueda determinarse *a priori*, como reconoce el informe del Ministerio del Interior, de 27 de abril de 2022, la aplicación del Acuerdo generará una serie de gastos, por lo que es posible encuadrar también este Acuerdo en el supuesto de la letra d) del artículo 94.1 de la Constitución Española, puesto que para tal conclusión no es necesario que se efectúe una cuantificación expresa con carácter previo (así, por ejemplo, dictamen número 245/2022, de 24 de marzo). También por esta causa resulta necesaria la autorización de las Cortes Generales previa a la manifestación del consentimiento.

↻ *Dictamen 569/2023, de 15 de junio.*

Acuerdo Bilateral entre el Reino de España y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)

relativo a la designación del Palau Macaya como Centro de Categoría 2 auspiciado por la UNESCO, hecho en París el 21 de junio de 2023.

Sin embargo, los términos en los que está redactado el Acuerdo incluyen el nacimiento de obligaciones financieras para la Hacienda pública española, en concreto, en el artículo 7 del Acuerdo establece que el Reino de España apoyará al centro mediante la movilización de los recursos económicos complementarios que sean necesarios hasta un máximo de 15.000 euros anuales con cargo al presupuesto ordinario de la Dirección de Relaciones Culturales y Científicas, adscrita a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo. A esta aportación hace referencia tanto el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Función Pública, de 23 de junio de 2022, como la memoria económica justificativa de la AECID, de 1 de junio de 2022 –puntos segundo. B) y quinto. B) de antecedentes–.

Por ello debe entenderse que la prestación del consentimiento por el Reino de España al Acuerdo de referencia, para el que se prevé una duración de cuatro años renovable, implica la asunción de obligaciones financieras para la Hacienda pública, habiéndose así de calificar dicho Acuerdo dentro del supuesto previsto en el párrafo d) del artículo 94.1 de la Constitución Española. En efecto, como afirmó el Consejo de Estado en su dictamen número986/2009, de 25 de junio, citando el dictamen número1.872/2006, de 19 de octubre, y otros anteriores, el hecho de que exista una previsión presupuestaria específica no obsta a esta calificación «ya que lo relevante a efectos del artículo 94.1.d) de la Constitución no es que las obligaciones financieras tengan cobertura presupuestaria sino que el Estado español quede financieramente obligado, en posición deudora, desde un punto de vista internacional».

↻ *Dictamen 1066/2023, de 21 de septiembre.*

3.3.5 Tratados que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución

Convenio Marco para el impulso de la circulación del talento en el espacio iberoamericano, hecho en Soldeu el 21 de abril de 2021.

Por otro lado, el Acuerdo contiene algunas previsiones que afectan a materias reguladas por ley en el ordenamiento español (así, las relativas a extranjería e inmigración), quedando de este modo comprendido en el ámbito del artículo 94.1.e) de la Constitución.

En consecuencia, debe concluirse que es necesaria la autorización previa de las Cortes Generales, de conformidad con lo dispuesto en las letras a) y e) del artículo 94.1 de la Constitución.

↻ *Dictamen 1970/2022, de 19 de enero de 2023.*

Acuerdo entre el Reino de España y la Corte Penal Internacional relativo a la ejecución de las penas de la Corte Penal Internacional, hecho en La Haya el 8 de diciembre de 2022.

El Acuerdo del que se ocupa el presente dictamen viene a materializar las anteriores previsiones, regulando los asuntos relativos a la ejecución de las penas impuestas por la Corte que se cumplan en España, o resultantes de esa ejecución de las penas. De esta forma, recae sobre una materia que el artículo 13.3 de la Constitución reserva expresamente a la ley y queda por ello comprendido en el supuesto previsto en el párrafo e) del artículo 94.1 de la Constitución; así lo ha señalado el Consejo de Estado en relación con instituciones próximas, como es la de la extradición (dictámenes número 537/2010, de 29 de abril; 1.396/2012, de 31 de enero de 2013; o 1.000/2014, de 20 de noviembre, entre otros). También incide en materia reservada a la ley, por cuanto afecta a la ejecución de sentencias por los juzgados y tribunales, en la medida en que esta competencia está determinada por las leyes según el artículo 117.3 de la Constitución.

↻ *Dictamen 42/2023, de 23 de febrero.*

Convenio por el que se crea el Observatorio del Square Kilometre Array, hecho en Roma el 12 de marzo de 2019.

Además, el artículo 4 del Convenio establece que todos los miembros de pleno derecho otorgarán los privilegios e inmunidades previstos en el Protocolo relativo a los privilegios e inmunidades del SKAO, que forma parte integrante del Convenio, afectando así a materias reguladas por ley y encuadrándose también por ello en el apartado 1.e) del citado artículo 94 de la Constitución Española (por todos, dictámenes números 1.118/2019, de 30 de enero de 2020; 1.356/2022, de 15 de septiembre; o 1.606/2022, de 18 de noviembre).

↻ *Dictamen 77/2023, de 2 de marzo.*

Tratado de cooperación en el ámbito de la defensa entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Barcelona el 19 de enero de 2023.

Además, el Acuerdo contiene cláusulas específicas en materia de exenciones fiscales (artículo 12), de jurisdicción competente sobre el personal militar de la Parte de origen que se encuentre en el territorio de la otra Parte –Estado de acogida– (artículo 14), y de reclamaciones por daños (artículo 15), incidiendo así en materias reguladas por ley en el ordenamiento español y quedando por ello comprendido en el supuesto previsto en la letra e) del artículo 94.1 de la Constitución.

↻ *Dictamen 181/2023, de 23 de marzo.*

Acuerdo Global de Transporte Aéreo entre los Estados miembros de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental y la Unión Europea y sus Estados miembros, hecho en Bali, Indonesia, el 17 de octubre de 2022.

El Consejo de Estado ha tenido oportunidad de examinar otros tratados suscritos por España en materia de transporte aéreo similares al ahora sometido a consulta, entre otros, en el dictamen número 1.287/2012, de 10 de enero de 2013, en relación con el Acuerdo sobre una zona de aviación común entre la Unión Europea y sus Estados Miembros y la República de Moldavia, hecho en Bruselas el 26 de junio de 2012; en el dictamen número 867/2013, de 10 de octubre, sobre el Acuerdo euromediterráneo de aviación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Gobierno del Estado de Israel, por otra, hecho en Luxemburgo el 10 de junio de 2013; o, más recientemente, en el dictamen número 36/2022, de 24 de febrero, referente al Acuerdo sobre el transporte aéreo entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Estado de Qatar, por otra, hecho en Bruselas el 18 de octubre de 2021; o en el dictamen número 67/2022, de 3 de febrero, que examinó el Acuerdo Común entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Armenia, por otra, relativo a una zona común de aviación, hecho en Bruselas el 15 de noviembre de 2021.

De acuerdo con la doctrina expuesta en todos estos dictámenes, se concluye que el convenio de referencia contiene varias disposiciones (entre ellas, las relativas a autorizaciones para operar, derechos operativos y reglas de seguridad) que inciden de forma evidente sobre materia regulada por ley en el ordenamiento jurídico español (en particular, por la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, y por la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea). También las previsiones relativas a exenciones, tasas aeroportuarias y otros gravámenes recaen sobre materia reservada a la ley.

Es precisa, por tanto, la autorización previa de las Cortes Generales para la conclusión del convenio consultado, al estar este incluido en el supuesto previsto en la letra e) del artículo 94.1 de la Constitución Española.

↻ *Dictamen 269/2023, de 20 de abril.*
↻ *Ver también dictamen 420/2023, de 11 de mayo.*

Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guatemala relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados, hecho *ad referendum* en Madrid el 18 de enero de 2023.

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre otros acuerdos internacionales similares al que ahora es objeto de consulta (dictamen número 545/2021, de 8 de julio, y los que en él se citan) y ha establecido que «es necesario que este tipo de acuerdos obtengan la previa autorización de las Cortes

Generales, ya que dicha regulación es claro que afecta a materias reguladas por ley en el ordenamiento español (derechos y libertades de los extranjeros, contratación laboral y seguridad social), algunas de las cuales afectan asimismo a derechos y deberes fundamentales previstos en el título I de la Constitución», por lo que se ha considerado que están comprendidos en los supuestos de los apartados c) y e) del artículo 94.1 de la Constitución.

↻ *Dictamen 183/2023, de 23 de marzo.*

Tratado de Amistad y Cooperación entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Barcelona el 19 de enero de 2023.

Además, el Tratado recae sobre una materia regulada por ley en el ordenamiento español, como es la composición del Consejo de Ministros, regulada en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. En efecto, el artículo 2.4 del Tratado prevé que: «Un miembro del Gobierno de una de las Partes será invitado al Consejo de Ministros de la otra Parte, al menos una vez cada tres meses y por rotación», lo que parece desbordar la previsión del artículo 5.2 de la citada Ley 50/1997, según el cual: «A las reuniones del Consejo de Ministros podrán asistir los Secretarios de Estado y excepcionalmente otros altos cargos, cuando sean convocados para ello», y así lo reconoce la División de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y de Cooperación en su nuevo informe-propuesta. Ello determina que el Tratado objeto de consulta también quede encuadrado en el supuesto de la letra e) del artículo 94.1 de la Constitución y que sea necesaria la autorización de las Cortes Generales con carácter previo a su conclusión.

↻ *Dictamen 304/2023, de 27 de abril.*

Convenio entre el Reino de España y la República del Paraguay para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión o elusión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y su Protocolo, hecho en Santo Domingo el 25 de marzo de 2023.

El Convenio objeto de dictamen se integra por un contenido que es el propio de los instrumentos internacionales que tienen por fin evitar la doble imposición y la evasión fiscal e incorpora los estándares de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre tratados y convenios relativos a la misma materia y con análoga regulación al que es objeto del presente expediente, habiendo sentado una consolidada doctrina al respecto (entre otros muchos, en los dictámenes números 1.070/2018, de 7 de febrero de 2019, sobre el

Convenio entre el Reino de España y la República Popular China para eliminar la doble imposición en relación con los impuestos sobre la renta y prevenir la elusión y evasión fiscales y Protocolo; y el 583/2020, de 26 de noviembre, relativo al Convenio entre el Reino de España y Ucrania para eliminar la doble imposición en relación con los impuestos sobre la renta y prevenir la elusión y evasión fiscales y su Protocolo).

Conforme a dicha doctrina, este tipo de convenios viene a delimitar el ámbito de aplicación de las normas reguladoras de diversos impuestos, por lo que incide en la aplicación, entre otros, del impuesto sobre la renta, afectando, consiguientemente, a determinados aspectos de la potestad tributaria sometidos a reserva legal (artículos 133 de la Constitución y 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria). Por tal razón, estos instrumentos internacionales han de entenderse subsumidos en el supuesto regulado en el párrafo e) del artículo 94.1 de la Constitución.

↻ *Dictamen 338/2023, de 4 de mayo.*

Acuerdo marco de colaboración y cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Gobierno de Malasia, por otra, hecho en Bruselas el 14 de diciembre de 2022.

Es preciso subrayar también que el Acuerdo afecta al párrafo e) del artículo 94.1 de la Constitución, ya que se refiere a diversas materias que el ordenamiento español regula en normas de rango legal. Es el caso, a título de ejemplo, de ciertos aspectos recogidos en el Acuerdo relativos a la protección de los derechos de propiedad intelectual (artículo 17) o la readmisión de nacionales que se encuentren ilegalmente en el territorio de la otra Parte (artículo 20).

↻ *Dictamen 436/2023, de 4 de mayo.*
↻ *Ver también dictamen 437/2023, de 18 de mayo.*

Canje de Notas Verbales entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos nacionales de conducir y sobre el intercambio de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial, hecho en Madrid el 15 de marzo de 2023.

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad sobre otros acuerdos en forma de canje de notas relativos al reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, entre otros, en los dictámenes número 1913/2022, de 12 de enero de 2023; 940/2018, de 29 de noviembre; 440/2017, de 29 de junio, o 361/2013, de 6 de junio, relativos, respectivamente,

a acuerdos concluidos con Nueva Zelanda, la República de Costa Rica, la República de Serbia y el Principado de Mónaco. En ellos se indicaba que no era necesaria la previa autorización de las Cortes Generales por cuanto no afectaban a materias reservadas a la ley ni se encuadraban por ningún otro motivo en los restantes supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 94 de la Constitución. En concreto se señalaba que se referían a cuestiones propias de la actividad de policía administrativa, materia objeto de regulación reglamentaria, tal y como establecen los artículos 61 y 62 del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre (la determinación de los permisos que son válidos para conducir en España y su canje se regula en los artículos 21 y siguientes del Reglamento General de Conductores, aprobado por Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo).

Sin embargo, el Acuerdo ahora examinado incluye, además de las previsiones relativas al reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducir, otras relacionadas con el intercambio de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial (cláusulas 13 a 17). Al respecto, el informe-propuesta del director de la División de Tratados y otros Acuerdos Internacionales señala que tales previsiones están redactadas «en términos muy concretos, dejando a salvo el Derecho interno de las partes por lo que tampoco parece que dé lugar a la aplicación del artículo 94.1 de la Constitución». No obstante, estas cláusulas inciden en una materia regulada por ley (título V del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, modificado por la Ley 18/2021, de 20 de diciembre), siendo así que en numerosos dictámenes el Consejo de Estado ha puesto de manifiesto que los tratados que presentan esta característica se incardinan en el artículo 94.1.e) de la Constitución (entre otros, dictámenes número 238/2022, de 17 de marzo, o 51/2020, de 5 de marzo).

↻ *Dictamen 371/2023, de 18 de mayo.*

Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2001.

El Convenio objeto de dictamen entró en vigor el día 20 de septiembre de 2003 y regula las medidas de seguridad y salud en la agricultura, término que comprende, de acuerdo con su artículo 1, fundamentalmente, las actividades agrícolas y forestales realizadas en explotaciones agrícolas, incluidas la producción agrícola, los trabajos forestales, la cría de animales y la cría de insectos, la transformación primaria de los productos agrícolas y animales por el encargado de la explotación o por cuenta del mismo así como la utilización y el mantenimiento de maquinaria, equipo, herramientas e instalaciones agrícolas y cualquier proceso que

se efectúe en una explotación agrícola y está directamente relacionado con la producción agrícola.

Conforme a su artículo 4, el Convenio reposa sobre el compromiso de todo Estado miembro de formular, poner en práctica y examinar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud en la agricultura. Al respecto, varias de sus disposiciones establecen las medidas que la legislación interna deberá contemplar.

Recae, pues, sobre una materia regulada por ley en el ordenamiento español, como es la relativa a la seguridad y salud en el trabajo (principalmente, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre). Ello determina que quede encuadrado en el supuesto de la letra e) del artículo 94.1 de la Constitución Española y que sea necesaria la autorización de las Cortes Generales con carácter previo a su conclusión.

↻ *Dictamen 474/2023, de 18 de mayo.*

Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre la cooperación en el despliegue de agentes de seguridad en el interior de vuelos desde, hacia o entre ambos países, hecho en Madrid el 29 de diciembre de 2022.

El Convenio objeto de dictamen tiene por objeto impulsar y mejorar el nivel de cooperación entre las Partes, estableciendo un marco jurídico reforzado en la lucha contra la delincuencia en el ámbito de la seguridad aérea.

Recae, por lo tanto, sobre una materia regulada por ley en el ordenamiento español, como es la relativa a la seguridad aérea (principalmente, la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea). Ello determina que quede encuadrado en el supuesto de la letra e) del artículo 94.1 de la Constitución Española y que sea necesaria la autorización de las Cortes Generales con carácter previo a su conclusión.

↻ *Dictamen 569/2023, de 15 de junio.*

3.3.6 **Tratados del artículo 94.2 CE**

Acuerdo entre el Reino de España y Nueva Zelanda sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Madrid el 8 de noviembre de 2022.

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad sobre otros acuerdos similares al ahora consultado, entre otros, en los dictámenes números 658/2015, de 16 de julio, 440/2017, de 29 de junio o 940/2018, de 29 de noviembre, de los que se obtiene un cuerpo de doctrina que resulta de aplicación al supuesto ahora examinado.

Con arreglo a tal doctrina, el Acuerdo que se examina no requiere autorización de las Cortes Generales, por cuanto se refiere a cuestiones propias de la actividad de policía administrativa, materia objeto de regulación reglamentaria, tal y como establecen los artículos 61 y 62 del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre. En concreto, el Reglamento General de Conductores, aprobado por Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, regula en sus artículos 21 y siguientes qué permisos son válidos para conducir en España y su canje.

Dado que el Acuerdo consultado no afecta a materia reservada a la ley ni se incardina por ningún otro motivo en los restantes supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 94 de la Constitución, no resulta precisa la previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado.

En consecuencia, habrá de darse cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 94.2 de la Constitución, según el cual el Congreso de los Diputados y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los tratados o convenios que no requiera la previa autorización de las Cortes Generales.

↻ *Dictamen 1913/2022, de 12 de enero de 2023.*

Canje de Cartas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y las Naciones Unidas por el que se modifica el Acuerdo entre el Reino de España y las Naciones Unidas relativo al uso por las Naciones Unidas de locales en el Reino de España para la prestación de apoyo a operaciones de mantenimiento de la paz y operaciones conexas de las Naciones Unidas, hecho en Madrid y Nueva York el 13 de junio y 5 de diciembre de 2022.

El Canje de Cartas a que se refiere la presente consulta tiene por finalidad permitir a los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo integrarse voluntariamente en el sistema de Seguridad Social español. El Consejo de Estado, en el dictamen número 204/2009, de 26 de febrero, consideró necesario recabar la autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio del Acuerdo por considerar que este incidía en materias reservadas a la ley, al reconocer privilegios, inmunidades y exenciones de impuestos (artículo 94.1.e) de la Constitución), y por implicar obligaciones financieras para la Hacienda Pública (artículo 94.1.d) de la Constitución).

El Canje de Cartas, sin embargo, se limita a acordar la inclusión de un nuevo apartado en el artículo XXVI del Acuerdo con la finalidad antes mencionada, la cual, como ha señalado el director general de Ordenación de la Seguridad Social del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, se hará efectiva mediante la aplicación de la normativa española ya vigente en materia de Seguridad Social, por lo que no requiere la adopción de medidas legislativas adicionales. Por otra parte, el Acuerdo no supone ninguna obligación financiera para la Hacienda Pública.

Así pues, al no concurrir ninguno de los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 94 de la Constitución, no resulta precisa la previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado, pero habrá de darse cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 94.2 de la Constitución, según el cual el Congreso de los Diputados y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión del tratado o convenio que no requiera la previa autorización de las Cortes Generales.

↻ *Dictamen 57/2023, de 23 de febrero.*

Protocolo entre el Reino de España y Georgia relativo a la aplicación del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la readmisión de residentes en situación ilegal, hecho en Tiflis el 16 de febrero de 2023.

El Protocolo sometido a consulta es similar a los concluidos con otros Estados para la aplicación de los Acuerdos que la Unión Europea ha alcanzado con ellos sobre readmisión de residentes ilegales. El Consejo de Estado ha establecido una consolidada doctrina al conocer de los mismos, recogida, entre otros, en los dictámenes números 1.040/2017, de 11 de enero de 2018; 732/2015, de 27 de julio; 978/2014, de 13 de noviembre; 359/2013, de 6 de junio; o 1.909/2010, de 16 de septiembre, relativos, respectivamente, a los Protocolos suscritos con la República de Albania, Montenegro, la República de Serbia, la República de Moldova y la Federación Rusa para la aplicación de los correspondientes Acuerdos concluidos por la Unión Europea con dichos países para la readmisión de residentes ilegales.

El Protocolo ahora examinado tiene por objeto aplicar el Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre readmisión de residentes en situación ilegal, hecho en Bruselas el 22 de noviembre de 2010.

El Acuerdo referido regula las obligaciones de readmisión de nacionales por parte de Georgia y por parte de la Unión Europea, así como de nacionales de terceros países y apátridas, además del procedimiento de readmisión.

De este modo, mientras el Acuerdo regula aspectos relativos al régimen de entrada y expulsión de nacionales propios y de terceros Estados, el Protocolo se circunscribe a regular las autoridades competentes de ambas partes para la aplicación del Acuerdo, los pasos fronterizos, el idioma de comunicación, el desarrollo

del procedimiento de traslado y tránsito de las personas readmitidas y los aspectos relativos a la documentación que haya que aportar.

Por ello, de la misma forma y por idénticas razones que en los dictámenes citados, puede concluirse que el Protocolo referido no se encuadra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 94.1 de la Constitución Española, lo que determina que no sea necesaria la autorización previa de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado respecto del citado Acuerdo. Este queda en todo caso sujeto a la obligación de información inmediata de su conclusión al Congreso de los Diputados y al Senado, impuesta por el artículo 94.2 de la Constitución.

↻ *Dictamen 259/2023, de 13 de abril.*

Acuerdo Marco sobre la constitución de la Alianza Solar Internacional, hecho en Marrakech el 15 de noviembre de 2016.

El Consejo de Estado coincide con el parecer expresado en el informe-propuesta del director de la División de Tratados y otros Acuerdos Internacionales de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, y considera que el Acuerdo no se encuadra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 94.1 de la Constitución.

En particular, no implica obligaciones financieras para la Hacienda pública, pues, según el artículo VI del Acuerdo, las contribuciones de las Partes serán voluntarias y se habrá de analizar para cada programa específico los recursos financieros que es necesario movilizar; de otro lado, tampoco requiere ninguna medida legislativa para su aplicación, al tiempo que la inmunidad de que pueda gozar la Secretaría de la ISA en el territorio de cada Estado Miembro será con sujeción a su legislación nacional y conforme a un acuerdo aparte (artículo X.3).

Así pues, al no concurrir ninguno de los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 94 de la Constitución, no resulta precisa la previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado, pero habrá de darse cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 94.2 de la Constitución, según el cual el Congreso de los Diputados y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión del tratado o convenio que no requiera la previa autorización de las Cortes Generales.

↻ *Dictamen 176/2023, de 23 de marzo.*

Convenio entre el Reino de España y la República de Honduras en materia de regulación de las condiciones de entrada y permanencia de cooperantes, voluntarios/as y becarios/as de nacionalidad no hondureña

vinculados/as a la cooperación española y sus familiares, hecho *ad referendum* en Madrid el 22 de febrero de 2023.

El Convenio objeto de dictamen tiene por objeto regular la situación jurídica, en lo que a la entrada y permanencia de Honduras se refiere, del personal cooperante y sus familias, vinculado a la cooperación española, en los términos definidos en el artículo 2 del Convenio.

El Consejo de Estado coincide con la propuesta de resolución elaborada por la División de Tratados Internacionales y Otros Acuerdos Internacionales al entender que el Convenio sometido a consulta no incide sobre materia regulada por ley en el ordenamiento jurídico español ni se incluye en ningún otro supuesto del artículo 94.1 de la Constitución Española, ya que su articulado tiene por finalidad exclusivamente regular el régimen de entrada y estancia en Honduras del personal cooperante ligado a la cooperación española, sin que España asuma ninguna obligación como consecuencia del Convenio.

En definitiva, a la vista del contenido del Convenio, debe concluirse que no resulta precisa la autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado, ya que aquel no se incluye en ningún supuesto del artículo 94.1 de la Constitución Española.

En consecuencia, habrá de darse cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 94.2 de la Constitución, según el cual el Congreso de los Diputados y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los tratados o convenios que no requiera la previa autorización de las Cortes Generales.

↻ *Dictamen 494/2023, de 18 de mayo.*

Acuerdo Bilateral entre el Reino de España y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) relativo a la designación del Palau Macaya como Centro de Categoría 2 auspiciado por la UNESCO, hecho en París el 21 de junio de 2023.

En cuanto al trámite parlamentario a que deba ser sometido el Acuerdo sometido a consulta, no comparte el Consejo de Estado el criterio relativo a que el establecimiento obligatorio del recurso al arbitraje internacional incida siempre en el apartado e) del artículo 94.1 de la Constitución. En efecto, en línea con lo ya expuesto, entre otros, en los dictámenes número 934/2021, de 1 de julio, relativo al Acuerdo sobre el establecimiento del Instituto Internacional de Vacunas, hecho en Nueva York el 28 de octubre de 1996, o el número 1356/2022, de 15 de septiembre, relativo al Acuerdo entre el Reino de España y las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Oficina de Programas de la Oficina de las Naciones Unidas de Lucha contra el Terrorismo (OLCT) en Madrid, hecho en Nueva York el 22 de junio de 2022, cabe recordar que «la cláusula de solución de controversias

que lo contempla se refiere exclusivamente a las que surjan entre las Partes en relación con la interpretación o la aplicación del Acuerdo, tratándose por consiguiente de controversias internacionales entre sujetos de derecho internacional público que no están sujetas a reserva de ley», por lo que el establecimiento obligatorio del recurso al arbitraje internacional no es subsumible en el apartado e) del artículo 94.1 de la Constitución, y ello porque la sumisión del Estado al citado procedimiento no está sujeta a reserva de ley en el derecho español.

En este sentido, tiene particular interés recordar que así lo señaló el Consejo de Estado a propósito de las cláusulas de arreglo arbitral incluidas en tratados celebrados con la UNESCO para la creación de un centro de la misma categoría que el que es objeto del presente dictamen. Se trata del dictamen número 450/2014, de 5 de junio, sobre el Acuerdo entre el Reino de España y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) relativo a la creación del «Centro Internacional sobre Reservas de la Biosfera Mediterráneas, dos orillas unidas por su cultura y su naturaleza» como centro de categoría 2 auspiciado por la UNESCO, hecho en Barcelona el 5 de abril de 2014, y del dictamen número 907/2022, de 23 de junio, sobre el Acuerdo entre el Reino de España y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) relativo al centro auspiciado por la UNESCO (Categoría 2) denominado «Centro Internacional sobre Reservas de Biosfera Mediterráneas», hecho en Barcelona el 18 de mayo de 2022. En el primero de los dictámenes citados, se tomó como referencia el dictamen número 595/2008, de 30 de abril, en el que se preveía que ante controversias derivadas de la interpretación o aplicación del Acuerdo que no pudieran ser resueltas de otro modo por las Partes, cualquiera de estas podría someterlas a arbitraje para su solución con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, como precisamente ocurre en el Acuerdo ahora dictaminado.

↻ *Dictamen 1066/2023, de 21 de septiembre.*

3.3.7 **Reservas, enmienda, modificación y terminación**

Denuncia del Tratado de la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994.

En lo concerniente a la intervención de las Cortes Generales, como en efecto se ha recogido en antecedentes, el artículo 96.2 de la Constitución Española establece que «para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94» (en este sentido, dictámenes números 786/2010, de 13 de mayo, 85/2012, de 16 de febrero, o 414/2017, de 29 de junio).

Por su parte, el artículo 37.1 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, establece que el Consejo de Ministros podrá acordar la denuncia o la suspensión de la aplicación de un tratado internacional, a propuesta del ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación, en coordinación con el ministerio competente por razón de la materia objeto del tratado, conforme a las normas del propio tratado o a las normas generales de derecho internacional. El apartado 3 del mismo precepto añade que, no obstante, lo dispuesto en los apartados anteriores, los tratados internacionales comprendidos en los artículos 93 y 94.1 de la Constitución Española solo podrán ser denunciados previa autorización de las Cortes Generales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.2 de la Constitución Española.

El Consejo de Estado, en su ya citado dictamen número 2.312/94, de 1 de diciembre, afirmaba que la autorización de las Cortes Generales «es sin duda necesaria porque afecta derechamente a diversos apartados del artículo 94.1 de la Constitución: tiene el Tratado [de la Carta de la Energía] el expresado carácter político, implica obligaciones para la Hacienda Pública y afecta a materias reservadas a la ley».

Tal doctrina resulta de aplicación al presente caso, lo que determina que sea necesario recabar la autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la denuncia sometida a consulta, por estar el Tratado comprendido en los supuestos previstos en las letras a), d) y e) del artículo 94.1 de la Constitución Española.

↻ *Dictamen 376/2023, de 25 de mayo.*

3.4 REAL DECRETO-LEY

Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el procedimiento y los requisitos para el otorgamiento de la autorización administrativa de las redes de distribución de energía eléctrica cerradas.

Con ocasión de la labor consultiva, el Consejo de Estado viene advirtiendo cómo, de forma creciente, el régimen legal del sector eléctrico va siendo más disperso, fundamentalmente como consecuencia de la aprobación de reales decretos-leyes que regulan aspectos parciales de dicho sector, y que, en ocasiones, responden además a criterios distintos a los que inspira la legislación general –la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico–. Esto es lo que ha ocurrido con las redes de distribución cerradas, que no se regulan ni se contemplan en la citada ley, sino en un real decreto-ley, como se ha visto.

El artículo 129.4 de la Ley 39/2015 se refiere, dentro de los principios de buena regulación, al principio de seguridad jurídica, que requiere que la iniciativa normativa se ejerza «de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible,

integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas».

Si bien el uso de los reales decretos-leyes puede estar más justificado en determinados ámbitos como el del sector eléctrico, ya sea por la relevancia de esta actividad para la economía en su conjunto –como actividad diferenciada, pero también por su impacto en la competitividad de las actividades productivas–, ya sea por la dependencia de circunstancias coyunturales, es indispensable en todo caso que, junto a esa exigencia de salvar la excepcionalidad del uso del real decreto-ley, el marco normativo resultante garantice su coherencia, claridad y su carácter integrado. Por ello, estima el Consejo de Estado que resulta útil recordar en este momento dicha exigencia, que pudiera venir garantizada de una manera más sólida si las nuevas regulaciones de la actividad de suministro eléctrico se llevaran a cabo mediante la modificación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico o si, por considerar que dicha modificación requiere de un reposo mayor que el que brinda la institución del real decreto-ley, se previera la posibilidad de aprobar un texto refundido susceptible de garantizar dicha integración, claridad y certidumbre del marco normativo.

↻ *Dictamen 111/2023, de 9 de marzo.*

3.5 REGLAMENTOS

3.5.1 **Cuestiones generales**

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la norma básica de protección civil.

Hasta ahora, el artículo 8.1 de la NBPC vigente, aprobada por Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, establecía que «corresponde al Gobierno, como órgano superior de dirección y coordinación en materia de protección civil, aprobar, a propuesta del Ministro del Interior y previo informe de la Comisión Nacional de Protección Civil, los Planes Básicos y los Planes Especiales de Ámbito Estatal, así como las Directrices Básicas a las que se refiere el artículo 7.2 de la presente norma».

Con base en este precepto, que no especifica la forma, de entre las contempladas en el artículo 24.1 de la Ley del Gobierno, que deben revestir los actos de aprobación de tales planes y Directrices Básicas, la mayoría de los planes estatales de protección civil se han aprobado mediante acuerdo del Consejo de Ministros y la mayoría de las Directrices Básicas mediante real decreto del Consejo de Ministros.

[…]

A la vista de lo anterior, cabe concluir que conviven en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico planes estatales y Directrices Básicas de protección civil

aprobados mediante real decreto con otros aprobados mediante acuerdo del Consejo de Ministros.

La NBPC proyectada pretende poner fin a la anterior situación al establecer en sus artículos 6 y 14.1 que las Directrices Básicas de Planificación y los planes estatales «son aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta de la persona titular del Ministerio del Interior, previo informe del Consejo Nacional de Protección Civil». Aunque el Consejo de Estado en los dictámenes relativos a algunos de los reales decretos por los que se aprobaron o modificaron dichos planes estatales y Directrices Básicas –no todos ellos fueron sometidos al dictamen de este órgano– consideró que el rango con el que se presentaban era el adecuado (dictámenes números 734/2020, de 14 de enero de 2021, relativo al plan estatal de protección civil ante el riesgo de maremotos, que finalmente fue aprobado mediante acuerdo del Consejo de Ministros; 145/2020, de 2 de julio, relativo a la Directriz Básica de Protección Civil ante emergencias aeronáuticas de aviación civil, o 665/2019, de 10 de octubre, por el que se modificaban las otras cinco Directrices Básicas aprobadas por real decreto), nada obsta para que la nueva NBPC establezca que a partir de ahora revestirán la forma de acuerdos del Consejo de Ministros, pues la Ley 17/2015, de 9 de julio, no impone ninguna forma específica a tales planes y Directrices Básicas.

Pese a los menores requisitos procedimentales que existen para la aprobación de los acuerdos del Consejo de Ministros en comparación con las normas reglamentarias que revisten la forma de reales decretos, la participación de las distintas Administraciones públicas con competencias en la materia queda garantizada por medio de la exigencia de informe previo del Consejo Nacional de Protección Civil, que se configura en el artículo 39 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, como el órgano de cooperación en esta materia entre los diferentes entes territoriales. Esta participación se considera especialmente relevante en el caso de las Directrices Básicas de Planificación, por cuanto las mismas se definen en el artículo 4 de la NBPC proyectada como «los instrumentos para garantizar la homogeneidad y coherencia de la planificación de los riesgos en los que concurran planes de varias Administraciones Públicas».

En consecuencia, no se plantea ninguna objeción a esta previsión de la norma proyectada.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con las disposiciones adicionales primera y tercera del real decreto en proyecto, que prevén que la actualización, modificación o derogación de las Directrices Básicas de Planificación de protección civil o de los planes estatales de protección civil vigentes a la entrada en vigor de la NBPC se realizará de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6 y 14.1, respectivamente, de la misma. Se trata de permitir con esta fórmula que los planes estatales y las Directrices Básicas aprobadas por real decreto puedan ser modificadas o derogadas por un acuerdo del Consejo de Ministros.

Ha sido una cuestión controvertida la relativa a la naturaleza de los acuerdos del Consejo de Ministros, debatiéndose sobre si los mismos constituyen ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno o no. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Ley del Gobierno, son reglamentos las disposiciones aprobadas por real decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros y las disposiciones aprobadas por orden ministerial. Nada se dice en dicho precepto de los acuerdos del Consejo de Ministros, contemplados en su apartado 1.d).

El Consejo de Estado se hizo eco ya de esta cuestión en la Memoria del año 1990 en la que advertía de una práctica administrativa consistente en alumbrar disposiciones generales a través de resoluciones que ordenaban publicar en el *Boletín Oficial del Estado* acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros, suponiendo que quedaban situadas en el lugar que correspondía al órgano superior en la jerarquía normativa, esto es, al Gobierno, aunque no adoptaran la forma de real decreto. El Consejo de Estado se mostró contrario a esta práctica, señalando que «los acuerdos del Consejo de Ministros, en cuanto tales, podrán formalizar la manifestación de voluntad del Gobierno titular de la función ejecutiva pero no ser expresión del ejercicio de la potestad reglamentaria que, como se ha dicho, ha de adoptar la forma de decreto con incorporación consiguiente de la norma al ordenamiento jurídico en el lugar jerárquico que le corresponde».

Así pues, aunque nada impide que en el futuro los planes estatales y las Directrices Básicas de Planificación de protección civil se aprueben mediante acuerdo del Consejo de Ministros, no cabe que mediante dicho instrumento puedan modificarse o derogarse los aprobados mediante real decreto. En consecuencia, caben dos opciones: bien modificar los artículos 6 y 14.1 de la NBPC proyectada para establecer que los planes estatales y las Directrices Básicas de Planificación se aprobarán por real decreto del Consejo de Ministros, bien suprimir las disposiciones adicionales primera y tercera e incluir en la disposición derogatoria una cláusula de derogación de los planes estatales y de las Directrices Básicas vigentes aprobados mediante real decreto, estableciendo al mismo tiempo un régimen transitorio conforme al cual seguirán aplicándose en tanto no se aprueben los nuevos que los sustituyan.

La disposición adicional segunda indica que «la actualización, modificación o derogación de la Norma Básica de Autoprotección, aprobada por el Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, se realizará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de esta Norma Básica de Protección Civil». La remisión al artículo 6 de la NBPC proyectada, el cual se refiere exclusivamente a la aprobación de las Directrices Básicas de Planificación, debe entenderse en conjunción con la disposición transitoria segunda, que prevé que la Norma Básica de Autoprotección mantendrá su vigencia como Directriz Básica de Autoprotección. Esta previsión, sin embargo, no la despoja de su rango como norma reglamentaria aprobada mediante real decreto del Consejo de Ministros, por lo que debe reiterarse la misma

observación esencial que antes se hizo en cuanto a la imposibilidad de modificar o derogar las previsiones de un real decreto mediante un acuerdo del Consejo de Ministros.

↻ *Dictamen 287/2023, de 25 de mayo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

Debe recordarse que la reproducción en reglamentos del contenido de preceptos legales no es recomendable desde una perspectiva de técnica normativa, pero, sobre todo que, desde una óptica sustantiva, la mera y simple reproducción hace ineficaz el mandato de desarrollo.

Por estas razones, el Consejo de Estado considera necesario concretar en este artículo como mínimo, cuáles son los requisitos sobre los que la Inspección de Trabajo debe pronunciarse.

[…]

En definitiva, se llama a la autoridad consultante a precisar el contenido de este artículo y se sugiere que la especificación de todos y cada uno de los extremos sobre los que debe pronunciarse la Inspección laboral no se realice, en la medida de lo posible, a través de meras remisiones normativas.

↻ *Dictamen 746/2023, de 6 de julio.*

Real Decreto por el que se aprueba el Protocolo de reconocimiento médico forense de la persona detenida que se hallare bajo la Jurisdicción de Juzgados, Tribunales y Fiscalías.

A la vista de ese nuevo artículo 479, el paso desde una orden a un real decreto para aprobar el referido Protocolo descansa en entender que tal protocolo forma parte de las aludidas normas generales de actuación de los médicos forenses (materia reservada a un real decreto) y no solamente de un desarrollo o aplicación de estas últimas (extremo correspondiente a la habilitación conferida al Ministerio de Justicia) (…).

Señalaba el Consejo de Estado en su dictamen de 13 de diciembre de 2007, referido al expediente número 2.283/2007 (…), que los denominados protocolos de actuación están teniendo un creciente uso en diversos ámbitos organizativos de cierta complejidad, en los que trata de predeterminarse el orden y sistema con que deberán producirse una serie de actuaciones, normalmente encadenadas entre sí. Su finalidad última es brindar a los agentes que desarrollen esas actuaciones y a los destinatarios de las mismas unos criterios objetivos que estandaricen las iniciativas, reacciones y tratamientos que deben recibir las situaciones que vayan presentándose.

Se sigue de ello que tales protocolos se desenvuelven habitualmente en aspectos tales como, entre otros, la previsión de medios personales, la comunicación entre las distintas instancias involucradas, la revisión y actualización de los medios materiales y técnicos a emplear, o la difusión de información a los afectados o interesados.

En su dictamen de 15 de diciembre de 2005 (expediente número 1.897/2005), el Consejo de Estado destacó que «la actual Administración de Justicia conjuga una diversidad de órganos e instancias actuantes y de personas y entidades afectadas y una considerable complejidad en los medios personales y materiales que requiere, así como la ya citada confluencia de Administraciones competentes. Por ello, no es extraño que, al elaborar el proyecto de Reglamento Orgánico ahora considerado, y a la vista de las funciones propias y características de los Secretarios Judiciales, se haya suscitado la conveniencia de contar con protocolos de actuación de las Oficinas Judiciales. El Consejo de Estado entiende que esa figura de los protocolos de actuación en el procedimiento puede contribuir a la mejor organización y funcionamiento de los medios personales y materiales involucrados en la actual Administración de Justicia, fijando con claridad, y para conocimiento general, los modos de proceder en la gestión administrativa judicial».

Como ya se ha expresado la figura del protocolo de actuación no es desconocida en el ámbito específico de actuación de los médicos forenses. A través de los protocolos de actuación se pretende el establecimiento de una serie de pautas de actuación en determinados ámbitos de actividad administrativa, a fin de lograr una cierta uniformidad y estandarización que permita a los sujetos a los que se les aplican generar respuestas eficientes en las situaciones que se presenten.

↻ *Dictamen 346/2023, de 22 de junio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifican diversos reales decretos dictados para la aplicación en España de la Política Agrícola Común.

Debe recordarse, asimismo, que, según consolidada doctrina del Consejo de Estado (plasmada, sin ir más lejos, en varios de los dictámenes que acaban de citarse, como el 1.806/2022, de 22 de diciembre), las normas reglamentarias de derecho interno pueden apoyarse directamente en el derecho de la Unión Europea, aun sin precepto legal interno que las habilite.

↻ *Dictamen 1380/2023, de 20 de diciembre.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifican el Real Decreto 1130/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el régimen retributivo del Cuerpo de Secretarios Judiciales, y el Real Decreto 2033/2009,

de 30 de diciembre, por el que se determinan los puestos tipo adscritos al Cuerpo de Secretarios Judiciales a efectos del complemento general de puesto, la asignación inicial del complemento específico y las retribuciones por sustituciones que impliquen el desempeño conjunto de otra función, para dar cumplimiento al acuerdo entre la Administración del Estado y el comité de huelga de Letrados de la Administración de Justicia.

En el caso del Proyecto, la modificación del régimen retributivo de los letrados de la Administración de Justicia deriva del ya citado acuerdo de 28 de marzo de 2023, que se suscribió con el comité de huelga que se había constituido con representantes de los letrados de la Administración de Justicia y no con la correspondiente Mesa de negociación.

Por lo tanto, ocupándose el Real Decreto 101/2019 y el Proyecto de la misma materia, su origen es sustancialmente distinto: el primero procede de la negociación colectiva entre la Administración del Estado y las correspondientes organizaciones sindicales, mientras que el Proyecto está conectado con la negociación que esa Administración llevó a cabo con el Comité de Huelga de los Letrados de la Administración de Justicia.

En consecuencia, la preocupación del Tribunal Supremo por la obligación de negociar las condiciones retributivas de determinados empleados públicos tuvo, en el caso que ahora se dictamina, un cauce de desenvolvimiento distinto del que fue evaluado por el Alto Tribunal en su citada sentencia.

Se explica así que la Memoria (apartado IV, 4.d) indique que «dicho acuerdo, alcanzado con el comité de huelga, goza conforme al artículo 8 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, de la eficacia propia de un Convenio Colectivo, por lo que, trasladando esta previsión al ámbito propio de la función pública, debe procederse a su obligada ejecución, sin necesidad de nueva intervención de representaciones sindicales».

El expediente remitido a consulta no recoge la composición exacta del comité de huelga que suscribió el mencionado acuerdo de 28 de marzo de 2023, pero la duración de ese conflicto colectivo y el hecho de que tal acuerdo fuera suscrito a muy alto nivel por la Administración del Estado (Secretaría de Estado de Función Pública) lleva a este Consejo a entender que esa composición y el desarrollo de las negociaciones, unidos al acuerdo finalmente alcanzado, respetaron adecuadamente el derecho de huelga y los términos en que, durante ese conflicto colectivo, pueden negociarse las condiciones de trabajo en cuestión. Otra consideración sería procedente en caso contrario.

↻ *Dictamen 1111/2023, de 28 de septiembre.*

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento que establece los requisitos que deben adoptar los sistemas y programas in-

formáticos o electrónicos que soporten los procesos de facturación de empresarios y profesionales, y la estandarización de formatos de los registros de facturación.

El Consejo de Estado considera que la regulación del contenido de la información «es un aspecto que debe estar regulado por una norma con rango de real de decreto porque es de especial trascendencia». Ello es así por dos razones: «por un lado, porque como se desprende de la tramitación del expediente y del presente dictamen, la información que conste en los registros de facturación contenidos en los sistemas informáticos tiene importantes implicaciones jurídicas. (…). Por otro, porque el hecho de que el proyecto –como se ha señalado– contenga una regulación tan pormenorizada del contenido de esa información (artículos 10 y 11), pone de manifiesto que el propio Ministerio de Hacienda y Función Pública es consciente de que la determinación de dicha información reviste especial importancia y no puede llevarse a cabo por orden ministerial». Se concluye que «(…) habida cuenta de la importancia cualitativa de la información que, en su caso, pudiera ser exigida a los destinatarios del proyecto sometido a consulta, así como de las implicaciones y contraindicaciones derivadas de una eventual exigencia de información por orden ministerial diferente de la que ya se exige por el Reglamento, el Consejo de Estado estima que el contenido de la información –sus elementos esenciales– que debe suministrarse ha de quedar determinada en una norma con rango de real decreto».

- *Dictamen 207/2023, de 6 de julio.*
- *Ver también dictamen 834/2023, de 20 de julio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se regula el control del rendimiento lechero, para la evaluación genética en las especies bovina, ovina y caprina, se establecen las bases reguladoras, de las subvenciones al control del rendimiento lechero y se modifican diversos reales decretos en materia agraria.

Aunque la Comisión nacional de control lechero esté formalmente adscrita al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y vaya a estar presidida por el director general de Producciones y Mercados Agrarios, desde una perspectiva sustantiva o material actuará como una suerte de órgano de cooperación entre el Estado, las comunidades autónomas y las entidades representativas del sector, llamado a aprobar una serie de protocolos que condicionarán la ejecución de las pruebas de control de rendimiento por las asociaciones u organizaciones de criadores y las entidades de control lechero.

Como órgano colegiado de carácter interadministrativo, la Comisión nacional de control lechero no se rige por lo dispuesto en el artículo 22.2 de la

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sino por lo establecido en el capítulo III de dicho cuerpo normativo. Su constitución no se tiene que articular a través de una orden ministerial, sino del vehículo normativo que regule la materia sobre la que se va a materializar la colaboración, teniendo presente que, con carácter general, las comunidades autónomas son quienes poseen las competencias ejecutivas sobre el sector ganadero y que, por lo tanto, sería preferible que los órganos de coordinación que se instituyan en este ámbito sean creados mediante ley o real decreto del Consejo de Ministros.

En definitiva, considera este Alto Cuerpo Consultivo que el Real Decreto proyectado debería crear la Comisión nacional de control lechero, delimitando su composición y funciones, sin perjuicio de la eventual aprobación de un estatuto que desarrolle su régimen interno con posterioridad. Máxime habida cuenta de que los artículos 6.1.b).4.º, 11, 12.3, 13.3, 16.2 y 18.4 requieren que los medios y equipamiento de las entidades de control lechero, la recogida de datos durante los controles de rendimiento, la toma de muestras de leche y su análisis laboratorial, la aplicación de los métodos de control B y C, la información que tiene que figurar en el Registro de entidades y datos generales de control de rendimiento lechero y la frecuencia mínima de las auditorías aleatorias, se ajusten a los protocolos que se aprueben en el seno de la Comisión nacional de control lechero y que, siendo todos estos aspectos esenciales para el buen funcionamiento del sistema, carece de sentido postergar su concreción al momento indeterminado en el que la orden ministerial de constitución de la citada Comisión sea finalmente aprobada.

↻ *Dictamen 747/2023, de 6 de julio.*

3.5.2 **Potestad reglamentaria**

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica la instrucción técnica complementaria ITC AEM 1»Ascensores», que regula la puesta en servicio, modificación, mantenimiento e inspección, de los ascensores así como el incremento de la seguridad del parque de ascensores existente.

Es preciso acudir a la clásica distinción entre reglamentaciones técnicas y normas técnicas. De acuerdo con esta distinción –que procede del derecho internacional del comercio y que ha sido acogida tanto por el ordenamiento de la Unión Europea como por el derecho español– las «reglamentaciones técnicas» son verdaderas normas jurídicas, aprobadas por órganos titulares de la potestad reglamentaria y con eficacia obligatoria; las «normas técnicas», en cambio, no son normas jurídicas, sino especificaciones técnicas de cumplimiento voluntario, aprobadas por organismos privados de normalización. Este es el caso de las normas UNE aprobadas por la Asociación Española de Normalización (AENOR), muchas de

las cuales incorporan normas aprobadas por organizaciones europeas de normalización (normas UNE-EN).

Como se ha apuntado, las normas UNE aprobadas por AENOR son normas técnicas de naturaleza privada. Sin embargo, el ordenamiento las dota de eficacia jurídica, bien a través de una reproducción directa de esas especificaciones técnicas en el texto de un reglamento, bien mediante un reenvío a la norma técnica por parte de la norma reglamentaria. Esa remisión o reenvío puede hacerse a la norma técnica en una concreta versión o año de edición; de este modo, cuando varía el año de edición de la norma técnica, sería siempre necesario modificar la norma reglamentaria que contiene el reenvío para adaptarla a las especificaciones técnicas más recientes.

Pero junto a esta modalidad existe también la posibilidad de una remisión a la norma técnica que la identifica por su número, pero no por su año de edición; de este modo, se lleva a cabo el reenvío a la aplicación de una norma técnica, no solo en su versión vigente en el momento de aprobarse la norma reglamentaria, sino también en sus versiones futuras. Esta técnica de remisión es frecuente en los reglamentos de seguridad industrial; en ellos, el reenvío a normas UNE sin mencionar el año de edición en el texto del reglamento se suele completar con un anexo en el que se enumeran las versiones vigentes de las normas técnicas, previéndose que cuando varíe el año de edición de esas normas, el Ministerio competente llevará a cabo una actualización de la referencia a la norma técnica mediante una resolución dictada por el órgano directivo encargado de la materia (sin necesidad, por tanto, de operar una modificación normativa del correspondiente anexo).

[…]

Dado que las directivas y reglamentos que obedecen al modelo del «nuevo enfoque» mantienen el carácter voluntario de las normas EN (puesto que se limitan a establecer una presunción del cumplimiento de las reglamentaciones de seguridad), para actualizar las referencias a las distintas versiones o años de edición basta la publicación de esa referencia actualizada en el Diario Oficial de la Unión Europea, sin necesidad de aprobar un instrumento de naturaleza normativa para que las remisiones contenidas en las directivas y reglamentos europeos pasen a estar referidas a la última versión de cada norma técnica.

En línea con este modo de proceder del derecho de la Unión Europea, entiende el Consejo de Estado que un reglamento de seguridad industrial como el proyectado puede habilitar al órgano directivo competente del departamento consultante para actualizar, mediante resolución, las referencias a las normas técnicas a las que ese reglamento de seguridad industrial se remite. Sin embargo, al igual que en el ordenamiento europeo, esa actualización mediante resolución únicamente cabrá cuando el cumplimiento de la norma UNE remitida sea voluntario (…).

En cambio, en el resto de las normas técnicas que se citan en la proyectada ITC y sus anexos la remisión se hace imponiendo el cumplimiento obligatorio de

esas normas. En todos esos casos, considera el Consejo de Estado que la actualización de las correspondientes referencias supone un verdadero ejercicio de la potestad reglamentaria, por lo que no procede llevarla a cabo mediante una resolución administrativa, sino a través de una norma jurídica modificativa de la propia ITC proyectada. Dado el carácter específico y marcadamente técnico de esa modificación, podría habilitarse a la orden ministerial para actualizar las referencias a las normas UNE y UNE-EN que se contemplan en el proyecto de Real Decreto sometido a consulta.

↻ *Dictamen 1923/2022, de 23 de marzo de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de ordenación de la enseñanza en la Guardia Civil, aprobado por el Real Decreto 131/2018, de 16 de marzo, y el Reglamento de evaluaciones y ascensos del personal de la Guardia Civil, aprobado por el Real Decreto 512/2017, de 22 de mayo.

El proyecto remitido a consulta pretende principalmente modificar una competencia, trasladándola de un órgano inferior –el director general de la Guardia Civil– a otros dos jerárquicamente superiores –los ministros de Interior y Defensa– de una misma organización, la Administración General del Estado. Nada obsta a que el Gobierno, en uso de su potestad reglamentaria y de sus facultades de autoorganización, proceda a su aprobación por diversos motivos.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la mención que el artículo 71.2 de la Ley 29/2014 efectúa al director general de la Guardia Civil debe entenderse efectuada como mínimo a un órgano con dicho rango, por lo que nada impide que tal competencia pueda ser asumida por una autoridad superior y, menos aún, una con rango de ministro.

Ello es así porque la jerarquía administrativa de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público –uno de los principios por los que se rige la Administración pública de acuerdo con el artículo 103.1 CE– impide que una autoridad vea «congelado» su rango de manera que se configure una clase de «espacio autónomo» reservado en exclusiva a una autoridad. Todo lo contrario, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público («Ley 40/2015») contempla en sus artículos 8 y siguientes diversos procedimientos para alterar la competencia entre ellos, la avocación, a través de la cual el órgano superior puede asumir el conocimiento de algún asunto de un órgano inferior, por diversos motivos, entre ellos, los motivos jurídicos (artículo 10.1 de la Ley 40/2015).

En segundo lugar, hay que recordar que la aprobación de las bases generales de las convocatorias y los requisitos y circunstancias aplicables al concurso-oposición y al curso de capacitación para el ascenso al empleo de cabo de la Guardia

Civil es un acto de naturaleza reglamentaria, conforme ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2022.

La potestad reglamentaria que el artículo 61.a) de la Ley 40/2015 y el artículo 4.1.b) de la Ley 50/1997 atribuyen a los ministros, superiores jerárquicos de los directores generales y la dependencia de estos respecto de aquellos *ex* artículo 66 de dicha Ley 40/2015, permiten que, en cumplimiento de aquella sentencia del Tribunal Supremo, sea posible proceder a la aprobación de la modificación que pretende la norma sometida a consulta.

↻ *Dictamen 1162/2023, de 8 de noviembre.*

3.5.2.1 *Titulares de la potestad reglamentaria*

Proyecto de Orden por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023.

El secretario de Estado de Seguridad Social y Pensiones no es miembro del Gobierno (artículo 1.2 de la Ley del Gobierno), titular de la potestad reglamentaria según el artículo 97 de la Constitución, y en consecuencia carece de esta potestad. En consonancia con ello, el artículo 62.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al listar las funciones de los secretarios de Estado, no menciona la potestad reglamentaria. En consecuencia, debe suprimirse la habilitación contenida en la disposición final tercera del proyecto.

↻ *Dictamen 6/2023, de 26 de enero.*

Proyecto de Orden por la que se establece un plan de gestión, para la pesca con artes de cerco en el Subcaladero Mediterráneo.

De acuerdo con este artículo, pues, la Secretaría General de Pesca puede determinar topes máximos de captura con las siguientes condiciones: primero, que se trate de pesquerías en las que existan limitaciones de volumen de capturas o de esfuerzo pesquero; y segundo, que se haga con la finalidad de «racionalizar su consumo a lo largo del año o evitar el agotamiento de las posibilidades de pesca sobre especies accesorias que impiden continuar con la pesca de especies objetivo». Solo si se cumplen estas condiciones pueden establecerse, pues, estos topes por la secretaría general.

Sucede, sin embargo, que, como se ha expuesto, la propia orden fija los topes de algunas especies en su artículo 10, y que lo que hace la disposición adicional que se examina, si la interpretación propuesta es correcta, consiste en habilitar a la

secretaría general para fijar topes para aquellas especies respecto de los cuales el artículo 10 no ha establecido ninguno, y para modificar los topes recogidos en el citado artículo 10 para el resto.

En este contexto, deben hacerse las siguientes consideraciones:

Primero, resulta conforme con el artículo 37 de la ley que se habilite a la secretaría general para fijar topes de pesca, siempre que se haga de conformidad con lo previsto en dicho artículo. (…)

Segundo, lo que no es conforme a derecho es que se otorgue a la secretaría general la potestad de modificar la orden proyectada, que tiene naturaleza normativa y que, por ello, no puede ser modificada por una resolución de la secretaría general, como sucede en relación con las especies que tienen fijadas topes en el artículo 10.

↻ *Dictamen 590/2023, de 22 de junio.*

Proyecto de Circular de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre la aplicación del artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones.

El Consejo de Estado examinó esta potestad de la Presidencia de la AEPD tanto en el dictamen número 757/2017, de 26 de octubre (sobre el anteproyecto de lo que después sería la LOPD) como en el dictamen número 683/2020, anteriormente citado (sobre el proyecto de lo que luego sería el EAEPD).

Cabe recordar que la redacción de este artículo 55 de la LOPD resulta, entre otras aportaciones, de una observación formulada en el dictamen número 757/2017, en el que se apuntó a la necesidad de reconsiderar la amplitud con que aquel anteproyecto configuraba las potestades normativas de la Presidencia de la AEPD, de forma que esa potestad normativa de la agencia (no prevista en el RGPD) debía quedar claramente delimitada en el sentido de que no corresponde a aquella desarrollar las previsiones del RGPD, sino únicamente velar por su correcta aplicación. Se recordaba allí que la jurisprudencia constitucional se ha mostrado restrictiva incluso a la hora de enjuiciar la hipotética relación entre la ley orgánica y la ley ordinaria, «lo que restringe el ámbito de actuación del Gobierno al respecto y, con más claridad, la del Presidente de una Administración Independiente». Por ello, se entendía que debía mantenerse la habilitación al Gobierno de la nación para aprobar o modificar las disposiciones reglamentarias para la aplicación y desarrollo de lo previsto en la ley, «y contemplando la potestad del Presidente de la Agencia Española de Protección de Datos de dictar Circulares e Instrucciones que fijen los criterios y guías a que responderá la actuación de esa entidad en el tratamiento de las materias y cuestiones que recomienden tal explicitación de criterios».

En esta línea se adaptó el artículo 55.1 de la LOPD, delimitando su ámbito material en el sentido indicado, y así se recogió después en el EAPD, para evitar

que la redacción inicialmente proyectada pudiera interpretarse en un sentido más amplio que la delimitación material prevista en el artículo 55.1 de la LOPD.

En relación con la naturaleza de estas circulares de la AEPD, el dictamen número 683/2020 destacaba por su parte que la estricta delimitación que el citado artículo 55.1 de la LOPD hace de su ámbito material podría llevar a la conclusión de que tienen «como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo, y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar». Sin embargo, el apartado 3 del mismo artículo 55 dispone que las circulares «serán obligatorias una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado», lo que revela su eficacia ad extra, «en la medida en que, más allá de su obligatoriedad ad intra en la estructura administrativa de la Agencia, podrán afectar a todos los ciudadanos».

Las circulares de la AEPD, en definitiva, fijan los criterios con arreglo a los cuales la propia agencia aplica lo dispuesto en el RGPD y en la LOPD. Esos criterios, como se decía en el repetido dictamen número 683/2020 «vincularán, desde luego, la actuación de los distintos órganos de la Agencia, pero también tienen la vocación de afectar los derechos y obligaciones de terceros».

Sin perjuicio, por tanto, de que sean más asimilables a disposiciones de carácter general que a instrucciones o directrices de actuación dictadas en el ejercicio del poder jerárquico (con el fin de establecer criterios de aplicación e interpretación jurídica), deben tenerse en cuenta, en todo caso, los estrictos contornos materiales a que se limitan estas circulares de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55.1 de la LOPD y artículos 5 y 6 del AEPD. Es decir, estas circulares deben limitarse a fijar los criterios a que responderá la actuación de la AEPD en la aplicación de lo dispuesto en el RGPD y en la LOPD.

[…]

La evolución de esos criterios jurisprudenciales –dinámicos, no estáticos– puede ser un elemento que apoye la idoneidad de un instrumento como la circular de la AEPD para reforzar la seguridad jurídica de los operadores que han de aplicar aquellas normas (y que eventualmente podrían ser sancionados por su incorrecta aplicación).

[…]

A juicio del Consejo de Estado, este primer artículo debería precisar el objeto de la circular –que no está claro en el texto, como en seguida se verá–, por lo que su título deberá ser «Objeto». De acuerdo con ello, su apartado 1 debería comenzar con los siguientes o parecidos términos: «La presente circular tiene por objeto fijar los criterios a que responderá la actuación de la AEPD en relación con el derecho de los usuarios finales…». Esta precisión resulta fundamental en este caso, porque determina el alcance de las demás previsiones de la circular, ciñéndolas al contorno estricto que establece el artículo 55.1 de la LOPD, y afecta de manera relevante a la forma en que deben ser entendidas las demás previsiones de la circular, cuya redacción, en algunos casos, genera una apariencia diferente como en seguida se verá.

Por tanto, en la medida en que esta precisión acota el alcance real de las demás previsiones de la circular –más allá de su concreta redacción en cada caso– para que se mantengan dentro de lo que el artículo 55.1 de la LOPD permite, entiende el Consejo de Estado que resulta imprescindible incluir esa delimitación del objeto, sea en los términos indicados o sea en otros análogos pero siempre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.1 de la LOPD.

[…]

En definitiva, se trata de cuestiones complejas, que requieren un análisis detallado caso por caso, por lo que resulta necesario que la redacción del Proyecto (…) evidencie que no se están imponiendo nuevos deberes (con nuevas cargas que previsiblemente serían repercutidas sobre los usuarios), sino que se están fijando los criterios a los que responderá la actuación de la AEPD, tal y como establece el artículo 55.1 de la LOPD.

↻ *Dictamen 677/2023, de 22 de junio.*

Circular de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, relativa al uso obligatorio de medios electrónicos, para la práctica de comunicaciones y notificaciones entre los mediadores de seguros, de reaseguros y de determinados mediadores de seguros complementarios y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Se trata de la primera vez que una circular de la DGSFP es sometida a dictamen de este Alto Cuerpo Consultivo. Como ha señalado el Consejo de Estado (entre otros, en la Memoria del año 2002), pueden existir circulares normativas que establezcan derechos y obligaciones que afectan a terceros ajenos a la estructura organizativa propia del ente que las dicta y que, por medio de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, se integran en el ordenamiento jurídico. Estas circulares son habituales y están admitidas en el caso de las Administraciones independientes (por ejemplo, el Banco de España o la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). No ocurre lo mismo cuando se trata de circulares emanadas de direcciones generales (por mucho que la posición de la DGSFP presente similitudes con la de los supervisores de otros mercados financieros, el de crédito y el de valores). Las previsiones del artículo 97 de la Constitución Española y del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno atribuyen, de ordinario, la potestad reglamentaria al Gobierno y a sus miembros. De ahí que cuando las circulares de los órganos directivos de los departamentos ministeriales tengan vocación de auténticas normas jurídicas sería preferible que sus previsiones se recondujeran a uno de los cauces naturales del ejercicio de la potestad reglamentaria: el real decreto o la orden ministerial.

En el presente caso, sin embargo, la Ley 20/2015, de 14 de julio, prevé expresamente que la DGSFP pueda dictar circulares, que serán publicadas en el

Boletín Oficial del Estado, para desarrollar la normativa de seguros y, en particular, para establecer la obligatoriedad de comunicarse con ella por medios electrónicos (artículo 17.2 y disposición adicional decimoséptima). En consecuencia, existiendo esta previsión legal, cabe admitir la posibilidad de dictar la presente circular, sin perjuicio de reiterar que esta forma de proceder ha de revestir un carácter excepcional.

↻ *Dictamen 748/2023, de 6 de julio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 905/2022 de 25 de octubre, por el que se regula la intervención sectorial vitivinícola, en el marco del Plan Estratégico de la Política Agrícola Común.

El texto remitido a este Consejo añade al Real Decreto 905/2022, de 25 de octubre, una disposición adicional tercera que habilita al titular de la Dirección General de Producciones y Mercados Agrarios a «adoptar mediante resolución las disposiciones necesarias con el fin de implantar tipos de intervención que por motivos de urgencia o de crisis habilite de manera extraordinaria la normativa comunitaria en el marco de la Intervención Sectorial Vitivinícola, incluyendo las modificaciones necesarias en los actos de aplicación del presente real decreto».

De acuerdo con su preámbulo, «[l]a inmediatez en la aplicación de estas medidas (…) exige que esta cuestión se plantee como una cuestión de carácter puramente técnico y no normativo y pueda ser aprobado mediante resolución ejecutiva ya que es un acto destinado a la adaptación de la gestión de los tipos de intervenciones ya incluidos en la Intervención Sectorial Vitivinícola (ISV) sin carácter regulador».

A la vista de ello, conviene recordar que la naturaleza normativa o ejecutiva de una medida no depende de la «inmediatez» con la que tiene que ser tomada, sino de su contenido: si este innova el ordenamiento jurídico, será una disposición normativa; si, por el contrario, se limita a aplicarlo, será un acto ejecutivo. Por definición, la potestad reglamentaria corresponde en exclusiva al Gobierno y a cada uno de sus miembros (artículos 97 de la Constitución, 4.1.b), 5.1.h) y 24.2 de la Ley del Gobierno); en consecuencia, los órganos directivos de los departamentos ministeriales no pueden aprobar disposiciones de carácter normativo.

Quiere ello decir que la cláusula de habilitación contenida en la nueva disposición adicional tercera del Real Decreto 905/2022, de 25 de octubre, tiene que ser interpretada en el sentido de que faculta al titular de la Dirección General de Producciones y Mercados Agrarios a dictar los actos ejecutivos que resulten precisos para poner en marcha las medidas extraordinarias que el derecho de la Unión Europea eventualmente establezca en el marco de la intervención sectorial vitivinícola, pero en modo alguno le habilita para aprobar disposiciones que innoven el

ordenamiento jurídico, cualquiera que sea la situación de urgencia o de crisis que motive su adopción.

Resulta necesario, por ende, que se revise el párrafo de la parte expositiva de la propuesta que se ha transcrito con anterioridad y que en el artículo único se sustituya el término «disposiciones» por el sustantivo «medidas» para evitar las dudas interpretativas que su lectura pueda generar.

↻ *Dictamen 1212/2023, de 25 de octubre.*

3.5.2.2 *Habilitación* per saltum

Proyecto de orden por la que se modifica la Orden AAA/2536/2015, de 30 de noviembre, por la que se regulan las artes y modalidades de pesca marítima y se establece un plan de gestión para los buques de los censos del Caladero Nacional Canario.

El Consejo de Estado considera que la Orden Ministerial proyectada no es una norma de rango suficiente para establecer la restricción de acceso para el ejercicio de la pesca que se contempla en el nuevo artículo 1.5 de la Orden AAA/2635/2015. En este sentido, es preciso recordar que, como viene señalando de modo reiterado este Consejo, el desarrollo de las leyes mediante reglamento corresponde, como regla general, al Gobierno; y que la potestad reglamentaria de los ministros ha de ceñirse, bien a los asuntos de la esfera interna de competencia del departamento, bien a la ejecución de habilitaciones legales o reglamentarias expresas. Como explican las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de enero de 2011, 29 de enero de 2015 y 3 de junio de 2015, el desarrollo «ejecutivo» de la ley es, en principio, «una labor que requiere de la integración multidisciplinar de las diferentes áreas de la Administración en un enfoque unitario» por lo que «su aprobación sólo puede hacerse con plenitud de conocimiento y garantías en el Consejo de Ministros, donde convergen las diferentes perspectivas sectoriales en una unidad de análisis y decisión».

[…]

La prohibición de autorizar cualquier tipo de pesca en aguas exteriores hasta las 100 millas marinas que el proyecto impone no encuentra cobertura en la habilitación *per saltum* prevista en el artículo 12.1 de la Ley 3/2001.Y ello porque no se trata de una simple veda zonal, ni, en general, de una medida de protección de los recursos pesqueros que quede ceñida al ámbito de competencias propio del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Por la misma razón, tampoco encuentra amparo la restricción en la habilitación genérica al titular del ministerio para el desarrollo de la Ley 3/2001 prevista en su disposición final segunda, pues tal habilitación se circunscribe, como no puede ser de otro modo, al «ámbito de sus competencias».

De este ámbito competencial propio excede, sin duda, la medida que contempla el proyectado artículo 1.5 de la Orden AAA/2536/2015. No se trata de una restricción que afecte únicamente a los recursos pesqueros y a la economía del caladero nacional de Canarias, sino que –como más arriba se ha apuntado– resulta evidente que la prohibición puede tener un impacto económico sobre las flotas pesqueras de pabellón español no censados en Canarias, al eliminarse toda posibilidad de que el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación pueda autorizarlas para pescar en aguas exteriores del archipiélago. Este potencial impacto económico hace necesario que en la adopción de la medida examinada deban ponderarse de modo conjunto y global distintas perspectivas sectoriales, mediante una decisión integradora de esas perspectivas aprobada por real decreto del Consejo de Ministros.

↻ *Dictamen 4/2023, de 23 de marzo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se regula el mecanismo de optimización en la gestión de las posibilidades de pesca y se modifica la Orden APA/372/2020, de 24 de abril, por la que se regula la pesquería de patudo (*thunnus obesus*) en el Océano Atlántico y se establece un censo de buques autorizados a la pesca de patudo.

A este respecto, debe partirse de las novedades que introdujo la Ley 5/2023, de pesca sostenible e investigación en lo que se refiere a su desarrollo normativo. La Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, recogía diversas habilitaciones *per saltum* directamente a favor del titular del departamento correspondiente; de conformidad con dicho marco se aprobó la citada Orden APA/372/2020. Sin embargo, la nueva ley, de conformidad con el criterio expuesto por el Consejo de Estado en el dictamen número 1.169/2021, de 22 de diciembre, ha seguido una nueva orientación, en la que encomienda con carácter general su desarrollo –y el del resto de las disposiciones legales– a Reales Decretos, «que –dice su exposición de motivos– conjugarán la necesaria flexibilidad para operar conforme a las necesidades concretas de cada caladero, especie y arte con el establecimiento de normas comunes generales, horizontales y predecibles». De este modo, pues, las órdenes ministeriales pasan a jugar un papel diferente, pues su función consiste en desarrollar la regulación más general recogida en los reales decretos, salvo en algunos casos específicos en los que se mantiene la habilitación *per saltum* al ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación, cuando se trata de cuestiones de marcado carácter técnico y coyuntural. Este cambio supone, pues, que, en muchos casos, algunas materias que hasta ahora eran reguladas por órdenes ministeriales, tendrán que serlo ahora a través de Reales Decretos o que, cuanto menos, requerirán que se produzca un desarrollo general de la ley a través del co-

rrespondiente Real Decreto, cuyas previsiones podrán luego ser a su vez desarrolladas y aplicadas por órdenes ministeriales.

En este contexto, la forma más adecuada de actuar hubiera consistido en llevar a cabo en primer lugar el desarrollo reglamentario de la nueva ley a través de los correspondientes Reales Decretos, para proceder luego a la aplicación concreta de estos desarrollos generales a las distintas pesquerías o modalidades de pesca a través de las oportunas órdenes ministeriales que desarrollarían, a su vez, dichos Reales Decretos. Lo cierto, sin embargo, es que no se ha procedido así, y que ello determina que sigan en vigor algunas órdenes ministeriales que recogen materias que, a partir de la ley, solo pueden ser reguladas por Reales Decretos. Ello hace sumamente complejo un panorama normativo ya de por sí complicado. (…)

[…]

Examinado el proyecto a la luz de estas consideraciones, cabe llegar a las siguientes conclusiones:

[…]

En definitiva, resulta de lo anterior que los apartados uno, dos y tres del artículo segundo no son conformes con la Ley de pesca sostenible y de la investigación pesquera, dado que introducen en una orden ministerial la regulación de aspectos que, de conformidad con dicha ley, deben ser regulados por un Real Decreto. Resulta de ello, pues, que dichos apartados deben excluirse del proyecto consultado.

[…]

A la vista de las anteriores consideraciones (…) lo que es objetable, por contrario a la Ley de pesca sostenible e investigación pesquera, no es que se regule en el proyecto –que, a fin de cuentas, tendrá rango de Real Decreto– el contenido de los apartados unos, dos y tres del artículo segundo, sino que dicho contenido se incorpore en una orden ministerial –la citada Orden APA/372/2020–. Por ello, nada impide que el contenido de los citados apartados se recoja como contenido propio del Real Decreto, sin llevarse a una orden ministerial, lo que respetaría las normas sobre habilitaciones para el desarrollo incluidas en la Ley de pesca sostenible e investigación pesquera. (…) Para ello, bastaría con recoger el contenido de dichos apartados uno, dos y tres del artículo segundo (la inclusión en el CEPA de los buques reimportados, la substitución de buques en el CEPA y la autorización para la flota pesquera exterior), con los ajustes necesarios, en las correspondientes disposiciones adicionales del Real Decreto. (…) De esta manera se dejaría a salvo el rango de Real Decreto de esta regulación, con lo que no se suscitaría problema alguno al respecto.

[…]

En todo caso, como consideración final, el Consejo de Estado no puede dejar de llamar la atención sobre la necesidad de llevar a cabo un desarrollo nor-

mativo cuidado, ordenado y planificado de la nueva Ley 5/2023 para evitar situaciones como la expuesta que, en el mejor de los casos, hará que convivan dos normas simultáneamente regulando la misma pesquería: un Real Decreto y una orden ministerial. Ello exige, conforme a lo ya avanzado, aprobar a la mayor brevedad posible aquellos reglamentos generales de desarrollo de la ley que deberán tener rango de Real Decreto, que permitirán luego su aplicación a cada caso a través de las correspondientes habilitaciones concretas y puntuales a las órdenes ministeriales.

↻ *Dictamen 825/2023, de 20 de julio.*

Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden APA/25/2021, de 19 de enero, por la que se regula el ejercicio de la pesca de túnidos tropicales en el Océano Índico y se crea un censo de atuneros cerqueros congeladores, autorizados a la pesca de túnidos tropicales en el Océano Índico.

Este Consejo no discute que, por razón de su contenido, las medidas del proyecto de Orden hallen su encaje en alguno de los preceptos citados. El apartado uno del artículo único, dedicado a la inclusión en el CATI de los buques reimportados, se integra con naturalidad en el régimen jurídico de dicho censo específico, creado al amparo del artículo 11 de la Ley 5/2023, de 17 de marzo. Lo mismo puede decirse del apartado dos, referido a la sustitución de buques. El apartado tres, por su parte, se ocupa de la autorización para la flota pesquera exterior en el ámbito de la Orden APA/25/2021, de 19 de enero, dentro de los límites del artículo 13 de la Ley 5/2023, de 17 de marzo. Finalmente, el apartado cuatro del artículo único del proyecto, que generaliza el mecanismo excepcional de gestión conjunta de posibilidades de pesca, encuentra alojamiento en la letra c) del artículo 31.2 de la Ley 5/2023, de 17 de marzo.

Se observa inmediatamente, sin embargo, que ninguno de los preceptos legales citados permite su desarrollo por orden ministerial. El sistema de habilitaciones *per saltum* ha sido abandonado, en lo tocante al proyecto que se dictamina, con la entrada en vigor de la nueva Ley de pesca sostenible e investigación pesquera. En primer lugar, su artículo 11 se refiere al Gobierno, y no a sus miembros, como autoridad susceptible de regular censos específicos como el CATI. En segundo lugar, su artículo 13 (…) no contiene habilitación alguna para el desarrollo reglamentario, lo que obliga a recurrir a la general de la ley, contenida en su disposición final cuarta; a tenor de ella, «Sin perjuicio de las habilitaciones específicas contenidas en esta ley, se habilita al Gobierno de la Nación para desarrollar la presente ley mediante real decreto». En tercer lugar, el artículo 31 de la Ley 5/2023, de 17 de marzo autoriza, en su apartado 2, la regulación por real decreto de las medidas de gestión de los recursos pesqueros, permitiendo al ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación únicamente el desarrollo del real decreto para aprobar planes de gestión de pesca

para determinadas zonas o pesquerías (…). En cuarto lugar, el artículo 32 de la Ley de pesca sostenible e investigación pesquera permite, también, su desarrollo por real decreto, restringiendo la orden ministerial a la publicación de «las posibilidades de pesca que corresponden a cada uno de los buques o grupos de buques que ejercen la pesquería para el ejercicio en cuestión, y que resultarán de aplicar la cuota o porcentaje correspondiente a cada buque o grupo de buques al total de posibilidades de pesca disponibles para dicha pesquería» (…)

[…]

Resulta claro, por lo demás, que allí donde la Ley 5/2023, de 17 de marzo, ha suprimido la delegación *per saltum* y ha encomendado el desarrollo al Gobierno, cualquier nueva regulación deberá hacerse a través del correspondiente real decreto, salvo que, existiendo ya un real decreto, este habilite específicamente para su desarrollo por orden ministerial. En consecuencia, la modificación del régimen recogido en orden ministerial deberá ser aprobado por real decreto o incorporado a una norma de dicho rango, ya que, a partir de la entrada en vigor de nueva legislación pesquera, la orden ministerial no es apta para llevar a cabo dicha regulación. (…)

A juicio del Consejo de Estado, todo lo anterior conduce a la conclusión de que no cabe aprobar el proyecto de Orden como tal orden ministerial, sino, en su caso, con el rango superior de real decreto.

↻ *Dictamen 834/2023, de 20 de julio.*

3.5.3 **Reserva de ley y jerarquía normativa**

Proyecto de Real Decreto sobre inversiones exteriores.

La imposición de tales obligaciones al notario solo puede venir impuesta por una norma con rango de ley y no en una norma reglamentaria.

Aplicada esta doctrina al expediente consultado, es preciso concluir que la norma proyectada carece de base legal para exigir al notario que controle la legalidad de la operación y que deniegue la formalización en caso de faltar la autorización previa.

↻ *Dictamen 1812/2022, de 26 de enero de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal Agencia Espacial Española.

La indicada disposición adicional tercera de la Ley 17/2022 no contiene referencia alguna a las cuestiones indicadas en el apartado 2.b) del artículo 91 de

la Ley 40/2015, lo que no es objetable desde el punto de vista del rango normativo, pero sí desde la perspectiva de la configuración de la Agencia en su Estatuto, pues la determinación de «las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, discal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley» no corresponde a la norma reglamentaria. Ello implica, en definitiva, que el proyectado Estatuto de la futura Agencia Espacial Española no puede introducir ninguna de dichas peculiaridades y que deberá ajustarse en todo momento a lo establecido en la Ley 40/2015. Como resulta de algunas de las observaciones que se formulan a continuación, determinadas previsiones de la norma proyectada carecen de cobertura en la Ley 17/2002 y no se ajustan al ordenamiento vigente.

↻ *Dictamen 2104/2022, de 12 de enero de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de la Abogacía y la Procura.

El Consejo de Estado estima que no es tarea propia de un reglamento, que regula el acceso a determinadas profesiones, determinar los recursos jurisdiccionales que proceden contra determinados actos o resoluciones. Este aspecto queda reservado a la ley y, en efecto, así lo hacen, tanto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, como la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Así lo señaló el Consejo de Estado en su dictamen número 1.548/2022, de 24 de noviembre, que expresó que la vía jurisdiccional que corresponde para la impugnación de una determinada resolución se vincula con el derecho a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley. Según el artículo 117 de la Constitución, en la interpretación que resulta de la Sentencia 93/1988, 24 de mayo, del Tribunal Constitucional, con cita de otras muchas, esta reserva de ley abarca el ejercicio de la potestad jurisdiccional, las funciones atribuidas a Juzgados y Tribunales y las normas de competencia y procedimiento. A ello se suma la previsión de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, refuerza esta garantía y señala: «Artículo 9. 1. Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley…».

Por lo expuesto, el Consejo de Estado estima que no es contenido propio de un reglamento establecer, fijar o recordar las normas vigentes para la impugnación jurisdiccional de las resoluciones administrativas. El apartado 4 del proyectado artículo 6 y el apartado 6 del proyectado artículo 7 deben ser suprimidos. Basta con expresar que las resoluciones ponen fin a la vía administrativa.

↻ *Dictamen 11/2023, de 2 de febrero.*

Proyecto de Orden por la que se aprueba el modelo 718 «Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas», se determina el lugar, forma y plazos de su presentación, las condiciones y el procedimiento para su presentación.

Es claro, en consecuencia, que no cabe alterar por vía reglamentaria las normas fijadas en sede legal para el cálculo de la cuota íntegra del ITSGF, máxime cuando no existe habilitación normativa alguna que, de forma «expresa, precisa e inequívoca», tal y como viene exigiendo la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, permita al desarrollo reglamentario modificar tales reglas. En este sentido, los términos amplios e imprecisos en que se formula la habilitación genérica al desarrollo reglamentario que se contiene en el apartado veintisiete del artículo 3 de la Ley 38/2022 no pueden servir de fundamento a la pretendida modificación de las reglas de cálculo de la cuota íntegra del ITSGF; y menos aún las remisiones a la futura orden ministerial que se contienen en los apartados dieciocho y veinte del mencionado precepto y que se ciñen exclusivamente a aspectos formales relacionados con la autoliquidación del impuesto y la presentación de la correspondiente declaración.

En consecuencia, el proyecto de Orden Ministerial sometido a consulta no puede llevar a cabo la modificación de las reglas de cálculo de la cuota íntegra del ITSGF fijadas legalmente, por más que se invoque el objetivo de un nuevo impuesto cuya constitucionalidad, a la vista de los recursos interpuestos, tendrá que determinar el Tribunal Constitucional.

- *Dictamen 464/2023, de 8 de junio.*
- *Ver también dictamen 1223/2023, de 2 de noviembre.*

3.5.4 **Vigencia y eficacia**

Proyecto de Orden por la que se modifica la orden de 8 de septiembre de 1998, por la que se establece una reserva marina y una reserva de pesca en el entorno de la isla de Alborán, y se regula el ejercicio de la pesca en los caladeros adyacentes.

Entiende el Consejo de Estado que la explicación ofrecida en la Memoria para justificar la entrada en vigor inmediata de la propuesta debería ser completada a efectos de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley del Gobierno; y que, en el futuro, se debería extremar la diligencia en la tramitación de los procedimientos de elaboración de las disposiciones normativas que introducen cambios en el ordenamiento jurídico que se estima que deberían producir efectos de forma más o menos urgente.

Se ha de tener presente, en este sentido, que la tramitación del procedimiento de elaboración del Proyecto se inició en el mes de octubre del año 2020, hace más de dos años; que ha estado paralizada por razones que se desconocen entre el mes de marzo de 2021 –fecha en la que el Instituto Español de Oceanografía emitió uno de sus informes– y el mes de abril de 2022 –fecha en la que se abrió el segundo trámite de información pública–; y que, en todo caso, con carácter de principio y a menos que concurriese alguna causa justificada que así lo aconsejara, las posibles consecuencias adversas de esta eventual falta de diligencia en el impulso del procedimiento no deberían ser compensadas con la entrada en vigor inmediata de la orden proyectada, dado que ello privaría a los buques censados del caladero del Mediterráneo de un periodo de tiempo que les permitiría adaptarse a sus novedades regulatorias de manera sosegada, sin sobresaltos.

↻ *Dictamen 1909/2022, de 2 de febrero de 2023.*

Proyecto de orden por la que se modifica la Orden AAA/2536/2015, de 30 de noviembre, por la que se regulan las artes y modalidades de pesca marítima y se establece un plan de gestión para los buques de los censos del Caladero Nacional Canario.

La disposición final segunda prevé la entrada en vigor de la norma el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. No obstante, las normas relativas al tiempo máximo de calado diario de las artes de enmalle, al número de paños por embarcación y al número máximo de paños diarios de los artes de enmalle (artículo 14.5 y anexo VI) no entrarán en vigor en una fecha concreta, sino en el momento en que la Comunidad Autónoma de Canarias publique en su boletín oficial una norma que determine la puesta en marcha efectiva de un sistema de identificación, balizamiento y geolocalización de artes de enmalle. Hasta entonces, el régimen de limitaciones aplicable a las artes de enmalle será el previsto en la disposición transitoria única de la Orden proyectada.

Por tanto, el proyecto supedita la entrada en vigor de los referidos extremos de la regulación proyectada a la publicación de una norma canaria que regule el sistema de control de las artes de enmalle. A juicio de este Consejo, resulta más adecuado desde un punto de vista de técnica normativa y desde la óptica de la seguridad jurídica que la Orden proyectada entre en vigor íntegramente el día siguiente a su publicación oficial; y que se incluyese en la propia disposición final segunda la indicación de que, sin perjuicio de esa entrada en vigor, la aplicación de las mencionadas previsiones del artículo 14.5 y del anexo VI queda diferida hasta el momento en el que se publique la norma canaria que regule el correspondiente sistema de control.

↻ *Dictamen 4/2023, de 23 de marzo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 277/2016, de 24 de junio, por el que se regulan las organizaciones profesionales en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura.

La disposición final segunda del Proyecto dispone lo siguiente:

> «1. El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», excepto la nueva redacción dada al artículo 2.6, que entrará en vigor a los tres meses de su publicación.
>
> 2. En todo caso, las convocatorias de ayudas relacionadas con estas organizaciones que estén en tramitación a la entrada en vigor del presente real decreto se regirán por los requisitos fijados por la normativa en vigor en el momento de su aprobación.»

En el primer apartado de este precepto, sería aconsejable que se distinguiese entre la entrada en vigor de la norma, que … debería comprender todo su contenido, y la eficacia de la misma, que puede coincidir con la entrada en vigor o demorarse el tiempo que se estime necesario para que los destinatarios de la disposición reglamentaria puedan cumplir las obligaciones derivadas de su aprobación. Por lo tanto, en buena técnica normativa sería más adecuado que se indicase que el artículo 2.6 será aplicable –que no entrará en vigor– transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de la propuesta.

Por su parte, el segundo apartado de la disposición final segunda posee una evidente naturaleza transitoria, en tanto que determina el régimen jurídico aplicable a las convocatorias de ayudas relacionadas con las organizaciones de productores pesqueros que se encuentren en tramitación en el momento en que entre en vigor el Proyecto. Su contenido debería desgajarse, por ello, de esta disposición final e incorporarse a una nueva disposición transitoria.

↻ *Dictamen 726/2023, de 6 de julio.*

3.5.5 **Modificación**

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, para la indexación del PVPC a señales a plazo y reducción de su volatilidad.

La norma tiene dos objetivos diferentes e independientes: modificar el régimen del PVPC, recogido en el Real Decreto 216/2014; e introducir cambios en

el Real Decreto 738/2015, de 31 de julio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y el procedimiento de despacho en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares.

Pese a que el título de la norma, que solo hace referencia a lo primero, pudiera dar lugar a entender que las modificaciones introducidas en el Real Decreto 738/2015 tienen carácter accesorio o secundario, es lo cierto que se trata de cambios normativos de gran relevancia, que afectan a numerosos aspectos del citado régimen de los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares, y que, sin embargo, y a diferencia de las modificaciones que se introducen en el Real Decreto 216/2014, se articulan como disposición final, en lugar de como artículo del proyecto.

A juicio del Consejo de Estado, esta solución no es técnicamente adecuada.

Como criterio general, cuando un real decreto tiene por finalidad principal introducir modificaciones en otro real decreto, dichos cambios pueden instrumentarse a través de artículos de la norma proyectada, como habitualmente se hace; diferente es el caso en el cual se regula una nueva materia y, como consecuencia de dicha regulación, surge la necesidad de introducir modificaciones en otras normas; en estos casos, el criterio consiste en articular dichas modificaciones a través de las disposiciones finales del proyecto, reservando el articulado para el nuevo régimen. No obstante, en este caso es preciso que exista una cierta conexión entre el núcleo de la nueva regulación –objeto del articulado– y los cambios en otras normas que se instrumentan a través de las disposiciones finales.

En el asunto sometido a consulta no sucede ninguna de las dos cosas. La norma tiene por objeto introducir modificaciones en dos normas, el Real Decreto 216/2014 y el citado Real Decreto 738/2015. Se trata de modificaciones que no tienen entre sí más conexión que la de referirse a disposiciones reguladoras del sector eléctrico y que presentan en ambos casos una gran relevancia y sustantividad propia.

Por ello, estima el Consejo de Estado que la solución adecuada es que cada una de dichas modificaciones se lleve a cabo a través de un real decreto diferente, uno dirigido a modificar el Real Decreto 216/2014 y otro el Real Decreto 738/2015. Para ello, bastaría con separar en este momento la regulación en dos reales decretos diferenciados, llevando el contenido de esta disposición final primera a un artículo único de otro real decreto, y dando a la parte expositiva un contenido mayor que la sucinta exposición que se hace en el apartado IV del preámbulo a los fines perseguidos a través de estos cambios. Este segundo real decreto debiera hacer referencia en su título a su propósito modificador del Real Decreto 738/2015.

Dado que la tramitación del contenido normativo se ha llevado a cabo de forma completa para lo que sería la parte normativa del segundo real decreto, nada impediría separar en este momento dicha regulación, adecuando la corres-

pondiente memoria del segundo proyecto, para lo cual debiera contarse con la secretaria general técnica.

↻ *Dictamen 288/2023, de 20 de abril.*

Proyecto de Orden por la que se publica el listado de razas autóctonas amenazadas del Catálogo Oficial de Razas de Ganado de España y se modifican el anexo I del Real Decreto 45/2019, de 8 de febrero y el anexo II del Real Decreto 429/2022, de 7 de junio.

[La orden proyectada…] invoca como habilitación normativa la disposición final segunda del Real Decreto 429/2022, de 7 de junio, que faculta al ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación a «modificar el contenido de los anexos con el fin de adecuarlos a la normativa de la Unión Europea o internacional». Ello quiere decir que, con carácter de principio, el Real Decreto 429/2022, de 7 de junio, tendrá que ser modificado mediante una norma de idéntico rango y que excepcionalmente, cuando concurran los presupuestos que la propia disposición final segunda establece, la reforma podrá ser articulada a través de una orden ministerial.

Tales presupuestos son dos: uno formal, referido a la ubicación sistemática de la materia que va a ser modificada, la cual tiene que estar localizada en los anexos de la disposición reglamentaria; y otro material, relativo al contenido de la materia que va a ser reformada, la cual debe afectar a aspectos técnicos concretos cuya actualización responda al cumplimiento de los compromisos que nuestro país haya asumido a nivel internacional o en el seno de la Unión Europea. Como recordara el dictamen del expediente número 1.650/2022, de 10 de noviembre, ambos presupuestos deben ser objeto de interpretación restrictiva habida cuenta de la excepcionalidad de este tipo de habilitación normativa.

↻ *Dictamen 323/2023, de 11 de mayo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, incluido en el Plan Anual Normativo 2023.

El artículo primero del Real Decreto, como ya se ha avanzado en antecedentes, modifica prácticamente todos los artículos del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado.

[…]

Ciertamente, la *ocassio legis* de la reforma es la adaptación del citado Real Decreto a la recientemente aprobada Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario. Sin embargo, la reforma emprendida se extiende más allá y, como dice la propia Memoria, «pretende actualizar la regulación del tercer ciclo

de estudios universitarios oficiales», modificando catorce de los dieciséis artículos de la norma vigente, dos de sus tres disposiciones y el anexo I.

[…]

A juicio del Consejo de Estado (…) la urgencia de la reforma que ahora se proyecta no está justificada. Con el pretexto de la aprobación de la nueva ley orgánica se presenta ahora una reforma del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, (…) de otros muchos aspectos a los que la ley orgánica no se refiere. Y por eso, –también lo ha puesto de manifiesto la Secretaría General Técnica del Ministerio de Universidades–, de optarse por seguir adelante con la propuesta normativa, habría sido más adecuado la aprobación de un nuevo real decreto a la vista de los artículos que son objeto de modificación, en lugar de concentrar todos los cambios proyectados del Real Decreto 99/2011 en un solo artículo dividido en veintitrés apartados. Todo ello de conformidad con lo previsto en las reglas número 50 y 54 de las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, publicado por Resolución de 28 de julio de 2005, de la subsecretaría.

↻ *Dictamen 691/2023, de 29 de junio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se regula el control del rendimiento lechero, para la evaluación genética en las especies bovina, ovina y caprina, se establecen las bases reguladoras, de las subvenciones al control del rendimiento lechero y se modifican diversos reales decretos en materia agraria.

Las disposiciones finales segunda y cuarta incorporan a los Reales Decretos 1363/2018, de 2 de noviembre, para la aplicación de las medidas del programa de apoyo 2019-2023 al sector vitivinícola español, y 905/2022, de 25 de octubre, por el que se regula la Intervención Sectorial Vitivinícola en el marco del Plan Estratégico de la Política Agrícola Común, sendas cláusulas de habilitación que autorizan al «titular de la Dirección General de Producciones y Mercados Agrarios a adoptar mediante resolución las medidas disposiciones y necesarias con el fin de implantar tipos de intervención que por motivos de urgencia o de crisis habilite de manera extraordinaria la normativa comunitaria en el marco de la Intervención Sectorial Vitivinícola, incluyendo las modificaciones necesarias en los actos de aplicación del presente real decreto».

Se trata de dos preceptos que no formaban parte del Proyecto en su versión originaria y que fueron añadidos a la parte final del mismo cuando ya estaba prácticamente concluido el procedimiento de elaboración de la disposición reglamentaria (…) con el objeto de permitir la aplicación de las medidas excepcionales que la Unión Europea pueda regular en un futuro inmediato para hacer frente a la situación extraordinaria que el sector vitivinícola está atravesando en estos momen-

tos. El único trámite que se ha sustanciado a tal efecto ha sido la apertura de un trámite de información pública, audiencia directa a las entidades representativas del sector y consulta a las comunidades autónomas sobre un documento que se limitaba a reproducir el tenor literal de ambas cláusulas de habilitación y que no dio lugar a observación alguna.

Aunque no se han presentado alegaciones durante estos trámites de participación pública y del propio contenido de las cláusulas de habilitación (…) cabría deducir que se trata de una decisión regulatoria plenamente consensuada, ello no es óbice para recordar:

– En primer lugar, que toda disposición general debe elaborarse a través del procedimiento regulado en el artículo 26 de la Ley del Gobierno, en el cual tiene carácter preceptivo, entre otros trámites, el informe de la Dirección General de Régimen Autonómico y Local cuando el proyecto normativo pudiera afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas (apartado 5); ello es lo que sucede en el asunto sometido a consulta, en el que las mencionadas cláusulas de habilitación atribuyen a un órgano de la Administración General del Estado competencias ejecutivas en un ámbito material en el que las facultades de aplicación normativa corresponden, con carácter de principio, en situaciones de normalidad, a las comunidades autónomas.

– En segundo lugar, que es doctrina consolidada de este Consejo que, por razones de seguridad jurídica y de buena técnica normativa, debe existir cierta conexión material entre el texto articulado de la propuesta y las modificaciones normativas contenidas en sus disposiciones finales; conexión que no es dable apreciar en relación con las disposiciones finales segunda y cuarta, las cuales, como se ha apuntado, se refieren a otro sector agroalimentario distinto del lácteo.

[…]

En este contexto, parece que las disposiciones finales segunda y cuarta debieran ser desgajadas de la norma proyectada y tramitadas de forma separada, como un proyecto modificativo de los Reales Decretos 1363/2018, de 2 de noviembre, y 905/2022, de 25 de octubre, por el cauce procedimental oportuno.

↻ *Dictamen 747/2023, de 6 de julio.*

Proyecto Real Decreto por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, el Reglamento de la Administración Pública del Agua, aprobado por Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, y el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.

En lo que hace a la técnica normativa y, en particular, a la articulación de la reforma, se planteaban distintas alternativas regulatorias.

Así, en primer lugar, hubiera debido llevarse a cabo la reforma mediante la aprobación de un nuevo Reglamento del Dominio Público Hidráulico. A juicio del Consejo de Estado, ello debiera haberse realizado así, dados los numerosos cambios que se introducen en él, su compleja estructura que, además, ahora se modifica, y la numeración del articulado que tiene ya dicho reglamento, en la que abundan los artículos bis, ter, etc. No obstante, en trance de emitir el dictamen sobre el proyecto consultado, considera el Consejo de Estado que no procede formular una observación esencial sobre esta cuestión, que, de atenderse, arrojaría como consecuencia inevitable la improcedencia de aprobar la norma. En todo caso, se estima que debiera incluirse en la norma una disposición final que previera la redacción de un nuevo Reglamento, con el fin de evitar los problemas que han sido señalados, y de llevar a cabo una regulación desde una perspectiva homogénea, habida cuenta las numerosas reformas que se han llevado a cabo a lo largo de los años y la existencia de un conjunto de principios ya asentados en la actualidad que han de regir el Derecho de Aguas.

La segunda alternativa, una vez contestada la anterior en el sentido señalado, consistía en decidir entre incluir las modificaciones de los distintos reglamentos en la misma disposición, como se lleva a cabo, o articular cada una de las modificaciones como una norma diferente. A juicio del Consejo de Estado, la opción elegida a este respecto es adecuada, dada la conexión que existe entre las modificaciones de los tres reglamentos aprobados por real decreto, sin perjuicio, obviamente, de las consideraciones ya realizadas en lo que hace a la modificación de la orden ministerial, que por las razones expuestas sí que debe instrumentarse en una norma diferenciada.

↻ *Dictamen 753/2023, de 6 de julio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.

La primera y principal observación de técnica normativa que procede realizar al proyecto consultado es la relativa a la confusión constante en que incurre –en su título, parte expositiva y enunciado del artículo único– al designar el objeto de las modificaciones que pretende introducir. En efecto, dicho objeto es propiamente el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, cuyos preceptos son los que resultan directamente afectados y no los que integran la parte dispositiva del Real Decreto 1082/2012. Es decir, las modificaciones proyectadas se refieren a los artículos y disposiciones del RIIC pero no al cuerpo dispositivo del Real Decreto 1082/2012 en tanto que instrumento a

través del que dicho Reglamento fue aprobado. Es patente que, cuando la parte expositiva dice en el párrafo cuarto que «en el Real Decreto se desarrolla en su artículo único la eliminación de la existencia de la elaboración de informe trimestral dirigido a los partícipes modificando los artículos 5.3, 14.1.a), 22, 23.1.d), 27, 28, 29, 30.1, 74.1, 79.6, 81.1, 89.2, 92.3 y 93.2 del Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio» es incorrecta tal atribución, siendo los artículos mencionados del RIIC.

Lo anterior requiere que hayan de corregirse las referencias según figuran en el proyecto sometido a consulta. Así, el título de la norma en proyecto debe indicar que se trata de un Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio.

- *Dictamen 1223/2023, de 2 de noviembre.*
- *Ver también dictamen 726/2023, de 6 de julio.*

4. TÉCNICA NORMATIVA

4.1 CUESTIONES GENERALES

Proyecto de Real Decreto por el que se regulan los productos sanitarios.

Cabe observar que, si bien se derogan los Reales Decretos 1591 y 1616/2009, sin embargo, se dejen a salvo de esta derogación unos pocos artículos: del Real Decreto 1591/2009, los artículos 19.5 y 6, 21 a 25, 31 a 33 y 38 a 40 y la disposición adicional cuarta; y del Real Decreto 1616/2009, los artículos 17.5 y 6, 18 a 20 y 26 a 29.

El proyecto de Real Decreto ya hace permanentes remisiones a otra norma, el Reglamento (UE) 2017/745. Si a ello añadimos la pervivencia de algunos preceptos aislados en otras normas, la comprensión de la materia regulada tan dispersamente sería especialmente compleja. Por ello, razones de técnica normativa aconsejan la derogación total de los reales decretos citados que deberían incorporarse al proyecto de Real Decreto examinado con el fin de dotar de unidad y coherencia sistemática a la regulación de los productos sanitarios en el ordenamiento español.

↻ *Dictamen 1564/2022, de 19 de enero de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan entornos más seguros de juego.

Estas reflexiones, en cualquier caso, no tienen otra finalidad que la de poner en conocimiento de la autoridad consultante la preocupación del Consejo de Estado por la creciente fragmentación del ordenamiento y, en particular, de este sector normativo [el juego], sugiriendo que se valore, en el futuro, la elaboración de reglamentos de ejecución de las leyes con un contenido más amplio que el del presente Proyecto, a fin de evitar la denunciada dispersión normativa.

↻ *Dictamen 1593/2022, de 26 de enero de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio,

por el que se transpone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.

Como queda recogido en antecedentes, el Real Decreto proyectado se orienta a incorporar parcialmente la ya citada Directiva (UE) 2019/1151 (conocida como Directiva de herramientas digitales), y estaba incluido inicialmente en el anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, como parte de su articulado, habiéndose escindido de este para su tramitación en dos normas independientes (…).

En el citado dictamen número 1.394/2022 se incluyó una consideración del siguiente tenor:

> «El artículo quinto pretende llevar a cabo una modificación del Reglamento del Registro Mercantil de cierto alcance (…).
>
> Sin embargo, tal y como refleja el inciso inicial del mismo artículo quinto del Anteproyecto, el Reglamento del Registro Mercantil fue aprobado mediante el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio. En consecuencia, debe ser una norma del mismo rango –reglamentario– la que opere la modificación del citado cuerpo normativo, por exigencias mínimas de coherencia interna del sistema de fuentes. No parece necesario insistir en las múltiples disfunciones de todo tipo que podría generar la apariencia derivada de la modificación de algunos preceptos reglamentarios –o la introducción de otros– mediante una norma de rango legal.
>
> De este modo, la modificación del Reglamento del Registro Mercantil debe quedar fuera de la regulación contenida en el Anteproyecto, que debe ceñirse a la modificación de normas de rango legal (…). La modificación del Reglamento del Registro Mercantil habrá de hacerse, en cambio, mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros (…).
>
> Nótese que no se trata aquí de una simple derogación expresa de una norma reglamentaria por una norma con rango de Ley, lo que ha sido calificado por el Consejo de Estado como «anomalía» (así, en el reciente dictamen 1429/2022). Lo que recoge el Anteproyecto en este caso no se limita a una derogación expresa de una concreta norma reglamentaria, sino que va mucho más allá, puesto que supondría introducir una nueva regulación, de cierta amplitud, dentro de una norma reglamentaria. Puesto que las normas que integran el Anteproyecto tienen rango de Ley, se produciría así una suerte de incrustación de normas legales en una norma reglamentaria, lo que resulta abiertamente contrario al sistema de fuentes y proyectaría no pocos problemas y dudas sobre las normas así aprobadas, con grave perjuicio de la seguridad jurídica.»

[…]

Finalmente, el contenido de ese anteproyecto de ley, ya sin la modificación del Reglamento del Registro Mercantil inicialmente incluida, se incorporó a otro proyecto de ley diferente (…), que actualmente se encuentra en fase de tramitación parlamentaria como proyecto de ley.

A partir de ello, podría haberse optado por esperar a la aprobación parlamentaria de este último proyecto de ley (PLTD), para la aprobación ulterior de la norma reglamentaria a que se refiere la consulta (que podría haberse tramitado durante la *vacatio legis* de la citada ley, una vez aprobada). Sin embargo, parece haberse optado por una tramitación paralela, *pari passu*, de la norma legal y de la reglamentaria (…).

El avanzado estado de tramitación parlamentaria del repetido proyecto de ley permite realizar el análisis indicado, si bien con la necesaria reserva en relación con cualquier modificación ulterior de ese PLTD que pudiera operarse en esa vía parlamentaria. Por ello, el Consejo de Estado quiere insistir en la conveniencia de que los proyectos reglamentarios le sean remitidos una vez aprobada la ley que le ha de servir de marco normativo o que ha de desarrollar; y ello, sin perjuicio de que, con carácter excepcional, sea viable la forma de proceder que aquí se ha seguido (con remisión del proyecto reglamentario antes incluso de la norma legal que le ha de servir de marco normativo); pero debiendo quedar suficientemente justificado en la Memoria la necesidad de utilizar esta vía excepcional (p.ej., por razones de urgencia vinculadas al cumplimiento de plazos de transposición de normas de la Unión Europea).

↻ *Dictamen 286/2023, de 27 de abril.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, incluido en el Plan Anual Normativo 2023.

El Proyecto, en la versión que ahora se somete a dictamen, introduce una disposición derogatoria única por la que se deroga el Real Decreto 2360/1984, de 12 de diciembre, sobre Departamentos Universitarios. Según se desprende de la «Nota complementaria» emitida, el 2 de junio de 2023, por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Universidades, esta derogación ya se incluyó en el proyecto de Real Decreto por el que se regula la organización de los departamentos universitarios, que fue sometido tanto a consulta pública desde el 1 al 22 de febrero de 2023, como a información pública del 10 al 28 de abril de 2023.

A juicio del Consejo de Estado, esta modificación es muy relevante y, sin embargo, ni se justifica la derogación del Real Decreto 2360/1984, ni existe una mínima previsión regulatoria de la idea que se pretende con relación a los departamentos universitarios. Es cierto que la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo (como también lo hacía la anterior Ley Orgánica 6/2001), consagra a este respec-

to el principio de autoorganización de las universidades y la jurisprudencia constitucional e incluso la doctrina de este Consejo de Estado han calificado a los estatutos universitarios de reglamentos autónomos en el sentido de que no son «normas dictadas en desarrollo» de la ley, sino «plasmación de una potestad autónoma de autoordenación, en los términos que permite la ley».

Ahora bien, los departamentos universitarios han sido un modo de organización universitaria hasta el punto de que se han venido definiendo como los órganos básicos encargados de organizar y desarrollar la investigación y las enseñanzas propias de su respectiva área de conocimientos en una o varias facultades, escuelas técnicas superiores o escuelas universitarias y, en su caso, en aquellos otros centros que hayan podido crearse.Y el propio artículo 40 de la Ley Orgánica 2/2023 dice que «Las universidades podrán estructurarse, según lo determinen sus Estatutos, en (…) departamentos (…)».

[…]

Si, como dice la «Nota Complementaria» de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Universidades, se está tramitando un proyecto de Real Decreto por el que se regula la organización de los departamentos universitarios, que ya ha sido sometido tanto a consulta pública como a información pública, debería ser este el marco en el que se adoptasen todas las medidas normativas con relación a los departamentos universitarios y no en una disposición derogatoria cuya modificación principal afecta a los estudios de doctorado.

↻ *Dictamen 691/2023, de 29 de junio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 277/2016, de 24 de junio, por el que se regulan las organizaciones profesionales en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura.

Considera el Consejo de Estado que, por razones de técnica normativa y seguridad jurídica, una modificación tan extensa como la proyectada –que altera la redacción de catorce de los diecisiete artículos que conforman el Real Decreto 277/2016, de 24 de junio, y añade ocho nuevos preceptos a su texto articulado– debiera haber dado lugar a la elaboración de una nueva disposición normativa. Una vez culminada la tramitación del expediente, sin embargo, se estima que no procede formular una observación de carácter esencial sobre esta cuestión que, de atenderse, arrojaría como consecuencia inevitable la improcedencia de aprobar la norma.

↻ *Dictamen 726/2023, de 6 de julio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se regula el mecanismo de optimización en la gestión de las posibilidades de pesca y se modifica la Orden APA/372/2020, de 24 de abril, por la que se regula la pesquería

de patudo (*thunnus obesus*) en el Océano Atlántico y se establece un censo de buques autorizados a la pesca de patudo.

El Consejo de Estado, de forma ya reiterada, ha señalado que los reales decretos no son el cauce adecuado para instrumentar las modificaciones de normas de rango inferior, como es el caso de las órdenes ministeriales, ni siquiera cuando dichas modificaciones tienen relación con el contenido del real decreto que articula una reforma más general (así, por ejemplo, dictamen número 1.915/2022, de 21 de diciembre). En efecto, no es técnica normativa adecuada, pues puede generar dudas en cuanto a la naturaleza de la norma modificada, y supone, además, un procedimiento de modificación irregular, en el que es el propio Gobierno el que lleva a cabo la aprobación del contenido luego incluido en la orden ministerial.

Por ello, debe excluirse dicho contenido del real decreto proyectado.

Ello no impide que se incluya en un nuevo texto, como orden ministerial y con el mismo contenido normativo ahora recogido en el artículo cuarto. Este proyecto, debidamente completado en su preámbulo, podrá ser aprobado una vez que se emita el presente dictamen, dado que, de los documentos que obran en el expediente resulta que, en relación con dicha regulación se han llevado a cabo todos los trámites necesarios previos a dicha aprobación.

↻ *Dictamen 825/2023, de 20 de julio.*

Proyecto Real Decreto sobre instrumentos financieros, admisión a negociación, registro de valores negociables e infraestructuras de mercado.

El Consejo de Estado valora positivamente la opción de refundir en un único texto la regulación contenida en los diferentes reales decretos hasta ahora vigentes, incorporando los cambios precisos que resulten de las disposiciones europeas y de la LMVSI (sin olvidar que se mantiene en vigor de forma independiente el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, cuya adaptación a los artículo s 108 y siguientes de la LMVSI no se aborda en este proyecto). La labor de unificación que se lleva a cabo en el texto proyectado contribuye a reducir «la creciente fragmentación del ordenamiento jurídico», constante preocupación de este Consejo, y sin duda facilita la localización y aplicación de las normas por sus destinatarios». Ahora bien «Con ocasión de la aprobación, después de casi treinta y cinco años, de una nueva regulación legal para los mercados de valores y los servicios de inversión, podría haberse abordado una revisión de conjunto de las normas que integran su desarrollo reglamentario, superando esquemas previos, lo que hubiera dotado de mayor coherencia y mejor sistemática a la nueva regulación.

↻ *Dictamen 1222/2023, de 2 de noviembre.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.

La primera y principal observación de técnica normativa que procede realizar al proyecto consultado es la relativa a la confusión constante en que incurre –en su título, parte expositiva y enunciado del artículo único– al designar el objeto de las modificaciones que pretende introducir. En efecto, dicho objeto es propiamente el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, cuyos preceptos son los que resultan directamente afectados y no los que integran la parte dispositiva del Real Decreto 1082/2012. Es decir, las modificaciones proyectadas se refieren a los artículos y disposiciones del RIIC pero no al cuerpo dispositivo del Real Decreto 1082/2012 en tanto que instrumento a través del que dicho Reglamento fue aprobado. Es patente que, cuando la parte expositiva dice en el párrafo cuarto que «en el Real Decreto se desarrolla en su artículo único la eliminación de la existencia de la elaboración de informe trimestral dirigido a los partícipes modificando los artículos 5.3, 14.1.a), 22, 23.1.d), 27, 28, 29, 30.1, 74.1, 79.6, 81.1, 89.2, 92.3 y 93.2 del Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio» es incorrecta tal atribución, siendo los artículos mencionados del RIIC.

Lo anterior requiere que hayan de corregirse las referencias según figuran en el proyecto sometido a consulta. Así, el título de la norma en proyecto debe indicar que se trata de un Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio.

↻ *Dictamen 1223/2023, de 2 de noviembre.*

4.1.1 **Principios de buena regulación**

Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las normas para la aplicación de penalizaciones, en las intervenciones contempladas en el Plan Estratégico de la Política Agrícola Común, y por el que se modifican varios reales decretos de aplicación de la Política Agrícola Común.

En definitiva, considera el Consejo de Estado que la regulación proyectada adolece de cierta falta de madurez, sin duda motivada por la urgencia con la que ha sido tramitada y que ha quedado claramente reflejada en los informes sobre las observaciones formuladas por las comunidades autónomas y por las entidades representativas del sector que obran en el expediente. En ellos, hay numerosas alegaciones que, como la propia autoridad consultante reconoce, no constituyen

verdaderas sugerencias o críticas normativas, sino dudas interpretativas que precisan de aclaraciones. Si a los propios destinatarios de la norma les produce desconcierto su contenido, parece evidente que la misma debería ser objeto de una profunda revisión antes de que se procediese a su aprobación y publicación oficial. Retrasar la resolución de los problemas aplicativos que aquella puede ocasionar a un momento ulterior, articular dicha resolución a través de circulares del Fondo Español de Garantía Agraria, organismo autónomo, como parece pretender el órgano instructor, podría poner en peligro la seguridad jurídica. Se ha de incidir, por este motivo, en la oportunidad de acometer una revisión global del texto normativo sometido a consulta.

↻ *Dictamen 84/2023, de 23 de febrero.*

Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las bases de desarrollo de la normativa de la Unión Europea de sanidad animal, en lo relativo a las obligaciones de vigilancia del titular de la explotación y al plan sanitario integral de las explotaciones ganaderas y por el que se modifican varias normas de ordenación ganaderas.

En definitiva, echa en falta el Consejo de Estado en este ámbito un análisis mayor sobre la incidencia que tendrá la nueva regulación, pues su carácter general y la relevancia de las soluciones adoptadas hubieran requerido una adecuada inserción del nuevo régimen en un grupo normativo caracterizado, como se ha señalado, por la gran dispersión. (…)

Se echa en falta, en definitiva, un análisis sobre las normas que se verán afectadas por la nueva regulación, análisis que debiera haberse plasmado en la memoria, y que permitiría establecer, en los términos previstos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, un marco jurídico «integrado, claro y de certidumbre», evitando las posibles dudas interpretativas que pudieran derivarse de la falta de coordinación de las múltiples normas existentes en el sector.

↻ *Dictamen 133/2023, de 30 de marzo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se establece el régimen al que ha de estar sometida la instalación solar fotovoltaica flotante, en los embalses situados en el dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas, cuya gestión corresponde a la Administración General del Estado, y por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI, VII y VIII del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

Desde el punto de vista de la calidad normativa y la seguridad jurídica, ello ocasiona, fundamentalmente, los siguientes inconvenientes:

a) Por una parte, se pretende aprobar una norma que parece probable que en un futuro más o menos próximo sea sustituida por otra disposición general que se ocupe sistemáticamente del régimen jurídico aplicable a las plantas fotovoltaicas flotantes, con los efectos negativos que ello puede tener en términos de seguridad jurídica. Los motivos que la Memoria ha esgrimido para justificarlo –la excesiva complejidad de la reglamentación conjunta y la correlativa carga que ello supondría para las distintas unidades administrativas implicadas– podrían cobrar sentido en el marco temporal actual, en el que urge la búsqueda de fuentes de energía alternativas que, además, coadyuven a la consecución de los objetivos de transición energética, pero no constituyen una razón que pueda excusar con carácter general la articulación de las medidas normativas que, en cada caso concreto, sean oportunas –dicho en otros términos, lo complejo no puede servir de excusa para no adoptar las decisiones que mejor satisfagan el interés general–, ni permiten postergar de forma indefinida la aprobación de una reglamentación conjunta que dé cumplimiento al mandato que el artículo 22.2 de la Ley del Sector Eléctrico dirige al Gobierno para que regule un procedimiento simplificado y unificado para la puesta en funcionamiento de los aprovechamientos hidráulicos para la producción de energía eléctrica. Dicho procedimiento único agilizaría el proceso de instalación de este tipo de aprovechamientos y, de este modo, favorecería la inversión privada en la producción de energía eléctrica mediante centrales hidroeléctricas y térmicas.

↻ *Dictamen 217/2023, de 30 de marzo.*

Proyecto de Real Decreto sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

Por exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica, debe determinarse con precisión cuál es el «volumen de actividad inferior al normal» que puede justificar, en caso de no alcanzarse, la revocación de la autorización de la entidad.

↻ *Dictamen 1221/2023, de 2 de noviembre.*

4.1.2 **Planificación normativa**

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 277/2016, de 24 de junio, por el que se regulan las organizaciones profesionales en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura.

Resulta llamativo que la reforma proyectada se considere indispensable para garantizar una adecuada gestión del periodo de programación del Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura (FEMPA) que acaba de ser aprobado por la Comisión Europea y que, a pesar de ello, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación no la previese ni incorporase, por consiguiente, al Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado para el año 2023.

El FEMPA fue creado por el Reglamento (UE) 2021/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2021; a partir de ese momento, la autoridad consultante se hallaba en disposición de conocer los aspectos del Real Decreto 277/2016, de 24 de junio, que tenían que ser adaptados al derecho de la Unión Europea. Si hubiese llevado a cabo una planificación normativa adecuada, probablemente habría iniciado la tramitación del procedimiento de elaboración del Proyecto antes de que hubiese comenzado el periodo de programación del FEMPA y, en consecuencia, no hubiese tenido que recabar el dictamen de este Alto Cuerpo Consultivo con carácter urgente ni ordenar que sus previsiones entrasen en vigor de manera inmediata.

↻ *Dictamen 726/2023, de 6 de julio.*

4.2 CONTENIDO DE LOS PROYECTOS

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de las condiciones de utilización de la lengua de signos española y los medios de apoyo a la comunicación oral, para las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

La inclusión en el proyecto de una disposición que reitera lo establecido en una norma de rango legal específicamente referida a la materia objeto de regulación no se considera correcta desde el punto de vista de la técnica legislativa, pues genera una duplicidad innecesaria y una dislocación de la regulación de una determinada materia –en este caso, la de contratación del sector público– que carece en este caso de justificación. Esta técnica se aparta, además, de los principios de buena regulación enunciados en el artículo 129 de la Ley 39/2015 y, en particular, del principio de proporcionalidad, que exige que las normas se limiten a regular los aspectos que resulte imprescindible incluir en ellas para alcanzar los fines pretendidos.

↻ *Dictamen 792/2023, de 13 de julio.*

4.2.1 **Preámbulo y exposición de motivos**

Proyecto de Real Decreto por el que se regula la asignación de materias en Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato a las especialida-

des de distintos cuerpos de funcionarios docentes y se modifican diversas normas relativas al profesorado de enseñanzas no universitarias.

En lo atinente a la disposición final sexta del proyecto de Real Decreto, relativa a la modificación del Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, se limita a modificar el preámbulo de la norma: (…)

Aunque no se trata de una observación de legalidad, se sugiere, en este caso, eliminar esta disposición final sexta pues el preámbulo o parte expositiva, como es sabido, tiene por objeto explicar y justificar en ese momento la necesidad de una disposición jurídica, además de la oportunidad y conveniencia de configurar esa disposición de una determinada forma y no de otra. Esto es, el preámbulo viene a exponer de forma motivada las causas que han impulsado al promotor, al momento de tramitarse y aprobarse una norma, a tomar una iniciativa. Todo ello sin perjuicio de recordar que esta parte expositiva carece de todo valor normativo como ha dicho el Tribunal Constitucional que se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el carácter normativo o no del preámbulo, desde la antigua Sentencia 36/81, de 12 de noviembre, en cuyo fundamento jurídico séptimo declaró que «el preámbulo no tiene valor normativo aunque es un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las Leyes»; o la Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, en cuyo fundamento jurídico segundo declaró, ante la solicitud de declaración de inconstitucionalidad y de nulidad del preámbulo de una norma por parte de los recurrentes en un recurso de inconstitucionalidad, que «los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo y no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad».

↻ *Dictamen 33/2023, de 30 de marzo.*

4.2.2 **Título**

Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

Una importante consecuencia de la opción por aprobar una nueva Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles es la necesidad de modificar la actual rúbrica general del Anteproyecto, que solo se refiere a la transposición de la Directiva 2019/2121, cuando, de acuerdo con lo que se viene señalando, su alcance es mucho más amplio. Por ello, entiende este Consejo que la

proyectada nueva Ley debería titularse, al igual que la actualmente vigente (Ley 3/2009) «Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles», sin perjuicio de que la proyectada disposición final sexta recoja que, mediante esa nueva Ley, se transpone al derecho español la aludida directiva.

↻ *Dictamen 375/2023, de 11 de mayo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

Desde la perspectiva de la técnica normativa, se ha apuntado que debería incorporarse una referencia a las disposiciones modificadas en el título de la norma. No comparte el Consejo de Estado este criterio. Por el contrario, entiende que se trata de una norma sustantiva que modifica ciertas normas en sus disposiciones finales. Coincide por ello con el centro directivo impulsor en que no procede incorporar referencia a estas modificaciones en el título de la disposición de acuerdo con el sentido de la Directriz de técnica normativa quincuagésima novena, por cuanto se trata de una norma no modificativa que contiene preceptos modificativos.

↻ *Dictamen 746/2023, de 6 de julio.*

Proyecto Real Decreto por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, el Reglamento de la Administración Pública del Agua, aprobado por Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, y el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.

Con carácter general, no resulta aconsejable modificar los títulos de las normas ya vigentes, puesto que dichos títulos son el instrumento que permite identificarlas. Por ello, una modificación que da lugar a cambios en la forma de nombrarlas es susceptible de provocar inseguridad jurídica, con las consiguientes dificultades que pueden plantearse a la hora de identificarlas adecuadamente.

No obstante, en el presente caso concurren dos tipos de circunstancias que, a juicio del Consejo de Estado permiten concluir que está justificada la modificación prevista.

Así, en primer lugar, las nuevas rúbricas cumplirán la función de nombrar las normas de forma más simple y adecuada, lo que constituye la principal finalidad de los títulos de la norma. Además, en el caso del hasta ahora Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica, (…) la parte de su articulado relativa a la planificación hidrológica fue derogada por el Real

Decreto 907/2007, de 6 de julio (…). Por ello, la nueva denominación de la disposición contribuirá de forma importante a aportar claridad al marco normativo resultante del desarrollo de la Ley de Aguas.

En segundo lugar, las nuevas denominaciones no han de suscitar especiales dificultades en identificar con claridad la continuidad en las normas, a pesar del cambio de sus títulos.

↻ *Dictamen 753/2023, de 6 de julio.*
↻ *Ver también dictamen 1223/2023, de 2 de noviembre.*

4.2.3 **Articulado**

Anteproyecto de Ley de Cooperación y Solidaridad Internacional de Extremadura.

El uso en el texto de expresiones declarativas y programáticas debería evitarse, tal y como se advertía en el dictamen número 718/2022: «Este lenguaje, que ciertamente es común en múltiples actos internacionales y resulta inspirador para la acción, es natural que tenga su reflejo en el anteproyecto. En todo caso, la sede más apropiada al efecto es la exposición de motivos, debiendo aligerarse la parte dispositiva de expresiones que carezcan de un contenido auténticamente prescriptivo o bien transformarse la redacción en tal sentido (…). Todo ello, sin perjuicio de insistir una vez más por parte de este Consejo de Estado en la conveniencia de huir en los textos legales del estilo suasorio o didáctico (*vid.* dictamen número 322/2019, de 23 de mayo)».

↻ *Dictamen 1768/2022, de 12 de enero de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.

Junto al señalado carácter genérico de gran parte del proyecto, debe observarse que este reitera con frecuencia reglas ya contenidas en distintos instrumentos normativos de distinto rango (…). No en pocas ocasiones, esas otras normas sectoriales o especiales ofrecen una regulación más completa y concreta de los requisitos para la accesibilidad de los bienes o servicios, y no siempre se citan en el proyecto.

Como se verá en las observaciones que se formulan al articulado del proyecto, estos solapamientos normativos provocan confusión sobre los ámbitos respec-

tivos de aplicación de las distintas normas y, en consecuencia, un evidente riesgo de inseguridad jurídica en una materia donde la dispersión normativa es ya de por sí muy elevada.

[…]

Una buena técnica normativa exige que las normas jurídicas identifiquen con claridad y precisión los mandatos que imponen, los derechos que reconocen y las conductas que permiten o prohíben, y se abstengan, en cambio, de incorporar declaraciones meramente teleológicas o propósitos sin contenido normativo propio.

↻ *Dictamen 146/2023, de 16 de marzo.*

Anteproyecto de Ley de Familias.

Desde otra perspectiva cabe también señalar que el propósito compilador del anteproyecto sometido a consulta, que pretende superar la situación de dispersión normativa existente en la materia, ha llevado a incluir en él numerosas previsiones relativas a principios, medidas o derechos que ya están regulados en otras normas y que encuentran en ellas su natural acomodo dentro del ordenamiento jurídico (…).

Sin perjuicio del análisis individual del que algunos de estos preceptos serán objeto en el apartado VI de este dictamen, procede ahora advertir que la regulación de estas cuestiones en el anteproyecto genera una duplicidad de regímenes jurídicos que no solo no contribuye a clarificar el régimen jurídico aplicable (…), sino que puede incluso llegar a producir el efecto contrario, especialmente en aquellos casos en los que no se reproduce la regulación ya existente de manera exacta o completa.

↻ *Dictamen 146/2023, de 16 de marzo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 664/2015, de 17 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación Ferroviaria.

En nuestro derecho, tradicionalmente los reales decretos han tenido como objeto, bien la publicación o comunicación de una resolución o acto administrativo, bien la aprobación de una disposición general. En este último caso, se ha venido distinguiendo entre el decreto mismo, instrumento aprobatorio, y la disposición aprobada, que se une al decreto como anejo. Uno y otra tenían originariamente diferente naturaleza –el primero, no normativo sino de autenticación del acuerdo de aprobación y la segunda, reglamentaria–. Esta diferente naturaleza se ha visto posteriormente empañada, al ser usual que los reales decretos aprobatorios contengan previsiones normativas generales en su articulado. En

todo caso, subsiste la distinción entre el instrumento de aprobación –aún con contenido normativo– y la disposición general aprobada. Así se deduce de las Directrices de técnica normativa 91 a 94, aprobadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

↻ *Dictamen 669/2023, de 29 de junio.*

Proyecto de Real Decreto sobre instrumentos financieros, admisión a negociación, registro de valores negociables e infraestructuras de mercado.

En muchas ocasiones ha señalado el Consejo de Estado que la complejidad intrínseca de la materia no debe amparar la oscuridad de la regulación proyectada (así, entre otros muchos, dictámenes números 111/2023, de 9 de marzo; 767/2020, de 22 de diciembre y 234/2019, de 28 de marzo). Una buena técnica normativa aconsejaría evitar las remisiones circulares y trasladar al texto proyectado, con la mayor claridad posible, los conceptos y supuestos que se regulan (en este mismo sentido, la Directriz de técnica normativa n.º 65 de las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005: «las remisiones se utilizarán cuando simplifiquen el texto de la disposición y no perjudiquen su comprensión o reduzcan su claridad»).

↻ *Dictamen 1222/2023, de 2 de noviembre.*

4.2.4 **Disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales**

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica la instrucción técnica complementaria ITC AEM 1»Ascensores», que regula la puesta en servicio, modificación, mantenimiento e inspección, de los ascensores así como el incremento de la seguridad del parque de ascensores existente.

Es reiterada la doctrina de este Consejo que llama a evitar las cláusulas derogatorias de carácter indeterminado y a procurar, en cambio, la identificación de los concretos preceptos que se derogan, todo ello a fin de proporcionar certidumbre en relación con las normas que resultan aplicables.

↻ *Dictamen 1923/2022, de 23 de marzo de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se transpone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la

utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.

Mayores dudas suscita la proyectada disposición final tercera en cuanto indica, en relación con el Real Decreto proyectado, que «entrará en vigor el día siguiente al de su publicación» en el BOE, y que «su vigencia estará vinculada» a la entrada en vigor del título IV de aquella ley.

Ciertamente, el Consejo de Estado, en su dictamen número 1.394/2022, ya citado, aclaraba, en relación con la procedencia de excluir la modificación del RRM de aquel anteproyecto de Ley que ello «no tiene por qué suponer un retraso en la aprobación de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil proyectada, puesto que esta se puede articular a través de un proyecto de Real Decreto orientado a modificar el citado Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, cuya entrada en vigor podría coordinarse con la entrada en vigor del Anteproyecto sometido a consulta, que se producirá una vez que concluya su tramitación parlamentaria».

Sin embargo, esa coordinación ha de hacerse de forma correcta, con la necesaria claridad y precisión (…).

En efecto, ha de advertirse, en primer lugar, que aquella «vinculación» (de la entrada en vigor del Real Decreto proyectado a la vigencia del título IV del PLTD) no implica necesariamente coincidencia o simultaneidad, sino que se puede vincular la vigencia de un reglamento a la entrada en vigor de una ley haciendo coincidir la fecha de entrada en vigor de una y otra, pero también postergando la entrada en vigor de la norma reglamentaria (p.ej., de forma que el real decreto entre en vigor con posterioridad a la de la ley que constituye su marco normativo –p.ej., tres meses después–), adelantándola, o condicionando una a otra. En suma, es impreciso disponer que la vigencia de la norma proyectada «estará vinculada a la entrada en vigor» del PLTD.

↻ *Dictamen 286/2023, de 27 de abril.*

Proyecto de Real Decreto por el que se crea el Registro Central de Titularidades Reales y se aprueba su Reglamento.

La redacción de la disposición final quinta, relativa a la entrada en vigor, es confusa y, en opinión del Consejo de Estado, no contribuye a dar claridad a los operadores jurídicos y destinatarios de la norma.

Debe notarse que esta disposición contiene tres fechas de entrada en vigor (el día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado, el 1 de junio y el 15 de septiembre de 2023) y prevé, además, algunas excepciones a la entrada en vigor del contenido del artículo 5.3, cuya supresión ha sido ya sugerida por este Consejo de Estado.

Además de procurar mejorar la dicción de esta disposición, algunas fechas previstas no son viables y otras no parecen adecuadas teniendo en cuenta, la fecha de recepción de este dictamen, la de aprobación por el Consejo de Ministros y, en todo caso, las implicaciones operativas y técnicas que conllevan siempre la puesta en funcionamiento de todo Registro.

↻ *Dictamen 396/2023, de 22 de junio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 277/2016, de 24 de junio, por el que se regulan las organizaciones profesionales en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura.

El apartado dos del artículo único de la propuesta da nueva redacción a los apartados 3, 4 y 6 del artículo 2 del Real Decreto 277/2016, de 24 de junio, que lleva por título «Disposiciones generales». El apartado 3 de este precepto, en concreto, recoge una serie de definiciones relevantes a los efectos de la aplicación de la norma.

En la letra b), se refiere a la organización trasnacional de productores pesqueros. En la actualidad, tienen esta condición las organizaciones de productores con sede social en España en las que al menos una unidad de producción esté localizada en otro Estado miembro. En la regulación proyectada, se requiere que «entre un 5% y un 49% de sus unidades de producción estén situadas en otro Estado miembro» y se advierte expresamente que «este requisito únicamente será de aplicación para aquellas organizaciones transnacionales de productores pesqueros que sean reconocidas con posterioridad a 31 de diciembre de 2022».

Se trata de una prescripción que plantea dos tipos de problemas. Desde el punto de vista material, en ausencia de un régimen transitorio específico, resulta evidente que las organizaciones de productores reconocidas tras la entrada en vigor de la propuesta tendrán que reunir los requisitos enunciados en la nueva letra b) del apartado 3 del artículo 2 del Real Decreto 277/2016, de 24 de junio. Y que, en consecuencia, el último inciso de este subapartado cobra sentido en relación con las organizaciones de productores reconocidas entre el 1 de enero de 2023 y la fecha de entrada en vigor del Proyecto; a estas se les tendrá que aplicar retroactivamente el requisito de que entre el 5 % y el 49 % de sus unidades de producción estén localizadas en otro Estado miembro.

Ello supone que, desde una perspectiva formal, esta previsión posee un carácter transitorio que hace que tenga que estar sistemáticamente ubicada en la parte final de la norma. En efecto, la regla 40 de las Directrices de técnica normativa aprobadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, señala que son disposiciones transitorias, entre otros, los preceptos que declaren la aplicación retroactiva de la nueva disposición general a situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor. Ello exigiría que el último inciso de la

nueva letra b) del apartado 3 del artículo 2 del Real Decreto 277/2016, de 24 de junio, se desgajase de este precepto y trasladase a la parte final del Proyecto como disposición transitoria.

Es más, como quiera que las organizaciones profesionales que constituyen su objeto ya habrán obtenido el correspondiente reconocimiento de la autoridad competente, desde una perspectiva material no bastaría con prever esta aplicación retroactiva, sino que se debería ordenar la revisión del reconocimiento concedido y especificar sus consecuencias –presumiblemente, en lo que al régimen de ayudas se refiere– para que aquella cobre virtualidad.

[…]

La disposición derogatoria única de la norma proyectada declara derogados varios apartados de la disposición reglamentaria que viene a modificar a través de su artículo único. Como ha puesto de manifiesto la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Trabajo Social, en las normas que modifican disposiciones generales lo usual es incluir los preceptos de la regulación modificada que van a ser suprimidos en el texto articulado de la norma, y no en su disposición derogatoria. Es decir, lo correcto desde el punto de vista de la técnica normativa sería que el apartado 2 del artículo único declarase suprimidos la letra e) del apartado 1, el apartado 5 y el apartado 6 del artículo 2 del Real Decreto 277/2016, de 24 de junio, en lugar de que la letra a) de la disposición derogatoria única declarase derogados estos apartados.

Así se desprende de la regla 55 de las Directrices de técnica normativa aprobadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, que aluden a la supresión entre los tipos de modificación que pueden llevarse a cabo. Y así lo corrobora la práctica seguida por la propia autoridad consultante en casos similares –por ejemplo, en el todavía proyecto de Real Decreto por el que se regula el control del rendimiento lechero para la evaluación genética en las especies bovina, ovina y caprina, se establecen las bases reguladoras de las subvenciones al control del rendimiento lechero y se modifican diversos reales decretos en materia agraria, que ha sido objeto del dictamen del expediente número 747/2023–.

En consecuencia, el contenido de la disposición derogatoria única debería ser incorporado al texto articulado de la propuesta en la forma descrita.

↻ *Dictamen 726/2023, de 6 de julio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

Sin perjuicio de lo anterior, y en lo que se refiere a una óptica más sustantiva, se aprecia que las tres modificaciones normativas contenidas en las tres primeras disposiciones finales se proyectan sobre normas del ordenamiento laboral distintas del Mecanismo RED. Comparte el Consejo de Estado en este punto la crítica que

formulan las entidades y órganos preinformantes. La utilización de disposiciones modificativas del derecho vigente cuando la modificación no sea objeto principal de la disposición tiene carácter restrictivo y excepcional.

[…]

(…). Debe advertirse por ello, que, a juicio de este Consejo de Estado, la norma que desarrolla el Mecanismo RED no es el instrumento normativo más idóneo para hacer esta modificación en materia de competencia sancionadora.

↻ *Dictamen 746/2023, de 6 de julio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se regula el control del rendimiento lechero, para la evaluación genética en las especies bovina, ovina y caprina, se establecen las bases reguladoras, de las subvenciones al control del rendimiento lechero y se modifican diversos reales decretos en materia agraria.

Se ha tener en cuenta que la propuesta no solo concreta el régimen jurídico aplicable al control de rendimiento en el sector de la leche, sino que también modifica otras disposiciones reglamentarias –algunas de ellas, sin conexión aparente con la regulación proyectada– en sus disposiciones finales. Una de las disposiciones reglamentarias afectadas, el Real Decreto 1053/2022, de 27 de diciembre, fue dictado en virtud de lo dispuesto en las reglas 13.ª y 16.ª del artículo 149.1 de la Constitución; como su modificación necesariamente debe ampararse en los títulos competenciales que en su momento justificaron su aprobación, parece evidente que la disposición final sexta del Proyecto es incompleta en este aspecto y que debiera remitirse expresamente a los títulos competenciales en los que se fundamentó la aprobación del Real Decreto 1053/2022, de 27 de diciembre.

↻ *Dictamen 747/2023, de 6 de julio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifican el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, y el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, en materia de administración electrónica.

La disposición final segunda de la norma proyectada establece que la entrada en vigor se producirá al día siguiente de su publicación en el Boletín oficial del Estado. Se justifica esta decisión en el hecho de que la tramitación de la norma ha sido más larga de lo previsto.

Como se ha expuesto anteriormente, de mantenerse la redacción proyectada, serían muchos los ciudadanos obligados a mantener con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social una relación electrónica, que incluirá notificaciones de actos que pueden tener efectos desfavorables (…).

[…]

En atención a estos datos el Consejo de Estado estima que se debería reconsiderar la fecha de entrada en vigor de la norma, a la que, por otra parte, se aplica el artículo 23 de Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que establece que las normas que «impongan nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de ésta» deben comenzar su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación.

↻ *Dictamen 1027/2023, de 5 de octubre.*

↻ *Ver también dictamen 375/2023, de 11 de mayo.*

4.3 PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN

4.3.1 **Cuestiones generales**

Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las normas para la aplicación de penalizaciones, en las intervenciones contempladas en el Plan Estratégico de la Política Agrícola Común, y por el que se modifican varios reales decretos de aplicación de la Política Agrícola Común.

Cabe recordar la necesidad de moderar el uso de la declaración de urgencia de las consultas remitidas a este Alto Cuerpo Consultivo y, en general, de acelerar la tramitación de los procedimientos de elaboración de disposiciones normativas en sus fases finales, llevando a cabo una planificación normativa adecuada que impida que tales situaciones se conviertan en una suerte de práctica generalizada, que podría llegar a afectar a la calidad del proceso de toma de decisiones regulatorias, en detrimento del interés general.

Así lo prueba el hecho de que tan solo unos meses después de que los reales decretos reguladores de las intervenciones en los sectores de las frutas y hortalizas y del vino, de las intervenciones en forma de pagos directos, de los derechos de ayuda básica a la renta para la sostenibilidad, del sistema de gestión y control de la Política Agrícola Común, de la condicionalidad reforzada y social y del sistema de información de explotaciones agrícolas y ganaderas y de la producción agraria, fuesen publicados en el Boletín Oficial del Estado, haya sido necesario introducir modificaciones puntuales en su seno que, según el preámbulo de la propuesta, «mejora[n], completa[n] y, en algún caso, subsana[n] algunos de los extremos contenidos en los

mismos (…) al objeto de garantizar una mejor y más completa aplicación de cada uno de ellos (…) y del conjunto de las intervenciones de la PAC.

El procedimiento de elaboración de todos estos reales decretos fue apresurado en los trámites finales, solicitándose en todos ellos la evacuación del dictamen de este Consejo con carácter urgente. Es probable que un mayor sosiego en las últimas fases de la instrucción del expediente hubiese permitido incorporar una parte sustancial de las modificaciones proyectadas en las respectivas disposiciones normativas originarias, con el beneficio que ello hubiera supuesto para la seguridad jurídica y la eficacia administrativa. Por ello, cabe incidir en la oportunidad de que la autoridad consultante extreme el celo planificador al tramitar el procedimiento de elaboración de las disposiciones normativas, que de antemano es sabido, que tienen que entrar en vigor en una fecha determinada.

↻ *Dictamen 84/2023, de 23 de febrero.*
↻ *Ver también dictamen 2048/2022, de 19 de enero de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1130/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el régimen retributivo del cuerpo de Secretarios Judiciales así como el Real Decreto 2033/2009, de 30 de diciembre, por el que se determinan los puestos tipo adscritos al cuerpo de Secretarios Judiciales a efectos del complemento general de puesto, la asignación inicial del complemento específico y las retribuciones por sustituciones que impliquen el desempeño conjunto de otra función.

No obstante, importa detenerse en el punto relativo al certificado del subdirector general de Acceso y Promoción del Personal de la Administración de Justicia que obra en el expediente. En él se certifica «que en las reuniones de la Mesa Sectorial de la Administración de Justicia de fechas 16 de junio y 14 de julio de 2022 se incluyó en el orden del día» el asunto relativo a la negociación del proyecto de Real Decreto a que se refiere este expediente. Sin embargo, no constan en el expediente las actas de dichas reuniones ni informes de las organizaciones convocadas a la mesa de negociación, ni la Memoria deja constancia de la remisión del proyecto a las organizaciones sindicales más representativas o, en definitiva, de la realización de un proceso de negociación colectiva real y efectivo en los términos previstos legalmente.

[…]

Por tanto, el hecho de que la negociación del proyecto en cuestión haya sido incluida en el orden del día de la reunión (o reuniones) de la Mesa Sectorial de la Administración de Justicia –y de que así conste en la oportuna certificación– no basta para poder concluir que se ha respetado el derecho de uno u otro sindicato a negociar el contenido del Proyecto sometido a consulta.

Así las cosas, entiende el Consejo de Estado que el Proyecto no puede ser aprobado sin dejar constancia en el expediente del efectivo cumplimiento de la exigencia de que el proyecto de Real Decreto remitido en consulta haya sido objeto de negociación colectiva, de acuerdo con lo establecido en los artículos a que se refiere el Tribunal Supremo en la citada sentencia (artículos 447.1.3.d) de la LOPJ y 95.3 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, además del artículo 37.1 b) y k) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). La certificación incorporada al expediente puede ser indicio del cumplimiento de aquella exigencia; pero los antecedentes apuntados, y en particular la referida sentencia del Tribunal Supremo, obligan a exigir un mayor nivel de acreditación de su cumplimiento en el presente caso. Y, en todo caso, debería dejarse constancia en el preámbulo y en la Memoria de la realidad del proceso de negociación colectiva efectivo (incluso concretando sus circunstancias fundamentales) y del consiguiente cumplimiento de la exigencia legal.

↻ *Dictamen 137/2023, de 9 de marzo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1106/2020, de 15 de diciembre, por el que se regula el Estatuto de Consumidores Electrointensivos.

En cambio, la nueva disposición adicional va dirigida a modificar una norma distinta, como es el recién citado Real Decreto 309/2022. El problema no es solo que tal modificación no haya pasado por el trámite de audiencia, sino que no ha seguido tramitación alguna, y para esta omisión no pueden buscarse justificaciones. El Consejo de Estado entiende que la disposición adicional de referencia no debe incluirse en el real decreto proyectado.

↻ *Dictamen 16/2023, de 27 de abril.*

Proyecto de Circular de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre la aplicación del artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones.

El procedimiento para la aprobación de las circulares de la AEPD está recogido en el artículo 6 del Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, aprobado por el Real Decreto 389/2021, de 1 de junio (EAPD). Se trata de un procedimiento regulado al amparo de la habilitación contenida en el artículo 55.2 de la LOPDD (que prevé que la elaboración de las circulares de la AEPD «se sujetará al procedimiento establecido en el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, que deberá prever los informes técnicos y jurídicos que fueran necesarios y

la audiencia a los interesados»). En relación con esta tramitación, el Consejo de Estado abordó, en el dictamen número 683/2020, de 11 de febrero de 2021 (sobre el EAEPD, en fase de proyecto), la cuestión de si en la elaboración de las circulares de la AEPD debían aplicarse, por una parte, las reglas procedimentales contenidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y, por otra, las recogidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Lo primero se descartó, por las razones que allí se exponían (básicamente, por entender que las disposiciones del título V de la Ley del Gobierno no son aplicables al ejercicio de la potestad normativa de las llamadas autoridades administrativas independientes, pues aquel se refiere a la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno y de sus miembros); pero no así lo segundo, de forma que en el ejercicio de la potestad regulatoria de la AEPD deben tenerse en cuenta los principios de buena regulación consagrados en el artículo 129 de la Ley 39/2015 (necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia), o las disposiciones de sus artículos 130 y 133 sobre los trámites de evaluación normativa, consulta previa y audiencia e información pública. Se trata, en suma, de una garantía procedimental fundamental a la luz de la sensibilidad de la materia sobre la que aquellas potestades se ejercen, de forma que el Consejo de Estado viene insistiendo en la relevancia de garantizar que las autoridades administrativas independientes cumplan las normas de procedimiento (vid., a título de ejemplo, en relación con la potestad de dictar circulares del Banco de España, el dictamen número 726/2019, de 3 de octubre; en relación con la CNMV, el dictamen número 745/2019, de 17 de octubre; o, en relación con la CNMC, el dictamen número 823/2019, de 7 de noviembre, entre otros).

↻ *Dictamen 677/2023, de 22 de junio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de las condiciones de utilización de la lengua de signos española y los medios de apoyo a la comunicación oral, para las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

Es preciso recordar que las normas que rigen el procedimiento de elaboración de los reglamentos deben también observarse en los proyectos de modificación de tales normas, que en modo alguno pueden sustraerse a los trámites y garantías que integran dicho procedimiento, que no han sido en este caso observados. En efecto, tal y como se ha indicado, las disposiciones en virtud de las cuales pretenden introducirse cambios en los reales decretos citados han sido incluidas en una versión del proyecto sometido a consulta que no ha sido sometida a los preceptivos trámites de consulta pública previa y audiencia e información pública ni ha sido objeto de consideración por parte de los órganos administrativos y entidades y organizaciones representativas del colectivo afectado.

Entiende el Consejo de Estado que, no habiéndose seguido el procedimiento legalmente establecido al efecto, no es posible incluir en la regulación en proyecto tales modificaciones, debiendo por ello suprimirse las disposiciones finales primera a quinta del proyectado Real Decreto.

↻ *Dictamen 792/2023, de 13 de julio.*

4.3.2 **Audiencia e información pública**

Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las bases de desarrollo de la normativa de la unión europea de sanidad animal, en lo relativo a las obligaciones de vigilancia del titular de la explotación y al plan sanitario integral de las explotaciones ganaderas y por el que se modifican varias normas de ordenación ganaderas.

Con posterioridad a dichos cambios, no se ha llevado a cabo más tramitación adicional que un nuevo informe de la Secretaría General Técnica del departamento.

Procede, por ello, analizar si la ausencia de nuevos trámites con posterioridad a dichos cambios, y, en particular, del de audiencia e información pública, impide aprobar la norma.

[…]

En definitiva, estima el Consejo de Estado que el nuevo contenido introducido en la norma no obliga a reiterar los trámites celebrados, y no impide, por ello, aprobar la norma consultada.

↻ *Dictamen 133/2023, de 30 de marzo.*

↻ *Ver también dictamen 1098/2023, de 23 de noviembre.*

4.3.3 **Informes y aprobación previa**

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, para la indexación del PVPC a señales a plazo y reducción de su volatilidad.

(…) En lo que hace al informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, consta que se recabó el 22 de febrero de 2023, a pesar de que la primera redacción de la norma, la que fue sometida al trámite de audiencia e información pública, es de octubre de 2022. A este respecto, debe tenerse en cuenta el

artículo 7.2 del Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, por el que se establece el régimen de funcionamiento de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, que dice así: (…) La solicitud de informe se realizará una vez que los Ministerios proponentes cuenten con un primer texto del proyecto y la correspondiente memoria del análisis de impacto normativo. El informe de la Oficina será previo a la solicitud del informe de la Secretaría General Técnica previsto en el artículo 26.5, párrafo cuarto, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre.

La exigencia de solicitar el informe en el momento inicial de la tramitación, cuando se dispone del primer texto, es relevante, dado que permite introducir las correspondientes correcciones desde el comienzo, favoreciendo de este modo la calidad normativa, y complementando el informe de la secretaría general técnica del departamento proponente, cuya finalidad consiste en introducir las modificaciones de técnica normativa y de ajuste al ordenamiento jurídico una vez que el proyecto está listo para remitirse al Consejo de Estado. Se recuerda, por ello, la exigencia de cumplir dicho mandato en la tramitación.

(…) Estima el Consejo de Estado que (…) hubiera debido solicitarse el informe de la Secretaría de Estado de Presupuestos, habida cuenta del importante efecto que tendrá la disposición en los presupuestos generales del Estado, tal y como recoge la memoria y como ha puesto de manifiesto la Oficina Presupuestaria de la Subsecretaría del departamento proponente. Es cierto que el Ministerio de Hacienda y Función Pública ha tenido oportunidad de conocer el proyecto, dado que se ha sometido al trámite de aprobación previa; sin embargo, no cabe ignorar que la finalidad de dicha aprobación previa es diferente, pues se vincula con los aspectos relativos a la organización administrativa de la Administración General del Estado, a su régimen de personal o a los procedimientos y a la inspección de los servicios, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.5 de la Ley del Gobierno. Por ello, debe recordarse que, con carácter general, cuando una norma tiene efectos presupuestarios relevantes, debe incorporarse al expediente el correspondiente informe de la citada secretaría de estado –o de su Dirección General de Presupuestos–, dada la relevancia que tiene este aspecto de cara a la aprobación o modificación de la propuesta.

↻ *Dictamen 288/2023, de 20 de abril.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se transpone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.

Como tercera cuestión, se observa que alguno de los informes que entonces se solicitaron no fue recibido, lo que no impidió la continuación de la tramitación de aquel anteproyecto. Sin embargo, reiniciada la tramitación del proyecto como norma reglamentaria, hubiera debido solicitarse de nuevo. Es, concretamente, lo sucedido con el informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (OCCN), que se solicitó con fecha 4 de noviembre de 2021 en relación con el anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia. Aunque dicho informe no podía ser emitido una vez que ese anteproyecto (en realidad, el que le sucedió) fue dictaminado por el Consejo de Estado, nada impedía recabar el informe de la OCCN en relación con el proyecto de norma reglamentaria una vez que quedó fuera del citado anteproyecto de acuerdo con lo razonado por el Consejo de Estado que, como se ha indicado, no entró a analizar su contenido.

↻ *Dictamen 286/2023, de 27 de abril.*

Proyecto de Real Decreto por el que se crea el Registro Central de Titularidades Reales y se aprueba su Reglamento.

A lo anterior se une que, teniendo en cuenta que la mayor parte de las novedades introducidas en el texto de la iniciativa reglamentaria tras la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se refieren al acceso al registro (personas legitimadas, artículo 5) y a la protección de datos de carácter personal (artículo 8), considera el Consejo de Estado que hubiera sido conveniente recabar nuevo informe de la Agencia Española de Protección de Datos (…).

A una conclusión similar se llega si se toma en consideración el contenido del proyectado artículo 5.8 (…). Esta importante novedad no ha sido explicada y tampoco ha sido informada ni por la Agencia Estatal de Administración Tributaria ni por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, y, se trata de una materia que tiene una relevancia singular.

Es muy consciente este Consejo de Estado de la urgencia que concurre (…). Con todo, transcurrido con creces ese periodo, la urgencia no está reñida con la necesidad de dar una adecuada tramitación a la nueva versión y hacer partícipe de la misma, a todos los órganos y departamentos ministeriales a los que se refiere la Ley del Gobierno.

↻ *Dictamen 396/2023, de 22 de junio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se regula la distribución, prescripción, dispensación y uso de medicamentos veterinarios.

Debe señalarse que hubiera debido recabarse de forma previa a la remisión del expediente al Consejo de Estado la conformidad del Ministerio de Sanidad, como

departamento coproponente. No obstante, dada la índole de las observaciones formuladas en su informe, que eran de carácter formal, y la urgencia en la aprobación de la norma, se estima que no procede devolver el expediente por esta razón.

↻ *Dictamen 723/2023, de 6 de julio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los servicios postales en desarrollo de los establecido por la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

El Consejo de Estado no debe dejar de señalar una práctica que se hace patente en el caso presente: la desnaturalización del trámite de la aprobación previa.

Conforme con las previsiones del precepto trascrito de la Ley 50/1997, la aprobación previa se configura como un informe de perfiles singulares y objeto limitado. No se trata –pese a su nombre– de una aprobación, esto es, de una modalidad de autorización, pues ni se emite *ex post*, una vez emanada la norma, ni impide la continuación del procedimiento de su elaboración. Se trata de un informe cuyo objeto, como se ha dicho, está limitado a cuestiones de organización administrativa, de personal y de procedimientos. Su razón de ser está en la necesidad de coordinar las actuaciones de la Administración General del Estado en esas concretas materias de organización interna. Habida cuenta su objeto legalmente determinado, a través de la aprobación previa no se pueden formular consideraciones ajenas a dichas materias. No se trata de un informe general del Departamento encargado de las competencias de organización administrativa y función pública. No puede comprender consideraciones sobre materias distintas, bien de los órganos que las ejercen y mucho menos de otros ajenos a ellas, aunque estén residenciados en ese Ministerio –como son las fiscales, presupuestarias–. La aprobación previa debe quedar ceñida a lo que es propio y específico. Ello no quiere decir que el Departamento a quien corresponde el ejercicio de las competencias objeto de la aprobación previa y sus servicios no pueda formular consideraciones, observaciones y sugerencias de otra índole a los proyectos normativos. Lo que se quiere significar es que éstas deberán articularse a través de informes formalmente diferenciados a la aprobación previa y que la expedición de esta no puede quedar supeditada a la aceptación por los órganos que promueven las iniciativas normativas de observaciones y sugerencias que son a ajenas su objeto propio.

El Consejo de Estado viene apreciando la mencionada desnaturalización del trámite de aprobación previa en numerosas ocasiones. La situación señalada se ha plasmado con claridad en el caso presente en el que la mayor parte de las observaciones contenidas en el informe denegatorio de la aprobación previa del Ministerio de Hacienda y Función Pública, el de 17 de febrero de 2023, eran ajenas a su objeto propio. Nada tienen que ver con ésta las atinentes a la inclusión de una sec-

ción destinada a regular las normas de calidad de la prestación del servicio postal universal, del servicio de giro entre los postales, la habilitación al prestador del servicio postal universal para el transporte de fondos de bajo valor y de medicamentos, la forma de entrega de los envíos postales, de los casilleros domiciliarios y de su gestión, etc.

Una adecuada aplicación de las normas y un correcto desenvolvimiento del procedimiento de su elaboración debe llevar a observar de manera escrupulosa los trámites legalmente previstos, dando a cada uno de ellos la significación que la Ley les atribuye.

↻ *Dictamen 553/2023, de 20 de julio.*

4.3.4 **Memoria del análisis de impacto normativo**

Proyecto de Orden por la que se modifica la orden de 8 de septiembre de 1998, por la que se establece una reserva marina y una reserva de pesca en el entorno de la isla de Alborán, y se regula el ejercicio de la pesca en los caladeros adyacentes.

Cabe recordar que es doctrina reiterada de este Consejo que el análisis de las alternativas regulatorias «no puede quedar en una mera consideración formal, en cuanto relativa a la forma de instrumentar la reforma, sino que ha de hacerse eco también de las decisiones regulatorias más relevantes, para justificar adecuadamente las soluciones adoptadas, y las ventajas que estas tienen frente a aquellas que han sido desechadas» (véanse, por todos, los dictámenes de los expedientes números 196/2021, de 15 de abril de 2021, y 720/2022, de 12 de mayo).

Durante la tramitación del expediente, algunas decisiones regulatorias han sido muy cuestionadas por las entidades representativas del sector –por ejemplo, la referida a las limitaciones impuestas al número de buques que pueden estar presentes simultáneamente en la reserva de pesca–, mientras que otras han sido objeto de modificación en las versiones sucesivas de la norma –por ejemplo, la relativa a las condiciones en las que la pesca recreativa puede ser ejercida en el entorno de la isla de Alborán–. Como casi todas ellas cuentan con el respaldo técnico de los informes que el Instituto Español de Oceanografía ha emitido en las diversas fases del procedimiento, hubiera sido recomendable que la Memoria hubiese explicado brevemente los motivos que las sustentan para que todos los interesados pudiesen conocerlos. Asimismo, debería haber expuesto las razones por las que se ha apartado del criterio técnico de este instituto en aquellos supuestos en los que excepcionalmente lo haya hecho.

↻ *Dictamen 1909/2022, de 2 de febrero de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las normas reguladoras del Bono Cultural Joven.

En lo atinente a los impactos, la memoria del análisis de impacto normativo se limita, prácticamente, a reproducir el mismo texto de la memoria del Real Decreto de 2022. Sin embargo, la memoria de este Proyecto debería haber analizado datos, a la vista de la experiencia del año pasado, sobre, por ejemplo, el número de personas que finalmente solicitaron el Bono Cultural Joven en el año 2022; los colectivos (hombres o mujeres, ámbito rural o urbano,…) a los que principalmente afecta la norma reglamentaria que se propone el destino de las ayudas; o el impacto de recuperación –si es que lo ha habido– de los sectores culturales a los que se ha destinado la ayuda por parte de los jóvenes beneficiarios. El Bono se justificaba en el Real Decreto de 2022 y se sigue justificando en este proyecto de Real Decreto, en contribuir a la recuperación del sector en su conjunto del impacto del COVID-19, pero respecto de lo que no hay dato alguno sobre el efecto que ha supuesto o no la ayuda de 2022 en alguno (o ninguno) de los subsectores, ni en el conjunto de los mismos. (…)

Estos datos permitirían facilitar la toma de decisiones en la regulación de distintos aspectos del Bono Cultural Joven y ver, en su caso, si es preciso reforzar el apoyo de algún específico sector para la consolidación de su recuperación, de acuerdo con el propósito que se fija en el propio preámbulo de la norma proyectada.

[…]

Este Consejo de Estado vuelve a reiterar lo ya indicado en el dictamen número 203/2022 sobre la exención que se plantea en el apartado 3 del artículo 5 del Proyecto («No se exigirá el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, para obtener la condición de beneficiario, atendiendo a la naturaleza de la presente ayuda»).

Recuérdese que el artículo 13.2 de la Ley 38/2003, establece una serie de limitaciones a la obtención de la condición de beneficiario que únicamente se pueden exceptuar en su correspondiente normativa «por la naturaleza de la subvención». Tan solo a modo de ejemplo, dicho precepto impide obtener la condición de beneficiario a aquellas personas condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas o por delitos de prevaricación, cohecho, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales o delitos urbanísticos. (…)

(…) El Proyecto se limita a señalar que la exención está justificada «atendiendo a la naturaleza de la presente ayuda». Aunque el Real Decreto proyectado puede formular tal exención de acuerdo con lo previsto en el propio artículo 13.2 de la Ley General de Subvenciones, sin embargo, vuelve a insistirse en que en el expediente deberían justificarse los motivos de esta excepción pues tan solo el pro-

pio artículo proyectado, a los estrictos efectos formales, señala que está justificada «atendiendo a la naturaleza de la presente ayuda», sin más explicación.

↻ *Dictamen 170/2023, de 16 de marzo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica la instrucción técnica complementaria ITC AEM 1 «Ascensores», que regula la puesta en servicio, modificación, mantenimiento e inspección, de los ascensores así como el incremento de la seguridad del parque de ascensores existente.

La (…) cuestión que se ha suscitado (…) se refiere a la adecuación de las nuevas obligaciones que se imponen a los principios de necesidad, eficacia y proporcionalidad. Estos principios de buena regulación se contemplan en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; y se reiteran, específicamente en relación con la intervención administrativa en el ejercicio de una actividad en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Además, el respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad debe justificarse en la imposición de requisitos para el desarrollo de una actividad de servicios, tal y como dispone el artículo 9.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

A juicio de este Consejo, la necesidad y la proporcionalidad de algunas de las obligaciones que se exigen no quedan justificadas de forma suficiente en el expediente remitido a este Consejo. En consecuencia, la conformidad a derecho de su imposición queda supeditada a que la memoria del análisis de impacto normativo razone de modo expreso y concreto la adecuación de tales observaciones a los referidos principios.

↻ *Dictamen 1923/2022, de 23 de marzo de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se regula el control del rendimiento lechero, para la evaluación genética en las especies bovina, ovina y caprina, se establecen las bases reguladoras, de las subvenciones al control del rendimiento lechero y se modifican diversos reales decretos en materia agraria.

El Proyecto sometido a consulta viene a sustituir al Real Decreto 368/2005, de 8 de abril, acomodando la regulación de esta materia a las previsiones del Reglamento (UE) 2016/1012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, y a las últimas recomendaciones del International Committee for Animal Recording (ICAR), e introduciendo en su seno una serie de novedades que concederán una mayor flexibilidad al sistema y que se prevé que, de este

modo, favorecerán una mayor participación de los agentes del sector lácteo en la cría de animales de razas puras de las especies bovina, ovina y caprina y, en último término, reforzarán la competitividad del sector y contribuirán a la lucha contra el cambio climático.

Como se ha señalado en el antecedente segundo de este dictamen, la Memoria razona que la productividad de las explotaciones que ejecutan pruebas de control de rendimiento es superior a la de las explotaciones que no lo hacen y que dicha mejora en la eficiencia productiva se traduce en un menor consumo de insumos y una reducción de las emisiones de metano y amoniaco liberadas a la atmósfera. Ofrece, como justificación de estas afirmaciones, datos concretos extraídos de un estudio realizado por la Subdirección General de Producción Ganadera en el año 2018 y demuestra, de esta forma, que la regulación proyectada es fruto de un proceso racional en el que se han valorado con seriedad todos los impactos previsibles de las principales decisiones regulatorias adoptadas y se ha aplicado con rigor el principio del coste-beneficio. Constituye, en suma, un ejemplo de buena evaluación *ex ante* que podría servir de modelo a otras unidades del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

↻ *Dictamen 747/2023, de 6 de julio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se transpone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.

Por último, también hubiera sido conveniente una mejor adaptación de la Memoria al concreto proyecto normativo que aquí se trata, puesto que algunas de sus consideraciones parecen directamente traídas de textos anteriores, correspondientes a alguno de los anteproyectos en que en su día se integraba el proyecto reglamentario ahora dictaminado (…). Especial mención merecen en este punto los anexos, referidos al anteproyecto de ley del que ha quedado excluida la regulación ahora proyectada; y, en el caso del anexo III («Tabla de transposición RRM»), aunque se ciñe a las modificaciones del RRM, es sumamente confuso, puesto que ni se recogen correctamente los preceptos de la directiva objeto de transposición (parecen haberse producido «cortes»), ni se establece con una mínima precisión su correspondencia con los artículos proyectados (que se reproducen reiteradamente y muchas veces en su integridad). En suma, todo ello hubiera debido revisarse y adecuarse al concreto proyecto normativo a que se refiere la consulta.

↻ *Dictamen 286/2023, de 27 de abril.*

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos de la Fundación Ciudad de la Energía – CIUDEN, F. S. P.

1. El apartado II.6 de la memoria, relativo al Plan Anual Normativo, indica que el proyecto no figura en el Plan Anual Normativo al tratarse de una norma de carácter organizativo.

El artículo 25.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno que dispone que «cuando se eleve para su aprobación por el órgano competente una propuesta normativa que no figurara en el Plan Anual Normativo al que se refiere el presente artículo será necesario justificar este hecho en la correspondiente Memoria del Análisis de Impacto Normativo», razón por la que se sugiere incluir en este apartado de la memoria los motivos por los que, pese a ello, se propone elevar al Consejo de Ministros su aprobación.

↻ *Dictamen 548/2023, de 13 de julio.*

4.3.5 **Impacto económico y presupuestario**

Anteproyecto de Ley de Cooperación y Solidaridad Internacional de Extremadura.

El Consejo de Estado debe insistir en la necesidad de analizar con detenimiento el impacto económico y presupuestario vinculado a los proyectos normativos; y ello, no solo por las graves consecuencias jurídicas que su ausencia puede conllevar (como pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas STS 16 de noviembre de 2011, 5 de julio de 2016 y 7 de mayo de 2018), sino también por la relevancia que para el interés general tiene un correcto análisis del impacto económico asociado a la aprobación de cualquier norma (dictámenes números 1.074 y 1.075/2018, ambos de 17 de enero de 2019, entre otros).

↻ *Dictamen 1768/2022, de 12 de enero de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el procedimiento y los requisitos para el otorgamiento de la autorización administrativa de las redes de distribución de energía eléctrica cerradas.

La memoria, en el apartado correspondiente al impacto presupuestario de la disposición, señala que la ejecución de la norma podrá atenderse con el personal con el que cuentan ahora las Administraciones públicas.

El Consejo de Estado comparte el criterio, a menudo plasmado en las normas que regulan nuevas actividades o sectores y que demandan por ello nueva

actividad administrativa de gestión y vigilancia, de que, como norma, estas nuevas actividades deben llevarse a cabo con los medios propios de los departamentos y organismos correspondientes. No obstante, ello no excusa la exigencia de valorar si dichos medios son suficientes o si, por el contrario, pueden requerir un refuerzo adicional.

En el presente caso, la CNMC ha llamado la atención acerca de que, para el ejercicio de las nuevas tareas que se le asignan, debe contar con los recursos humanos e informáticos necesarios. Si bien en este momento no resulta posible conocer cuál será el impacto de estas nuevas actividades –impacto que, en definitiva, depende de las nuevas redes que se autoricen–, estima el Consejo de Estado que resulta necesario garantizar en todo caso un seguimiento de estos aspectos, con el fin de evitar que la ausencia de medios o recursos suficientes pueda generar indeseables disfunciones.

↻ *Dictamen 111/2023, de 9 de marzo.*

Proyecto de orden por la que se modifica la Orden AAA/2536/2015, de 30 de noviembre, por la que se regulan las artes y modalidades de pesca marítima y se establece un plan de gestión para los buques de los censos del Caladero Nacional Canario.

La memoria señala que el proyecto carece de impacto presupuestario. Sin embargo, debería incluirse en ella alguna referencia al impacto derivado de la dotación al IEO de recursos suficientes para llevar a cabo las funciones de informe que el proyecto le encomienda. En este sentido, en el apartado cuarto del artículo 8 bis que se introduce en la Orden AAA/2536/2015 se prevé lo siguiente: «4. El Instituto Español de Oceanografía podrá emitir un informe, a petición de la Secretaría General de Pesca, en el que se evaluará el estado de los recursos en función del esfuerzo pesquero ejercido por las embarcaciones que hayan estado usando la salemera en el periodo anterior. Dicho informe será remitido, en su caso, a la Secretaría General de Pesca antes del 30 de noviembre de cada año». Este precepto (…) encomienda al IEO una tarea para cuyo desempeño este organismo no cuenta con los medios suficientes. Así lo ha señalado el propio instituto en el informe que obra en el expediente, en el que también se hace mención a la posibilidad de celebrar un convenio con la Comunidad Autónoma de Canarias con el fin de proporcionar la dotación de medios más arriba señalada. Ello debería encontrar reflejo en la evaluación del impacto presupuestario de la norma proyectada que la memoria lleva a cabo.

↻ *Dictamen 4/2023, de 23 de marzo.*

Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

Por lo que se refiere a la memoria del análisis de impacto normativo que acompaña al Anteproyecto, ha de objetarse que no se incluya en ella una valoración detallada de los efectos económicos y sobre la competencia que la aprobación de la norma en proyecto puede implicar.

En relación con esta cuestión, el documento únicamente señala que «de acuerdo con la evaluación de impacto (…) que acompañaba a la propuesta de Directiva, la aplicación de la misma supondrá beneficios económicos y sociales, pues mejorará la confianza de los consumidores en el mercado». Se suscita así la posibilidad de que la evaluación del impacto de una propuesta de norma europea (en este caso, una propuesta de Directiva) permita obviar la evaluación de la posterior norma nacional que incorpore esa norma europea al ordenamiento interno.

Sin duda la evaluación efectuada con ocasión de la elaboración y aprobación de la Directiva 2020/1828 puede ser relevante para valorar su impacto en el conjunto de Estados miembros y, entre ellos, en España. Precisamente por ello, este Consejo viene manifestando la conveniencia de que la preparación de una norma europea dé pie a valorar sus implicaciones para España. Así, por ejemplo, en su dictamen del expediente número 976/2019, de 19 de diciembre, este Consejo destacó que «es necesario que esos impactos sean analizados desde la Administración española cuando se tramita una norma europea cuyas previsiones deberán ser después aplicadas en España».

Sin embargo, esa valoración de las implicaciones para España de una norma que esté proyectándose en el seno de los correspondientes órganos de la Unión Europea tendrá un carácter general y se llevara a cabo cuando todavía no esté decidido ni elegido el concreto instrumento que vaya a utilizarse para recoger esa norma europea en nuestro concreto ordenamiento. Por lo tanto, la evaluación con ocasión del proyecto de una norma europea carece de la necesaria concreción e individualización para España y, por ello, no está en condiciones de valorar adecuadamente las consecuencias que la aprobación de la norma de transposición de la citada norma europea (en el presente caso, la Directiva 2020/1828) pueda comportar en España y, dentro de ella, en el concreto ámbito económico nacional.

↻ *Dictamen 477/2023, de 18 de mayo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, incluido en el Plan Anual Normativo 2023.

Con relación a la Memoria, no obstante, hay que indicar en lo atinente al impacto económico que se limita a señalar lo siguiente: «dado que el objeto del presente real decreto es dar respuesta a la necesidad de una nueva regulación se prevé un impacto económico general, al redundar en la mejora de la formación y en la productividad de las personas tituladas universitarias de mayor grado de

cualificación que pueden incorporarse al mercado laboral, lo que redunda en la actividad de nuestras propias universidades y también en empresas…. No tiene impacto presupuestario en los Presupuestos General del Estado ni en las propias universidades».

A este respecto conviene recordar, en primer lugar, que, de conformidad con lo previsto en el apartado d) del artículo 2.1 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, debe realizarse un análisis independiente para cada uno de estos impactos, el económico y el presupuestario.

Por otro lado, en cuanto al impacto económico el apartado 1.º del artículo 2.1.d) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, exige evaluar las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la propuesta de norma. También la Ley 2/2011, de 3 de marzo, de Economía Sostenible, la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, o la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, inciden en la necesidad de que las iniciativas normativas de la Administración se justifiquen de manera suficiente, no solo para suministrar al titular de la potestad reglamentaria la información precisa para tomar la decisión de que se trate, sino para que la expresión detallada de sus razones pueda, en su caso, facilitar el control judicial. En este sentido, la Memoria debería haber atendido y explicado las repercusiones del Proyecto en la economía y en el empleo (sería muy conveniente aportar datos sobre la situación laboral del personal investigador que realiza tesis doctorales), razonando su impacto y valorando si es significativo.

A juicio del Consejo de Estado la Memoria carece de un mínimo estudio económico que, en este caso, resulta capital tal y como ha subrayado el Tribunal Supremo (entre otras, sentencias de 27 de noviembre de 2006 y 12 de diciembre de 2016) por cuanto proporciona al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo estos con las ventajas que aquellas han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación del reglamento ha de significar. Respecto a la Memoria económica –ha dicho el Alto Tribunal– que es cierto que no cabe exigir una ponderación detallada y exacta de todos los costes que pueda suponer una norma reglamentaria, pues se trata de datos cuya completa determinación puede resultar imposible en el momento de aprobarse aquella, pero al menos es preciso la elaboración de una estimación aproximada que tenga en cuenta las variables que puedan producirse.

Por todo, la insuficiencia de las previsiones de la Administración sobre el impacto económico, teniendo en cuenta el contenido de la norma reglamentaria que se proyecta, permite concluir que el Proyecto no puede aprobarse en el estado actual de tramitación.

Y lo mismo podría decirse con relación al impacto presupuestario o con el análisis de las cargas administrativas en cuanto a la necesidad de explicar si las novedades que se incorporan en la norma proyectada impactan, por ejemplo, en las instituciones que contraten personal investigador (doctores).

↻ *Dictamen 691/2023, de 29 de junio.*

Proyecto Real Decreto por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, el Reglamento de la Administración Pública del Agua, aprobado por Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, y el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.

Igualmente, se echa en falta una valoración suficiente en la memoria de los aspectos vinculados con los costes derivados de la aplicación de la norma por parte de los organismos de cuenca. Procede, a este respecto, recordar las consideraciones recogidas en el dictamen número 1.010/2021, que son aplicables en sus propios términos. Se decía entonces:

> «El Consejo de Estado, en la experiencia adquirida en su labor consultiva, en particular en los casos de reclamaciones patrimoniales frente a las confederaciones o expedientes de declaración de caducidad o extinción de concesiones que han de ser resueltas por ellas, ha comprobado que la tramitación electrónica de los organismos de cuenca está lejos de los estándares que tienen otros órganos –particularmente, los ministeriales– y que carecen también de infraestructuras digitales actualizadas tan esenciales como los de sistemas de información geográfica que les impide interoperar con otros de la Administración General del Estado (véase, por ejemplo, el dictamen número 584/2020//1050/2019, de 15 de abril de 2021), entre otros.
>
> Por todo ello, habiendo manifestado el departamento consultante las dudas, cuanto menos, acerca de la suficiencia de [los] recursos [de los organismos de cuenca para aplicar adecuadamente la norma], se considera que deben hacerse las siguientes actuaciones:
>
> – primero, un análisis más profundo, explicitado en la memoria, acerca de la suficiencia o no de medios de las confederaciones para cumplir las funciones atribuidas por la nueva regulación;
>
> – segundo, al margen de ello, sería sumamente aconsejable, en un plazo de tiempo mayor, hacer un examen más general sobre dicha suficiencia de recursos, con el fin de que, siempre dentro del respeto de las exigencias del principio de estabilidad presupuestaria, se adopten las medidas necesarias en el caso de

> que exista realmente, como se apunta en la memoria, un «grave problema»; a este respecto, es preciso hacer dos consideraciones: primero, que como resulta de la Ley de cambio climático y transición energética, ya citada, la actuación de los organismos de cuenca resulta fundamental en este ámbito; y segundo, que carece de todo sentido la atribución de importantes competencias a dichos organismos, con rigurosas exigencias en relación con la planificación y con la valoración *ex post* de dichos planes que contrastan con las que se exigen en relación con otros instrumentos normativos, sin garantizar una suficiencia de recursos para llevar a cabo dichas actividades.»

En definitiva, si bien las reformas normativas pueden contribuir a mejorar la situación de las aguas, para una adecuada ejecución de las actuaciones previstas en los reglamentos que ahora se modifican es preciso también llevar a cabo la adecuación, incluso a nivel presupuestario y organizativo, de las Administraciones encargadas de su implementación, en particular cuando se suscitan dudas acerca de la suficiencia de medios.

↻ *Dictamen 753/2023, de 6 de julio.*

4.3.6 **Otros impactos**

Proyecto de Orden por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por la utilización de su repertorio y el contenido de la memoria económica que debe acompañar a las tarifas generales.

Como resulta de los antecedentes del presente dictamen, en el Boletín Oficial del Estado de 4 de diciembre de 2015 se publicó la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

[…]

Recurrida la Orden ministerial ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la sentencia de la Sala Tercera número 508/2018, de 22 de marzo de 2018 (rec. 458/2016) declaró que debía llegar «a un pronunciamiento de nulidad por vulneración de la norma imperativa de rango legal que contiene aquella Disposición adicional décima, pues la «familia» –y más aún, como es normal o habitual, la que integra entre sus componentes hijos e/o hijas menores de edad sobre los que los progenitores, tutores o cuidadores ejercen derechos pero también cumplen o han de cumplir deberes inherentes a la relación jurídica trabada

entre unos y otros– es potencial afectada, directamente y/o por repercusión, de las tarifas generales que lleguen a determinarse según la metodología que aprueba la Orden Ministerial impugnada, y siendo ello así, no alcanzamos a ver cuál pueda ser la justificación de aquella total omisión en la memoria de análisis de impacto normativo (…)

[…]

Es por ello por lo que puede entenderse que para el Tribunal Supremo la omisión del análisis del impacto en la familia en la memoria que analizó entonces no era una cuestión meramente formal, sino que también tenía un alcance sustantivo. El Consejo de Estado sugiere a la autoridad consultante que valore la posibilidad de desarrollar en este apartado de la memoria [que acompaña al proyecto de una nueva Orden por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por la utilización de su repertorio y el contenido de la memoria económica que debe acompañar a las tarifas generales] las razones por las que no se aprecia «incidencia alguna» sobre la familia, lo que podría basarse, entre otros criterios, en el carácter técnico de la metodología proyectada –el impacto en realidad lo tendrán las tarifas generales que se aprueben de acuerdo con aquella–, cuyo impacto económico no es predecible ni cuantificable, habida cuenta, además de la constante evolución técnica del sector, de que dificulta la realización de análisis prospectivos sobre dinámicas de utilización, adquisición y licenciamiento de productos o bienes sometidos a derechos de propiedad intelectual. A este respecto, también podría considerarse el creciente protagonismo de los menores de edad en la creación, lo que abundaría en la conveniencia de que se reflexione sobre la cuestión, por si se reconsidera la memoria también en este punto, a fin de incluir en ella si existe impacto y de qué clase, por las tarifas que están llamadas a retribuir a los creadores, por medio de las respectivas entidades de gestión.

↻ *Dictamen 1555/2022, de 19 enero de 2023.*

Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

En conexión con lo anterior, ha de advertirse que tampoco contiene la memoria un análisis detallado de las cargas administrativas derivadas de la aprobación de la legislación en proyecto, limitándose a identificar algunas de las obligaciones que habrán de asumir las asociaciones de consumidores y usuarios que sean designadas como entidades habilitadas para ejercitar las acciones de que se ocupa el Anteproyecto. A este respecto, procede recordar que el artículo 2.1.e) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, exige incluir en la memoria un apartado relativo a «la detección y medición de las cargas administrativas que conlleva la propuesta», exi-

giendo que se cuantifique el coste que su cumplimiento puede suponer «para la Administración y para los obligados a soportarlas con especial referencia a las pequeñas y medianas empresas.

↻ *Dictamen 477/2023, de 18 de mayo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 277/2016, de 24 de junio, por el que se regulan las organizaciones profesionales en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura.

La Memoria no debería limitarse a hacer las afirmaciones apriorísticas que han sido transcritas en el antecedente segundo del presente dictamen, sino que tendría que aportar datos concretos debidamente contrastados que les proporcionen un soporte sólido. Así, por ejemplo, no bastaría con aseverar que la norma «permitirá reducir la emisión de gases con efecto invernadero durante el proceso de captura y comercialización»; habría que explicar por qué lo hará y en qué medida las modificaciones introducidas contribuirán a la lucha contra el cambio climático.

↻ *Dictamen 726/2023, de 6 de julio.*

4.3.7 **Evaluación *ex post***

Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan entornos más seguros de juego.

Entiende el Consejo de Estado que la autoridad consultante debería incluir la evaluación *ex post* del Proyecto. Así, ha de tenerse en cuenta que este procederá a la derogación del título II del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego. Es decir, que poco más de un año después de su aprobación, pues la consulta pública previa del Proyecto se celebró entre los días 18 de diciembre de 2020 y 18 de enero de 2021, la autoridad consultante apreció la insuficiencia de dicha norma reglamentaria para lograr los objetivos de protección general de los participantes en actividades de juego y de determinados colectivos en particular. A fin de poder tener conocimiento acerca de la eficacia del próximo marco de medidas tuitivas que resulta del proyectado real decreto, sería conveniente incluir la previsión de dicha evaluación.

↻ *Dictamen 1593/2022, de 26 de enero de 2023.*

Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden IET/458/2015, de 11 de marzo, por la que se regulan las asignaciones a los municipios

del entorno de las instalaciones nucleares, con cargo al Fondo para la financiación de las actividades del Plan General de Residuos Radiactivos.

No cabe olvidar que la regulación de las asignaciones a los municipios afectados por centrales nucleares o instalaciones de almacenamiento de combustible tiene una gran relevancia, tanto desde el punto de vista de los importes previstos –financiados, en los términos que seguidamente se verá, por el Fondo para la financiación de las actividades del Plan General de Residuos Radiactivos– como por los fines perseguidos por dichas asignaciones, entre los cuales se incluyen la contribución al desarrollo económico de las zonas que tienen dependencia económica de aquellas instalaciones y al desarrollo social y ambiental de estas zonas. Por ello, pudiera ser adecuado que se recogiera alguna previsión en la memoria acerca de la evaluación de los efectos que están teniendo estas asignaciones tal y como se regulan en la Orden IET/458/2015 –en los términos en que ahora se modifica– con el fin de introducir, en caso de que se estimase necesario, las necesarias modificaciones en el régimen previsto.

↻ *Dictamen 99/2023, de 2 de marzo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se establece el régimen al que ha de estar sometida la instalación solar fotovoltaica flotante, en los embalses situados en el dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas, cuya gestión corresponde a la Administración General del Estado, y por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI, VII y VIII del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

La Memoria que acompaña a la norma proyectada excluye la evaluación de los resultados de su aplicación práctica por razón de su naturaleza y contenido. Lo cierto es, sin embargo, que el estado embrionario en el que se halla el empleo de esta fuente de energía alternativa en las masas de agua dulce y las consecuencias adversas que de ello pueden derivarse para el medio ambiente y la seguridad de las personas, hacen que resulte especialmente recomendable la evaluación *ex post* del Proyecto.

De hecho, aunque se haya suprimido en el Proyecto sometido a consulta el anexo que contenía el listado de embalses de titularidad estatal, estado trófico y estimación de la superficie útil total que figuraba en el texto sometido a información pública,1 los programas de seguimiento de los efectos de las plantas fotovoltaicas flotantes sobre el régimen de explotación y seguridad del embalse y sobre la evolución del estado trófico y la calidad de sus aguas, que el concesionario debe llevar a cabo en cumplimiento de los apartados 8.g) y 11 del nuevo artículo 139

ter del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, únicamente tendrían sentido si de los mismos pudiera extraerse alguna consecuencia. Por ello, el Consejo de Estado considera que la Memoria debería prever la evaluación *ex post* del Real Decreto proyectado.

↻ *Dictamen 217/2023, de 30 de marzo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Real Decreto por el que se regula el Distintivo de Igualdad de Género en I+D+I.

La memoria se refiere en su último apartado a la evaluación *ex post*, señalando que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (artículo 28), y en el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa (artículo 3), se considera que la norma proyectada no es susceptible de evaluación por sus resultados.

En efecto, el proyecto de Real Decreto se encuentra incluido en el Plan Anual Normativo del año 2022 (así lo indica la propia memoria), donde no se prevé la evaluación de los resultados de su aplicación. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el artículo 3 del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, establece unos criterios que implican que, en determinados supuestos, la evaluación resulta particularmente relevante. En concreto, el apartado primero de dicho precepto establece que el Plan Anual Normativo identificará las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo entre otros, a los siguientes criterios: «… g) Impacto relevante por razón de género». El apartado 2 determina que las memorias establecerán los términos y plazos en los que se ha de realizar dicha evaluación. Como ha señalado el Consejo de Estado en otras ocasiones análogas a la que ahora se presenta (entre otros, dictamen número 52/2019, de 14 de febrero), si bien dicho precepto no parece que haya de ser entendido en el sentido de que determinadas normas hayan de ser objeto de evaluación *ex post* de forma necesaria, da unos criterios claros, que implican que, en determinados supuestos, esta evaluación resulta particularmente relevante, como sucede cuando la disposición tiene un impacto notorio por razón de género, como es el caso dado que se está regulando precisamente un Distintivo de Igualdad de Género en I+D+I. Por eso, toda vez que la propia memoria reconoce un impacto positivo destacable de la norma en este ámbito, se sugiere considerar la oportunidad de evaluar la norma por sus resultados.

Si se atendiera a esta observación, deberían indicarse los criterios en función de los cuales se realizaría la evaluación; los objetivos y fines de la norma a estos efectos; los términos y plazos para analizar sus resultados; la sistemática que se utilizaría y la entidad u órgano que se considera idóneo para llevarla a cabo, confor-

me a lo previsto en el artículo 2.1.j) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

↻ *Dictamen 281/2023, de 13 de abril.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, para la indexación del PVPC a señales a plazo y reducción de su volatilidad.

Se indica en la memoria que la norma proyectada, por su naturaleza y contenido, no es susceptible de evaluación por sus resultados.

Discrepa el Consejo de Estado de dicho criterio. Como se señalaba en el dictamen número 111/2023, de 9 de marzo, sobre el entonces proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el procedimiento y los requisitos para el otorgamiento de la autorización administrativa de las redes de distribución de energía eléctrica cerradas, conviene tomar como referencia el artículo 3 del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, que, aun con carácter indicativo, determina aquellos criterios que han de atenderse para identificar aquellas normas que han de someterse a una evaluación *ex post*. Entre dichos criterios se incluye el «impacto sobre la economía en su conjunto o sobre sectores destacados de la misma» (letra e) y del artículo 3.1).

La norma consultada tiene una clara relevancia desde dicha perspectiva. En efecto, como se ha señalado, tiene por objeto introducir importantes modificaciones en el PVPC que, además de la importancia económica para los actores y su posible incidencia en los mercados a plazo –apuntada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, la tendrá también, sin dudas, sobre los consumidores que pueden acogerse a dicho precio.

Es cierto que, como se ha apuntado, la concurrencia de algunos de los criterios recogidos en el artículo 3 del citado real decreto no determina, como exigencia ineludible, la evaluación *ex post* de la norma. No obstante, cuando dichas circunstancias concurren, estima el Consejo de Estado en línea con las observaciones que se hacían en el dictamen citado, que la exclusión de la evaluación *ex post* debe ser objeto de una justificación más detallada y, sobre todo, más exigente.

Por lo demás, el informe de la CNMC ha advertido sobre algunos posibles efectos inesperados de la norma, como un impacto negativo sobre los precios de la energía, dado que la nueva formulación incorpora una serie de costes que pueden suponer un incremento del precio frente a la metodología actual. También se ha llamado la atención sobre la posibilidad de que el PVPC incluya precios negativos

derivados de la fórmula propuesta, cuando los precios del mercado diario sean próximos a cero y los productos a plazo empujen a la baja el precio del PVPC. Por su parte, algunos de los representantes de los agentes del sector han manifestado su discrepancia con la norma, dados los riesgos a que están sometidos, al tener que ser la estructura de compra de energía por dichos agentes diferente de la de la estructura del PVPC. En fin, también cabe señalar, a este respecto, la posible incidencia que puede tener el nuevo sistema en los mercados a plazo.

Por ello, estima el Consejo de Estado que sería adecuado que la memoria previese dicha evaluación *ex post*. Si bien la articulación técnica de dicha evaluación plantea múltiples alternativas, en el presente caso puede tener una relevancia fundamental el informe previsto en la disposición adicional quinta, en el que le corresponde evaluar la necesidad y proporcionalidad del PVPC y la estructura del mercado minorista, a partir del cual cabría, en línea con lo que se proponía en el dictamen número 111/2023, elaborar un informe del propio departamento sobre los efectos derivados de las medidas previstas en esta norma, que pudiera ser elevado, bien al Consejo de Ministros –como autor de la norma, en tanto órgano encargado de su aprobación–, bien a la Comisión Delegada del Gobierno en Asuntos Económicos, cuyo papel en el ámbito de la regulación del sector eléctrico es patente en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

↻ *Dictamen 288/2023, de 20 de abril.*
↻ *Ver también dictamen 111/2023, de 9 de marzo.*

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos de la Fundación Ciudad de la Energía – CIUDEN, F. S. P.

2.– El apartado 6 de la memoria, relativo a la evaluación *ex post*, expresa que la norma no es susceptible de evaluación por sus resultados. Como ha señalado el Consejo de Estado, entre otros, en sus dictámenes números 52/2019, de 14 de febrero, y 665/2020, de 17 de diciembre, lo establecido en los artículos 28.2 de la Ley del Gobierno (…), no ha de ser entendido en el sentido de que determinadas normas hayan de ser objeto de evaluación *ex post* de forma necesaria; pero sí da unos criterios claros, que implican que, en determinados supuestos, esta evaluación resulte particularmente relevante.

La norma sometida a consulta modifica los estatutos de una fundación del sector público que opera una actividad de gran importancia, vinculada al desarrollo energético y la transformación sostenible (…).

Sería, por ello, conveniente, reconsiderar la redacción del apartado señalado de la memoria e indicar en esta los criterios en función de los cuales se podrá realizar, *ex post*, una evaluación del grado de cumplimiento de los objetivos y fines de la Fundación; los términos y plazos que se usarán para analizar los resultados de

su aplicación; la sistemática que se va a utilizar en la evaluación *ex post* y la entidad u órgano que se considera idóneo para llevarla a cabo.

↻ *Dictamen 548/2023, de 13 de julio.*

Proyecto de Orden por la que se aprueba la propuesta para la inclusión de seis espacios marinos protegidos en la lista de lugares de importancia comunitaria de la Red Natura 2000 y se declaran dos zonas de especial protección para las aves en aguas marinas españolas.

El artículo 47 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (…) [advierte que] las memorias que acompañen a [las] disposiciones normativas [adoptadas en el marco de la ejecución de los fondos europeos] contendrán un apartado específico en el que se justifique su vinculación con la aplicación del Fondo de Recuperación y «estarán sometidas a la evaluación a que se refiere el artículo 28 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno», lo que hace indispensable que la autoridad consultante revise el apartado octavo de la Memoria, que concluye que «por la naturaleza y contenido de la norma no se la considera susceptible de evaluación por resultados». Precisamente por razón de la naturaleza de la orden proyectada, de su vinculación con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, su evaluación *ex post* resulta obligatoria *ex* artículo 47.3 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre.

↻ *Dictamen 1413/2023, de 20 de diciembre.*

5. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

5.1 PRINCIPIOS

5.1.1 **Coordinación**

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

La lectura del expediente remitido al Consejo de Estado revela que el mayor debate en torno al proyecto se ha suscitado en relación con la necesidad de coordinación de los planes hidrológicos relacionados por el trasvase por el acueducto Tajo-Segura.

[…]

De la interpretación conjunta de todas estas disposiciones normativas cabe inferir lo siguiente:

– En primer lugar, que el trasvase del Tajo-Segura, en tanto que infraestructura que afecta a más de una cuenca hidrográfica, se encuentra regulado en el Plan Hidrológico Nacional y en su normativa específica.

– En segundo lugar, que, a pesar de ello, algunas de las determinaciones que obligatoriamente han de figurar en los planes de las cuencas implicadas pueden incidir sobre o verse afectados por el régimen de funcionamiento del trasvase. En lo que respecta a la cuenca cedente, porque el plan tiene que establecer los caudales ecológicos que condicionarán los usos del agua [artículo 42.1.b).c) del TRLA] y resumir las presiones que soporten las masas de agua superficiales (artículo 42.1.b). a) del TRLA).Y en lo que respecta a la cuenca receptora, porque el plan debe inventariar los recursos hídricos con los que previsiblemente contará durante el ciclo de la planificación [artículo 42.1.a).c) del TRLA].

– En tercer y último lugar, que, en consecuencia, resulta imprescindible coordinar el contenido de los planes hidrológicos de las cuencas cedente y recep-

tora para garantizar su coherencia –es decir, que ambas reflejen la misma realidad– y que sus previsiones respetan la normativa específica reguladora del trasvase del Tajo-Segura. Dicha labor de coordinación debería hacerse efectiva, cuando menos, durante la fase de aprobación de los proyectos de plan elaborados por los organismos de cuenca y, en principio, le correspondería al Consejo Nacional del Agua –que debe emitir el informe preceptivo previsto en el artículo 20 del texto refundido de la Ley de Aguas–, al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico –que ha de elevar al Gobierno los planes hidrológicos para su aprobación «si fuera procedente» (artículo 83.2 del RPH)– y, en último término, al Gobierno –que es la autoridad responsable de la aprobación de los planes hidrológicos «en los términos que estime procedentes en función del interés general» (artículo 83.3)–.

En el asunto sometido a consulta se aprecia una falta de coordinación entre los planes hidrológicos del Tajo y del Segura que el proyecto de Real Decreto no solventa, y que puede provocar, no solamente una falta de coherencia entre los planes de cada confederación hidrográfica, sino también a una afección relevante a un elemento de la planificación hidrológica nacional como es el trasvase del Tajo-Segura.

La falta de coherencia entre planes deriva de la circunstancia de que las Confederaciones Hidrográficas del Tajo y del Segura han confeccionado sus respectivos planes hidrológicos partiendo de escenarios diversos.

El plan del Tajo ha fijado caudales ecológicos para casi todas sus masas de agua (artículo 10 y apéndice 5 de la parte normativa y apartado 4.2 de la memoria), mejorando significativamente –en la terminología empleada por la MAIN– las previsiones que a este respecto establecía el plan del ciclo anterior y acomodándolo a lo exigido por la jurisprudencia. Cabe recordar, en este sentido, que aquel instrumento de planificación fue declarado parcialmente nulo «en cuanto supone el incumplimiento de la obligación de la Administración de establecer en el Plan hidrológico del Tajo un régimen de caudales ecológicos completo con carácter vinculante para el horizonte temporal del Plan (2015-2021) en las condiciones legalmente establecidas», por las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2019 (Recurso 4351/2016), de 14 de marzo de 2019 (Recurso 4430/2016 y 4482/2016) y de 21 de marzo de 2019 (Recurso 4398/2016).

[…]

Por su parte, el plan del Segura ha tomado en consideración las transferencias de aguas procedentes del trasvase «a los efectos de la evaluación y aplicación de los recursos hídricos de la Demarcación» (artículo 1.2), cuantificando su aportación en 295 hm^3/año a partir de la media histórica del periodo 1980/81-2017/18 (artículo 13, apartados 4 y 5).

[…]

A juicio de este Alto Cuerpo Consultivo, la disposición adicional novena del proyecto constituye un intento de coordinar las previsiones de los planes hidrológicos de las cuencas cedente y receptora del trasvase del Tajo-Segura (…).

No obstante, resulta evidente que –en la redacción sometida a dictamen de este Consejo– la virtualidad práctica (…) será limitada, porque opta por postergar tal coordinación a un momento ulterior en el tiempo (el cuarto ciclo de planificación) y porque, a diferencia del texto inicialmente presentado al Consejo Nacional del Agua, no delimita con rigor y precisión el significado y alcance de los programas de seguimiento, (…) ni de los programas asociados de medidas y la evaluación de sus resultados que ordena llevar a cabo (…)

Sentada la anterior conclusión (…), este Consejo considera que resulta necesario arbitrar un mecanismo eficaz para la coordinación de los planes hidrológicos de las cuencas del Tajo y del Segura, entre sí y en relación con la normativa reguladora del trasvase(…).

[…]

En este sentido, considera el Consejo de Estado que la coordinación entre los planes hidrológicos proyectados, así como su coherencia con las normas específicas que regulan el trasvase Tajo-Segura, podría alcanzarse a través de dos vías:

– Por una parte, a los efectos de las decisiones sobre el trasvase, sería preciso llevar a cabo previamente una revisión del grupo normativo específico que regula este trasvase y sus reglas de explotación. Como se anticipó, este grupo normativo está integrado, entre otras normas, por la disposición adicional decimoquinta de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, en la redacción dada por la Ley 21/2015, de 20 de julio; y por el Real Decreto 773/2014, de 12 de septiembre, modificado mediante Real Decreto 638/2021, 27 de julio. La oportunidad de acometer una reforma de estas reglas de explotación ha sido puesta de relieve por el Tribunal Supremo en el F. J. Cuarto de su sentencia 999/2022, de 14 de julio (cuya doctrina se reitera en el F. J. Séptimo de la sentencia 1603/2022, de 1 de diciembre). Estos pronunciamientos ya subrayaban la provisionalidad de las vigentes reglas de explotación, a la vista, precisamente, de que la aprobación de los nuevos planes hidrológicos se encontraba próxima y de la incidencia que las previsiones contenidas en ellos tendrían sobre el trasvase Tajo-Segura.

– Por otra parte, debiera también considerarse la procedencia de establecer criterios técnicos y metodologías más detalladas para la determinación de los caudales ecológicos, fijándose por vía normativa criterios comunes para todas las demarcaciones hidrográficas, aplicables en todas las cuencas para la fijación de esos caudales; se trataría de establecer unas metodologías y criterios comunes más detallados, precisos y actualizados que los que actualmente ofrece la instrucción de planificación hidrológica, aprobada por Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, que pudieran ser adecuados para favorecer la coordinación a que se ha hecho referencia.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que los planes hidrológicos que se aprueben mediante el Real Decreto proyectado deberían ser revisados, en virtud de lo previsto en la disposición adicional tercera, para adaptarse a las modificaciones que en su caso se hayan introducido en el ordenamiento, a la luz de las consideraciones más arriba formuladas (revisión de las normas reguladoras del Trasvase Tajo-Segura y determinación de criterios técnicos comunes para la fijación de caudales ecológicos).

↻ *Dictamen 2051/2022, de 19 de enero de 2023.*

5.1.2 **Suficiencia de medios**

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la correcta aplicación de los planes hidrológicos de cuenca y, dentro de ellos, en especial, de sus programas de medidas, depende, en último término, de la suficiencia de los medios personales y materiales con los que las confederaciones hidrográficas cuentan. En el desempeño de su labor consultiva, este Consejo ha venido observando que la escasez de recursos de los organismos de cuenca contribuye a que, en ocasiones, su funcionamiento sea anormal o, cuanto menos, no plenamente ajustado al principio de eficacia que debe presidir la acción administrativa.

Por este motivo, se estima que este procedimiento constituye un cauce procedimental adecuado para llamar la atención de la autoridad consultante acerca de la conveniencia de estudiar la oportunidad de reforzar los medios de las confederaciones hidrográficas, incrementando la dotación que se les asigna y/o introduciendo mecanismos para mejorar la eficiencia en su utilización y/o la justificación de su uso, con la finalidad última de asegurar que la ejecución de una política pública tan relevante para nuestro país como la política del agua se ejecuta en condiciones adecuadas. Si tales medidas ya hubiesen sido adoptadas en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia –cuyo componente 5 tiene por objeto la preservación del espacio litoral y los recursos hídricos y supone una inversión total estimada de 2.091.000.000 de euros– o de cualquier otro instrumento presupuestario, sería recomendable que se articulasen los mecanismos necesarios para llevar a cabo un seguimiento del empleo de los recursos económicos asignados que garantizase su idoneidad en términos de suficiencia y eficacia y que ello quedase reflejado adecuadamente en la memoria.

↻ *Dictamen 2051/2022, de 19 de enero de 2023.*

5.1.3 **Confianza legítima**

Caducidad de la concesión otorgada por Orden Ministerial de 17 (sic) de abril de 1946, a don …, para ocupar la parcela n.º 12 de la playa de El Pinet, en el término municipal de Elche (Alicante), con destino a vivienda, transferida por Orden Ministerial de 9 de septiembre de 1975, a don …

Para determinar las consecuencias de este cambio de comportamiento del Servicio Provincial de Costas en Alicante, ha de tenerse en cuenta que, según una reiterada jurisprudencia (sentada, entre otras, en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2001, recurso 4235/1995, y de 24 de noviembre de 2015, recurso 1159/2014), los principios de confianza legítima y vinculación a los actos propios «no puede[n] invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los «actos propios» sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el sólo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta».

La aplicación de esta jurisprudencia al asunto sometido a consulta impediría utilizar los principios de confianza legítima y vinculación a los actos propios para desvirtuar la declaración de caducidad pretendida por la Administración. En primer lugar, porque «la caducidad constituye un efecto «*ex lege*», aunque sometido, en principio, para su plena efectividad, al presupuesto («*conditio iuris*») de la declaración expresa de la Administración» (véase, por todas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2001, recurso 7615/1993); es decir, porque la Administración, al declarar la caducidad de una concesión administrativa, se limita a enlazar el supuesto de hecho constatado –este es, en este caso, el incumplimiento del concesionario– con la consecuencia jurídica legalmente establecida –a saber, con la extinción, por caducidad, del derecho al uso privativo del dominio público que se le ha otorgado–.

Y, especialmente, en segundo lugar, porque, como han recordado las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2006 (recurso 1486/2003) y de 17 de febrero de 2010 (recurso 7583/2005), las razones de interés público que habilitan a la Administración a ejercer la potestad de legalización contemplada en la disposición transitoria cuarta de la Ley de Costas –esto es, la legalización de las obras construidas con anterioridad a su entrada en vigor, sin la autorización o concesión exigible de conformidad con la normativa de costas anterior– se concretan en la protección del dominio público marítimo-terrestre en los términos fijados en la legislación de costas actualmente vigente. Esta aclara que únicamente se podrá permitir la ocupación del demanio público para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación y prohíbe, en todo caso, las edificaciones destinadas a residencia o habitación (artículo 32, puesto en relación con el artículo 25, de la Ley de Costas y concordantes de su Reglamento). Quiere ello decir que, en principio, no cabría legalizar el exceso de cabida observado en la parcela número 12 de la Playa de El Pinet y que, por lo tanto, siendo este superior al 10 %, procedería declarar la caducidad de la concesión cuya titularidad corresponde en la actualidad a D.ª… y D.ª…

Ello no obsta, por lo demás, a que la afectación de los principios de confianza legítima y vinculación a los actos propios que cabe apreciar en este caso concreto pudiera dar lugar al reconocimiento de cierta responsabilidad de la Administración General del Estado, habida cuenta de que las interesadas adquirieron su vivienda mediante escritura pública de compraventa de 19 de diciembre de 1983 y que la inactividad posterior del Servicio Provincial de Costas en Alicante –que paralizó la tramitación del procedimiento de declaración de caducidad de la concesión iniciado ese mismo año, asumiendo el criterio expresado por la Abogacía del Estado en el informe 8 de febrero de 1984 reseñado en el antecedente tercero del presente dictamen– pudiera haberles privado de los medios de reacción que el ordenamiento jurídico les atribuía frente al vendedor.

↻ *Dictamen 438/2023, de 1 de junio.*

5.2 ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los servicios postales en desarrollo de los establecido por la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

(…) el esquema definido no se acomoda a los criterios generales de ordenación administrativa en la materia. Atribuir la competencia resolutoria a una

Subdirección General, a falta de una disposición de rango legal que así lo establezca, no resulta adecuado. Se acompasa mal con las competencias que se le corresponden que son, «bajo la supervisión del Director general o del órgano del que dependan, la ejecución de aquellos proyectos, objetivos o actividades que le sean asignados así como la gestión ordinaria de los asuntos de la competencia de la Subdirección General» (Ley 40/2015, artículo 61.1). Es decir, sus competencias son ejecutivas y no de resolución.

↻ *Dictamen 553/2023, de 20 de julio.*

5.2.1 **Gobierno en funciones**

Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden JUS/288/2021, de 25 de marzo, por la que se regula el procedimiento de notificación de sustancias y mezclas químicas al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

El presente dictamen se emite en un momento en que el Gobierno va a entrar próximamente en funciones, ya que, según el artículo 101 de la Constitución, el Gobierno cesa tras la celebración de las elecciones generales, pero el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.

Según los artículos 101 de la Constitución y 21.2 de la Ley 50/1997, el Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Ese mismo artículo 21 contempla expresamente, en su apartado 3, la posibilidad de que el Gobierno adopte medidas por razones de interés general. A juicio de este Consejo de Estado, dentro de estas medidas de interés general puede entenderse incluida la aprobación de esta norma, de contenido meramente técnico, con el objeto de situar a nuestro sistema de notificaciones en la línea de la práctica generalizada en Europa, con ventajas y beneficios inmediatos para los sectores afectados.

↻ *Dictamen 919/2023, de 20 julio.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifican el Real Decreto 1130/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el régimen retributivo del Cuerpo de Secretarios Judiciales, y el Real Decreto 2033/2009, de 30 de diciembre, por el que se determinan los puestos tipo adscritos al Cuerpo de Secretarios Judiciales a efectos del complemento general de puesto, la asignación inicial del complemento específico y las retribuciones por sustituciones que impliquen el desempeño conjunto de otra función, para dar cumplimiento al acuerdo entre la Administración del Estado y el comité de huelga de Letrados de la Administración de Justicia.

Cabe destacar que, al momento de formularse la presente consulta, al Gobierno de la nación está en funciones. El artículo 21.3 de la Ley del Gobierno, dictado al amparo del artículo 101 de la Constitución Española, establece: (…)

Si bien el expediente remitido no ha abordado expresamente esta cuestión, considera el Consejo de Estado que el Real Decreto proyectado puede aprobarse al amparo del precepto invocado, puesto que la modificación que opera del régimen retributivo de los letrados de la Administración de Justicia no excede el despacho ordinario de los asuntos públicos.

↻ *Dictamen 1111/2023, de 28 de septiembre.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifican el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, y el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, en materia de administración electrónica.

Finalmente, debe hacerse una consideración sobre la situación del Gobierno en funciones. A este respecto, el artículo 21.3 de la Ley del Gobierno dice así: (…)

En el presente caso estima el Consejo de Estado que el objeto del proyecto de Real Decreto sometido a consulta entra dentro del ámbito del despacho ordinario de los asuntos. No existe obstáculo para su elevación al Consejo de Ministros y su eventual aprobación.

↻ *Dictamen 1027/2023, de 5 de octubre.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de ordenación de la enseñanza en la Guardia Civil, aprobado por el Real Decreto 131/2018, de 16 de marzo, y el Reglamento de evaluaciones y ascensos del personal de la Guardia Civil, aprobado por el Real Decreto 512/2017, de 22 de mayo.

En el momento de la aprobación del presente dictamen por el Consejo de Estado, el Gobierno se encuentra en funciones, lo que obliga a realizar algunas consideraciones previas a la vista de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuyo régimen fue específicamente analizado en la Memoria del Consejo de Estado de 2016.

Sobre la base de lo previsto en el artículo 101 de la Constitución, el referido artículo 21 de la Ley 50/1997 establece que el Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, con las limitaciones es-

tablecidas en esa ley; entre esas restricciones, señala el artículo 21.3 que «limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas».

El despacho ordinario de los asuntos públicos comprende, según ha precisado el Tribunal Supremo «todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno»; y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión que se adopta y al concreto contexto en que debe producirse (STS de 2 de diciembre de 2005 o, más recientemente, STS de 28 de mayo de 2013).

En otros términos, el Consejo de Estado ha venido entendiendo (por todos, dictamen número 1.072/2023, de 19 de octubre) que exceden dicho ámbito las decisiones «que implican la adopción de medidas, actos y disposiciones que comportan la asunción de un criterio que sobrepasa lo meramente técnico, aplicativo o instrumental».

Aplicando esta doctrina al asunto ahora examinado, cabe considerar que la aprobación de la norma en proyecto no excede de los límites que ha de respetar la actuación del Gobierno en funciones, habida cuenta de que se trata de una norma que ejecuta una resolución judicial y efectúa un desarrollo legal cuya aplicación resulta necesaria garantizar con celeridad para poder permitir a los guardias civiles el ascenso al empleo de cabo en las condiciones y rango normativo adecuado, tal y como afirma el informe del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior (antecedente segundo, letra G).

↻ *Dictamen 1162/2023, de 8 de noviembre.*

5.3 ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL

5.3.1 **Agencias independientes**

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el estatuto de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial.

La creación de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, como organismo público vinculado o dependiente de la Administración General del Estado, debe realizarse «por Ley», tal y como dispone el artículo 91.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.(…)

Pese al tenor literal de la previsión legal transcrita, por la que «se autoriza la creación de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial», la disposi-

ción adicional séptima de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, es la «ley de creación» de la Agencia.

En este punto, conviene recordar los cambios introducidos por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en la forma de creación de las Agencias estatales. La derogada Ley 28/2016, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, disponía que «la creación de Agencias Estatales requiere autorización por Ley y se produce con la aprobación de su Estatuto por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros…», distinguiendo entre la autorización de la creación, por ley, y la creación, con la aprobación del estatuto. Actualmente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que «la creación de los organismos públicos» –entre ellos, las agencias estatales– «se efectuará por ley» (artículo 91.1), y que «los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo público» (artículo 93.3), distinguiendo así entre la creación del organismo público, por ley, y su entrada en funcionamiento, previa aprobación de su estatuto.

↻ *Dictamen 816/2023, de 13 de julio.*

5.4 ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

Expediente relativo a las Ordenanzas y Reglamentos de la Comunidad de Regantes de la Margen Izquierda del río Alagón realizada con la finalidad de adaptar las Ordenanzas y Reglamentos aprobados por resolución de la Comisaría de Aguas del Tajo de 23 de enero de 1969 a los principios constitucionales de representatividad y estructura democrática de conformidad con lo dispuesto en la Disposición final tercera del Texto Refundido de la Ley de Aguas.

El presente dictamen se recaba con carácter preceptivo en virtud de lo establecido en los artículos 81.1 del texto refundido de la Ley de Aguas y 198.1 de su Reglamento de desarrollo, según los cuales el «organismo de cuenca no podrá denegar la aprobación de los estatutos y ordenanzas, ni introducir variantes en ellos, sin previo dictamen del Consejo de Estado». La competencia para evacuar la consulta corresponde, concretamente, a la Comisión Permanente de conformidad con la cláusula de cierre recogida en el artículo 22.19 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que se refiere genéricamente a «[t]odo asunto en que por precepto de una Ley haya de consultarse al Consejo de Estado y no se diga expresamente que debe ser al Consejo en Pleno».

El artículo 215 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico instituye dos cauces procedimentales para la modificación de los Estatutos de las comunida-

des de usuarios: la modificación por los miembros de la comunidad, que deberá ser acordada en la Junta General Extraordinaria convocada al efecto y sometida a la aprobación del organismo de cuenca, sin perjuicio de las particularidades aplicables en los casos en los que el acuerdo afecte a la cuantía de las sanciones que puede imponer el Jurado (apartado 2); y la modificación por la confederación hidrográfica, que «por causa justificada y derivada de la necesidad de garantizar el buen orden del aprovechamiento colectivo, podrá obligar a [la comunidad] a actualizar sus Ordenanzas y Reglamentos, quedando facultado para redactar y aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las modificaciones en caso de incumplimiento» (apartado 3).

En relación con las modificaciones que deriven de la necesidad de adaptar los Estatutos de la comunidad a los principios constitucionales de representatividad y estructura democrática, la disposición transitoria primera del Reglamento del Dominio Público Hidráulico también distingue dos vías para su canalización: la revisión promovida por la propia comunidad de usuarios, bien por el procedimiento previsto en sus ordenanzas, bien a iniciativa de su órgano de gobierno, bien a instancia de al menos la quinta parte de sus miembros o el 20 % de las cuotas de participación (apartados 2 a 4); y la revisión iniciada de oficio por el organismo de cuenca, que únicamente podrá ser acordada cuando las Ordenanzas y Reglamentos «no hayan sido objeto de revisión» y requerirá el previo dictamen del Consejo de Estado (apartado 5).

De ambos preceptos se desprende que, como regla de principio, la modificación de las Ordenanzas y Reglamentos de una comunidad de usuarios tiene que ser acordada por la propia comunidad, en ejercicio de la autonomía corporativa que el texto refundido de la Ley de Aguas y su Reglamento de desarrollo le reconocen para el cumplimiento de sus fines; y que solo excepcionalmente, cuando la comunidad no ha instado la modificación y concurren determinadas razones de interés general, puede el organismo de cuenca acordar la modificación, previo dictamen del Consejo de Estado.

En el asunto sometido a consulta, la Confederación Hidrográfica del Tajo ha planteado a este Alto Cuerpo Consultivo la posibilidad de modificar de oficio el tenor literal del artículo 52.l) de las Ordenanzas de la Comunidad de Regantes de la Margen Izquierda del río Alagón (…).

Considera este Consejo que el organismo de cuenca podría modificar por sí mismo los Estatutos de la comunidad si observa un vicio de legalidad que pusiese en peligro el buen orden del aprovechamiento colectivo, como parece ser el detectado en relación con el artículo 52.l) de las Ordenanzas de la Comunidad de Regantes de la Margen Izquierda del río Alagón, en virtud de lo establecido en el artículo 215.3 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico; pero que, para ello, tendría que seguir el cauce procedimental oportuno, esto es, poner en conocimiento de la comunidad de usuarios el problema

observado, instarle a introducir en sus Estatutos los cambios que lo solventarían y solo en el caso de que la comunidad incumpliese este requerimiento, dar nueva redacción al precepto controvertido, recabando previamente el parecer de este Alto Cuerpo Consultivo. De este modo quedaría preservada la autonomía de las comunidades de usuarios en tanto que Corporaciones de Derecho Público adscritas a las confederaciones hidrográficas.

↻ *Dictamen 684/2023, de 6 de julio.*

5.4.1 **Colegios profesionales**

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos y de su Consejo General.

(…) el artículo 1 de la Ley sobre Colegios Profesionales establece que los colegios profesionales son corporaciones de derecho público con personalidad jurídica propia, distinta por tanto de la de sus componentes, por lo que la obligación legal de que los colegios profesionales sean oídos no puede entenderse cumplida sin más con la audiencia de las personas que ejercen su presidencia en la Asamblea General del Consejo General.

Como ya señaló el dictamen del Consejo de Estado número 721/2017, de 30 de noviembre, «la audiencia a los Colegios afectados es un requisito indispensable, por exigirlo la Ley sobre Colegios Profesionales, y su ausencia vicia el procedimiento normativo».

Por este motivo, es necesario concluir que, en este estado de la tramitación del expediente, no procede aprobar el Real Decreto aprobatorio de los Estatutos Generales remitido a este Consejo de Estado.

↻ *Dictamen 1098/2023, de 23 de noviembre.*

Proyecto de Real Decreto por el que se modifican los Estatutos Generales de la Organización Colegial Veterinaria Española.

De forma reiterada viene señalando este Consejo de Estado que «los Estatutos de las profesiones colegiadas son normas jurídicas especiales, fruto simultáneo de la autonomía que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la Administración Corporativa y del control que se reserva al Gobierno de la Nación» (entre otros, los dictámenes de los expedientes números 4.408/98, de 4 de febrero de 1999; 1.813/2000, de 27 de julio; 773/2007, de 17 de mayo; 2.289/2010, de 21 de diciembre; 44/2016, de 10 de marzo; 58/2017, de 27 de abril; 721/2017, de 30 de noviembre; 547/2019, de 18 de julio, y 476/2020, de 8 de octubre).

Esta doble vertiente se plasma en la existencia de dos fases para la reforma de las normas estatutarias: una primera fase colegial, en la que se han de respetar las prescripciones contempladas en los propios estatutos; y una segunda fase gubernamental, en la que se han de observar, de forma matizada, las formalidades establecidas para la elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (por todos, los dictámenes de los expedientes número 4.384/98, de 26 de noviembre, y los ya citados 719/2016 y 547/2019).

[…]

Uno de los principales problemas que se han suscitado a lo largo de la tramitación del proyecto es el referido a la obligatoriedad de la colegiación de los veterinarios que tienen la condición de empleados públicos.

La colegiación de los empleados públicos, en general (y de los veterinarios con esta condición, en particular), ha sido tradicionalmente una cuestión polémica y poco clara. El Tribunal Constitucional abordó tempranamente el problema, planteándose si el control administrativo bajo el que se encuentran las funciones desarrolladas por el personal estatutario excluye siempre –por innecesaria– la supervisión que ejercen los colegios sobre los profesionales; y si un control adicional por parte de los colegios constituiría un límite contrario al artículo 22 de la Constitución. La STC 131/1989, de 17 de julio, dio una respuesta negativa a este último interrogante (confirmando, en aquel caso, la constitucionalidad de la colegiación obligatoria para los profesionales médicos al servicio del sistema nacional de salud). El Tribunal Constitucional consideró que la exigencia de colegiación para los servidores públicos es constitucionalmente legítima cuando ello resulta justificado en la necesidad de tutelar «valores y derechos constitucionales como la salud, la sanidad y la vida e integridad física de los ciudadanos». Corresponde «al legislador y a la Administración Pública determinar en qué casos debe exceptuarse la colegiación obligatoria para los profesionales a su servicio, por considerar que esta obligación no resulta proporcionada con respecto al fin tutelado» (STC 131/1989, F. J. 4).

La jurisprudencia constitucional ha venido afirmando también que la competencia para establecer tanto las obligaciones de colegiación como sus excepciones corresponde al Estado, a través de la aprobación de la correspondiente normativa básica. En efecto, «siendo competente el Estado para establecer la colegiación obligatoria, lo es también para establecer las excepciones que afectan a los empleados públicos a la vista de los concretos intereses generales que puedan verse afectados» (STC 3/2013, de 17 de enero). Precisamente por esta razón fueron declarados inconstitucionales distintos preceptos de numerosas leyes autonómicas que establecieron una exención de la obligación de colegiarse para los empleados públicos de la comunidad autónoma correspondiente. (…)

En efecto, la legislación estatal no contempla una exención general de la obligación de colegiarse para los empleados púbicos. De este modo, cuando

el artículo 1.3 de la Ley sobre Colegios Profesionales se refiere a la colegiación «sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcionarial», no significa que dicha ley excluya de entrada y con carácter general la colegiación del personal al servicio de las Administraciones públicas. Lo que el precepto legal afirma es que, aunque el empleado público esté colegiado, las potestades de la Administración en el marco de la relación estatutaria no quedan, evidentemente, afectadas (STC 3/2013, de 17 de enero, F. J. 6; 63/2013, de 14 de marzo, F. J. 2; 150/2014, de 22 de septiembre, F. J. 3; 69/2017, de 25 de mayo, F. J. 4; y 82/2018, de 16 de julio, F. J. 3). Así lo ha recordado asimismo el Consejo de Estado en muchas ocasiones (por todos, dictámenes números 37/2015, de 29 de abril; 719/2016, de 15 de diciembre; 490/2017, de 30 de noviembre; 546/2019 y 547/2019, ambos de 18 de julio).

Aunque no existe una exención de carácter general para la colegiación obligatoria de los profesionales por su condición de empleados públicos, sí se prevé esta exención en el caso concreto de algunos profesionales cuando desempeñen sus funciones al servicio de la Administración. En lo que se refiere a la profesión veterinaria, el ordenamiento ha excluido expresamente de la obligación de colegiación a los miembros del Cuerpo Militar de Sanidad con la especialidad fundamental veterinaria (artículo 42.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar).

La situación es, en cambio, más compleja en el caso de los profesionales veterinarios que ejercen sus funciones al servicio de la Administración civil, al no existir una norma legal que de modo directo y expreso establezca para ellos una exención generalizada de la obligación de colegiarse. La determinación del alcance de las obligaciones de colegiación se encuentra, con carácter general y para todas las profesiones, pendiente de lo que establezca el legislador en cumplimiento de lo previsto en la disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En el marco de la transposición de la llamada Directiva de Servicios y de acuerdo con su espíritu liberalizador, esa disposición transitoria encomendó al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley en el que se determinen los supuestos de ejercicio profesional que quedarán sometidos a colegiación obligatoria. En tanto llega la aprobación de esa ley –que aún no ha tenido lugar– la citada disposición transitoria cuarta señala que «se mantendrán las obligaciones de colegiación vigentes».

En el caso de los veterinarios al servicio de las Administraciones públicas, el problema radica precisamente en que no resulta claro cuáles son esas obligaciones de colegiación vigentes. Así se ha puesto de relieve durante la tramitación del proyecto que ahora se dictamina. (…).

[…]

En este debate en torno al alcance de las obligaciones de colegiación ha irrumpido recientemente la aprobación de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales. De modo indirecto, esta ley ha venido a referirse a la cuestión que se analiza en el artículo 27, letras a) y b), referido específicamente a los animales de compañía:

[…]

A la vista de los preceptos de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, que se acaban de citar, debe concluirse que el legislador se ha manifestado de modo explícito en cuanto a la existencia de profesionales veterinarios al servicio de las Administraciones públicas que no están obligados a colegiarse (pues la ley se refiere a la intervención de estos veterinarios como alternativa a la de un profesional colegiado). Ello impide considerar, como hace el Consejo General, que la colegiación de los veterinarios empleados públicos es siempre obligatoria. Sin embargo, continúa abierto el interrogante de si el legislador ha pretendido exonerar a estos veterinarios de la obligación de colegiarse en todo caso; o si, por el contrario, existen algunos supuestos de funciones propias del ejercicio profesional por parte de los veterinarios públicos que requieren su colegiación obligatoria.

[…]

(…) El Consejo de Estado viene insistiendo en «la necesidad de poner fin a la situación de interinidad que afecta al régimen de los colegios profesionales en España (…). Es urgente una intervención del legislador en la que se determine cuándo es obligatoria la colegiación para el ejercicio profesional, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución y con los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación establecidos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre» (dictamen número 476/2020).

Esa intervención del legislador puede tener lugar, como es evidente, no solo mediante la aprobación de la ley a la que se refiere la disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2009, sino mediante una norma de rango legal ad hoc que se pronuncie acerca del alcance de las obligaciones de colegiación para cada profesión (dictamen número 476/2020, de 8 de octubre, ya citado y emitido en relación con el proyecto de Real Decreto aprobatorio de los Estatutos del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial).

El Consejo de Estado considera que, dada la especial oscuridad de la cuestión en el caso de los veterinarios al servicio de las Administraciones públicas, esa norma legal debería ser objeto de aprobación cuanto antes. En la decisión que el legislador adopte deberán ponderarse los criterios que para toda limitación al libre ejercicio de las profesiones se derivan del derecho de Unión Europea (presentes, en especial, en la Directiva de Servicios y en la Directiva (UE) 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones). En este sentido, toda obligación de colegiación deberá justificarse de

acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación (tal y como exige la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio); y solo deberá imponerse, como establece la disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2009, cuando ello esté justificado «como instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios» y cuando puedan verse afectadas, «de manera grave y directa, materias de especial interés público, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas». A la luz de estos criterios, el legislador habrá de justificar si es necesaria y proporcionada una supervisión a cargo de las organizaciones colegiales, adicional a la que ya desarrollan las Administraciones con respecto a sus empleados públicos.

En tanto se apruebe la correspondiente norma de rango legal, el Consejo de Estado considera que debería aprovecharse la modificación de los estatutos de la profesión que se aborda para conferirles una redacción más clara y que no induzca a interpretaciones como la sostenida por el Consejo General en el expediente. (…).

Mantener, sin más, el texto vigente de los artículos 1.4 y 62 de los estatutos y esperar que, por vía interpretativa, se lleve a cabo un ajuste a la ley de las obligaciones de colegiación de los veterinarios públicos, no parece suficiente. (…).

Por todo ello, se recomienda revisar la redacción de los artículos 1.4 y 62 de los vigentes Estatutos Generales de la Organización Colegial Veterinaria Española, a fin de aclarar que no en todos los casos en los que se exija la titulación para el desempeño de sus funciones a los veterinarios al servicio de la Administración les será asimismo exigible la colegiación obligatoria.

↻ *Dictamen 940/2023, de 5 de octubre.*

Proyecto de Real Decreto por el que se regulan los Estatutos Generales de los Colegios de Protésicos Dentales de España y de su Consejo General.

A la luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, por tanto, resulta difícil mantener una suerte de validez transitoria de normas autonómicas que, en la medida en que imponen la adscripción colegial obligatoria para el ejercicio profesional, claramente exceden el reparto competencial examinado en la sentencia extractada, vulnerando el parámetro básico de constitucionalidad contenido en el artículo 3.2 de la Ley 2/1974. En la medida en que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional un precepto legal autonómico que, con carácter general, permite la imposición del requisito de colegiación para el ejercicio profesional, cabría igualmente poner en cuestión la constitucionalidad de aquellas disposiciones legales autonómicas que imponen tal requisito para una profesión en particular, en defecto de una ley estatal que así lo establezca. Cabe subrayar,

además, que la norma legal declarada inconstitucional en la STC 201/2013 es, como las leyes autonómicas aquí controvertidas, anterior a la reforma operada en la Ley de Colegios Profesionales por la Ley 25/2009, cuya disposición transitoria cuarta tampoco cabría invocar, por tanto, para sostener la validez de tales preceptos legales.

↻ *Dictamen 1163/2023, de 14 de diciembre.*

6. EMPLEADOS PÚBLICOS

6.1 PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Proyecto de Real Decreto por el que se modifican el Real Decreto 1130/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el régimen retributivo del Cuerpo de Secretarios Judiciales, y el Real Decreto 2033/2009, de 30 de diciembre, por el que se determinan los puestos tipo adscritos al Cuerpo de Secretarios Judiciales a efectos del complemento general de puesto, la asignación inicial del complemento específico y las retribuciones por sustituciones que impliquen el desempeño conjunto de otra función, para dar cumplimiento al acuerdo entre la Administración del Estado y el comité de huelga de Letrados de la Administración de Justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe reiterar una observación general ya realizada en dictámenes anteriores por este Alto Cuerpo Consultivo. En el dictamen relativo al expediente número 135/2008, de 21 de febrero, se razonaba:

[…]

Posteriormente, en el dictamen relativo al expediente número 973/2018, de 20 de diciembre, se volvía a insistir en la conveniencia de unificar en un solo reglamento las dos normas que actualmente gobiernan este régimen retributivo:

[…]

De este modo, en 2008 se desdobló la regulación de la retribución complementaria de los letrados de la Administración de Justicia, y se hizo con vocación de transitoriedad, pues el complemento específico transitorio debía durar, como establece la disposición transitoria primera («Proceso de acoplamiento») del Real Decreto 2033/2009, «hasta tanto no se produzcan los procesos de acoplamiento y nombramiento de los Secretarios Judiciales, para desempeñar puestos de trabajo incluidos en las relaciones de puestos de trabajo aprobadas conforme al nuevo modelo de oficina judicial previsto en la Ley Orgánica 19/2003 ….», transitoriedad que ya dura quince años al momento de

evacuar la presente consulta. Por ello, este Consejo de Estado reitera la conveniencia de acometer a la mayor brevedad posible la refundición, en una sola norma reglamentaria, del régimen retributivo de los letrados de la Administración de Justicia.

↻ *Dictamen 1111/2023, de 28 de septiembre.*

7. ACTOS ADMINISTRATIVOS

7.1 NOTIFICACIÓN

Revisión de oficio en la que se propone la declaración de nulidad de la Resolución de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana, de fecha 18 de mayo de 2018, a solicitud de don …

Llegados a este punto, interesa traer a colación, con el dictamen número 535/2018, de 28 de junio, la jurisprudencia constitucional relativa a la especial diligencia exigible a los órganos judiciales en la comunicación de los actos de naturaleza procesal, doctrina que el Tribunal Supremo entiende que es «trasladable…, *mutatis mutandis*, a la Administración» (sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 2011). De acuerdo con dicha jurisprudencia constitucional, el órgano judicial «ha de extremar las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales a su alcance…» (STC n.º 158/2007, de 2 de julio, entre otras). Igualmente, la jurisprudencia constitucional relativa a las Administraciones públicas afirma que, aun cuando los interesados no hayan actuado con toda la diligencia debida en la comunicación del domicilio, la Administración, antes de acudir a la notificación edictal, debe intentar la notificación en el domicilio idóneo, bien porque este consta en el mismo expediente (STC n.º 76/2006, de 13 de marzo, entre otras), bien porque su localización resulta extraordinariamente sencilla, normalmente acudiendo a oficinas o registros públicos (STC n.º 135/2005, de 23 de mayo, entre otras). En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2011 que se viene citando señala que la presunción *iuris tantum* de que el acto llegó a conocimiento tempestivo del interesado quiebra «cuando el obligado tributario no comunica a la Administración el cambio de domicilio, y ésta, tras intentar la notificación del acto o Resolución en el domicilio asignado en principio por el interesado, acude directamente a la vía edictal, pese a que resultaba extraordinariamente sencillo acceder, sin esfuerzo alguno, al nuevo domicilio, (…) porque éste se hallaba en el propio expediente…».

[…]

De los datos obrantes se desprende que ninguna de las notificaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia cubrió los objetivos que le están

legalmente asignados a la práctica de la notificación, como son los de poner en conocimiento de los interesados el contenido de los actos administrativos que les afecten, abriéndoles la posibilidad de desplegar al respecto las iniciativas que les reconoce el ordenamiento jurídico (alegaciones, recursos…).

La regulación de los efectos de las notificaciones defectuosas y la interpretación sentada al respecto por el Tribunal Constitucional llevan a concluir que la defectuosa notificación de las resoluciones del expediente sancionador incoado contra el interesado determina la nulidad de esa resolución de 18 de mayo de 2018 en aplicación del artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015 por cuanto se ha vulnerado el derecho de defensa del interesado en este concreto supuesto.

Además, como se examinó con detenimiento en un supuesto análogo (dictamen número 532/2018, de 29 de noviembre), el Consejo de Estado ha tenido muchas ocasiones de examinar el alcance que una defectuosa notificación o una ausencia de notificación pueden tener para una eventual nulidad de pleno derecho de las actuaciones en las que se inserte. Así, este Consejo ha considerado, por ejemplo, casos en los que una notificación incorrecta o una falta de notificación privaba a los interesados de poder hacer uso de trámites de alegaciones, prueba o audiencia en el procedimiento de que se tratase. En esos supuestos, la incorrecta notificación o la ausencia de ella proyecta sus efectos sobre ulteriores actuaciones del procedimiento administrativo en que haya tenido lugar, en la medida en que vacía de contenido y utilidad, o incluso prescinde de trámites esenciales para ese procedimiento. Siendo ello así, ha de recordarse que, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia y doctrina de este Consejo, la omisión de trámites esenciales de un procedimiento administrativo incurre en la causa de nulidad consistente en prescindirse del procedimiento legalmente establecido (artículos 62, número 1, e), de la Ley 30/1992 y 47, número 1, e), de la Ley 39/2015). En aplicación de esos criterios, este Consejo ha apreciado que, en tales casos, se incurría en la aludida causa de nulidad de pleno derecho. Véanse, en ese sentido, entre los pronunciamientos más recientes, los contenidos en los dictámenes números 72/2018, de 22 de febrero; y 525/2018, de 20 de septiembre.

↻ *Dictamen 212/2023, de 30 de marzo.*

Revisión de oficio iniciada por don …, en su calidad de Administrador único de la empresa Dimarjoy, S. L. U., en la que se propone la declaración de nulidad de la Resolución de la Subdelegación de Gobierno en Málaga, de fecha 26 de junio de 2018.

Del expediente se desprende que, no constando acreditado por la Administración que se hubiera realizado la notificación del acuerdo inicial en sede electrónica y antes de acudir a la vía edictal, debió procederse en todo caso a no-

tificar la resolución en la forma exigida por el régimen de notificaciones administrativas en los artículos 40 a 46 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

[…]

El acuerdo de iniciación del presente procedimiento sancionador (de 23 de abril de 2018, fecha en la que ya había cesado DIMARJOY S. L. U. en el negocio, lo que se prueba tuvo lugar por su comunicación a la AEAT de 13 de febrero de 2018) se había intentado notificar por correo certificado en el último domicilio conocido los días 2 y 3 de mayo de 2018, con resultado de «ausente» en ambos casos.

Lo procedente hubiera sido que la notificación se verificase por medios electrónicos, según exige para las personas jurídicas (en este caso DIMARJOY S. L. U.) el artículo 14.2.a) de la Ley 39/2015. Sin embargo, y aunque así se ha afirmado, no se ha acreditado por parte de la Subdelegación del Gobierno que ello se hubiera hecho, procediendo –por el contrario– a tratar de realizar notificaciones por correo certificado.

Esta actuación prudencial sí se aprecia –por el contrario– en el oficio de 21 de diciembre de 2020 de la Subdirección General de Recursos del Ministerio del Interior (motivándolo con la significativa expresión: «dado que la empresa ha cerrado») mediante el cual se interesó de la Subdelegación del Gobierno en Málaga que se procediese a la práctica de un nuevo trámite de audiencia en la dirección particular que se consignó por el interesado… en la solicitud de revisión de oficio.Y aquí sí que la notificación tuvo resultado positivo, en fecha 8 de enero de 2021.

Concurre en este caso la singularidad de que, no figurando en el procedimiento otros documentos ni alegaciones, dicho acuerdo de iniciación se considera propuesta de resolución (de conformidad con la previsión del artículo 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), dictándose finalmente la resolución sancionadora de 26 de junio de 2018, que nuevamente se intentó notificar en la misma dirección postal los días 2 y 3 de julio de 2018, con igual resultado de «ausente». Dejado aviso, que no fue retirado, se insertó anuncio en el tablón edictal del *Boletín Oficial del Estado* de 27 de julio de 2018.

En definitiva, las infructuosas notificaciones administrativas abrieron paso a la notificación edictal, en la forma más arriba indicada.

Sin embargo, las notificaciones de 2 y 3 de mayo de 2018 se hicieron cuando previamente se había formalizado la baja del empresario ante la AEAT en fecha 13 de febrero de 2018, abandonando toda actividad. Esta circunstancia provocó la indefensión del interesado, quien no pudo accionar oportunamente los mecanismos jurídicos puestos a su disposición por el ordenamiento para oponerse a la acción administrativa. Solamente tendría conocimiento del procedimiento instado en su contra, frente al que no pudo reaccionar para defenderse en modo alguno, cuando se le notificó por la AEAT (esta vez correctamente en la sede electrónica de la empresa) el procedimiento de apremio que se había instruido en su contra.

La notificación edictal no puede utilizarse válidamente en los casos en que la Administración, empleando la diligencia exigible, puede llegar a conocer la identidad y el lugar idóneo para notificar personalmente a los destinatarios de las notificaciones (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1992, 30 de abril de 1993 y 22 de julio de 1999). En similar sentido se pronuncia la sentencia de 27 de julio de 2022 (Sala Tercera, Sección Quinta, n.º recurso 5544/2021), que cita a su vez la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2011:

> «En tal sentido ha de partirse de la consideración, como expresaba la sentencia de este Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1997, de que la notificación edictal es una ficción legal, pues la realidad nos enseña que raramente tienen los contribuyentes conocimiento de las liquidaciones tributarias notificadas por este procedimiento; al contrario, cuando se enteran es cuando ya se ha iniciado el procedimiento sin que, por tanto, les quepa la posibilidad de impugnar la liquidación por muchos y graves que sean los errores jurídicos en que pudiera haber incurrido la Administración. Por ello, han de extremarse las garantías sobre acreditación de la forma en que se han producido los intentos de notificación fallidos y de la constancia del aviso de llegada y de la permanencia de la resolución en «lista de notificaciones», para permitir al destinatario tener conocimiento de tal intento de notificación, y la posibilidad de recepción de la misma por su comparencia personal en la oficina postal.»

Como también ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 14/1999, de 22 de febrero) «sin ningún género de dudas, el derecho a conocer la propuesta de resolución de un expediente sancionador, claramente estipulado en las normas del procedimiento administrativo, forma parte de las garantías que establece el art. 24.2 C. E., pues sin él no hay posibilidades reales de defensa en el ámbito del procedimiento». Existe indefensión del interesado cuando en un procedimiento sancionador no puede intervenir desde su fase inicial, produciéndose una relevante privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibra su posición.

En similar sentido, y en un pronunciamiento mucho más reciente aplicado al ámbito de las notificaciones electrónicas, ha reiterado el Tribunal Constitucional (STC 147/2022, de 29 de noviembre):

> «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).»

El Consejo de Estado también ha aplicado dicha doctrina al ámbito de la revisión de oficio, en aplicación de la misma causa de nulidad aquí invocada. Es el caso del dictamen número 993/2019, de 30 de enero de 2020, entre otros:

> «A la vista de lo anterior, puesto que las notificaciones referidas no se han practicado en los términos previstos por el ordenamiento jurídico y no ha quedado acreditado que el Sr. … haya tenido conocimiento de las actuaciones que afectaban a la finca de su titularidad por el embargo, debe concluirse que se ha causado indefensión al interesado porque no ha podido interponer los recursos que, en su caso, podría haber presentado en defensa de su derecho si hubiera tenido conocimiento de la existencia del procedimiento. Concurre, por tanto, en este caso, la causa de nulidad prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 47 de la Ley 39/2015 respecto de todos los actos que resultan afectados por el detectado vicio de notificación, de manera que procede declarar la nulidad de todos los actos dictados en el marco del procedimiento de apremio seguido…»

El procedimiento edictal es útil cuando se trata de sujetos desconocidos o cuyo domicilio se ignora, no debiendo la Administración recurrir al mismo cuando tiene otros medios para conocer dicho domicilio. En el caso considerado, re-

sulta que debía haberse constatado que la mercantil interesada había dado de baja la actividad ante la AEAT meses antes, no pudiendo atribuir validez a una notificación edictal que podría haberse suplido con una diligente indagación sobre el domicilio del interesado.

No habiéndose actuado, pues, con la diligencia exigible a la Administración, el procedimiento seguido en la práctica ha provocado la indefensión del interesado, quien no pudo alegar o defenderse del procedimiento sancionador que se le había incoado. Procede, pues –acogiendo la revisión de oficio incoada al amparo del artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015– la declaración de nulidad del acto administrativo de incoación del procedimiento, lo que comporta la nulidad de todas las actuaciones posteriores.

- *Dictamen 343/2023, de 18 de mayo.*
- *Ver también dictamen 909/2023, de 21 de septiembre.*

Expediente de revisión de oficio iniciado en ejecución de sentencia en el que se propone que no procede revisar de oficio la resolución de la Delegación del Gobierno en Canarias de 27 de enero de 2021 que impuso a doña … una sanción de multa de 601 €.

En el presente asunto, el análisis se centra en la causa de nulidad del artículo 47.1.a): «1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional». En concreto, se trata de valorar si se han visto vulnerados algunos de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española.

En primer lugar, se plantea un posible defecto en la realización de las notificaciones a la interesada en relación con el procedimiento sancionador que desembocó en la imposición de una multa de 601 euros.

En este punto interesa traer a colación, con el dictamen número 535/2018 de 28 de junio, y otros más recientes como el 212/2023, de 30 de marzo, la jurisprudencia constitucional relativa a la especial diligencia exigible a los órganos judiciales en la comunicación de los actos de naturaleza procesal, doctrina que el Tribunal Supremo entiende que es «trasladable…, *mutatis mutandis*, a la Administración» (sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 2011, recurso de casación n.º 5824/2009; o más recientemente la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera, de 27 de julio de 2022, recurso de casación n.º 5544/2021). De acuerdo con dicha jurisprudencia constitucional, el órgano judicial «ha de extremar las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales a su alcance…» (STC 158/2007, de 2 de julio, entre otras). Igualmente, la jurisprudencia constitucional relativa a las Administraciones públicas afirma que, aun cuando los interesados no hayan actuado con toda la diligencia debida en la comunicación del domicilio, la

Administración, antes de acudir a la notificación edictal, debe intentar la notificación en el domicilio idóneo, bien porque este consta en el mismo expediente (STC 76/2006, de 13 de marzo, entre otras), bien porque su localización resulta extraordinariamente sencilla, normalmente acudiendo a oficinas o registros públicos (STC 135/2005, de 23 de mayo, entre otras). En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 2011, que se viene citando señala que la presunción *iuris tantum* de que el acto llegó a conocimiento tempestivo del interesado quiebra «cuando el obligado tributario no comunica a la Administración el cambio de domicilio, y ésta, tras intentar la notificación del acto o resolución en el domicilio asignado en principio por el interesado, acude directamente a la vía edictal, pese a que resultaba extraordinariamente sencillo acceder, sin esfuerzo alguno, al nuevo domicilio, (…) porque éste se hallaba en el propio expediente…».

Las consecuencias que resultan de esta doctrina no son aplicables en este caso pues, como reconoce la interesada, trasladó su residencia y no procedió a empadronarse hasta octubre de 2021, incumpliendo lo previsto en el artículo 15 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local: «Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente».

No se solicitaron estos datos del padrón municipal, pero, según se recoge en los antecedentes, el órgano instructor consultó el 20 de octubre de 2020 en las bases de datos del censo y la AEAT, cumpliendo con esa diligencia exigible en la comunicación de los actos administrativos que se apuntó anteriormente. Por lo demás, la Administración se ajustó en su actuación al régimen de la notificación de los actos administrativos que regulan con carácter general los artículos 40 y siguientes de la Ley 39/2015.

En segundo lugar, y muy relacionada con el punto anterior, está la cuestión de la posible indefensión, vulneración de la presunción de inocencia y privación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

En dictámenes como el número 343/2023, de 18 de mayo, se recoge una síntesis de la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado en relación con la notificación edictal cuando no se ha empleado toda la diligencia exigible para conocer el domicilio del destinatario de las notificaciones y sus implicaciones en los procedimientos sancionadores por la indefensión en la que colocan al interesado al no poder intervenir desde su fase inicial, produciéndose una relevante privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibra su posición. Así lo han reflejado recientes sentencias como la 147/2022, de 29 de noviembre, del Tribunal Constitucional y otras que se indican en dicho dictamen.

Pues bien, en el presente asunto, como se ha señalado anteriormente, las dificultades en la notificación y la necesidad de acudir a la vía edictal se han debido al cambio de domicilio no puesto en conocimiento de la Administración por la interesada. En línea con la propuesta de resolución, cabe concluir que en tanto la

interesada no cumplió su obligación de inscribirse en el padrón del municipio al que había trasladado su residencia habitual ni comunicó a la Administración ese cambio de domicilio, tiene el deber de soportar las consecuencias negativas que, a efectos de formular alegaciones o defenderse en el procedimiento sancionador, se han derivado de su propia omisión.

Por lo demás, no ha documentado hechos o aportado medios de prueba con entidad suficiente como para sustentar su versión de lo ocurrido ni contradecir la versión consignada en la denuncia que llevó a la incoación del procedimiento sancionador.

En conclusión, tampoco cabe apreciar en este punto vulneración alguna del artículo 24 de la Constitución Española.

↻ *Dictamen 794/2023, de 20 de julio.*

Nulidad de pleno derecho formulada por doña …, respecto del acuerdo de enajenación mediante subasta de la finca número … del Registro de la Propiedad de Torredembarra, dictado dentro del procedimiento administrativo de apremio, seguido contra la misma por la Dependencia Regional de Recaudación de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Cataluña.

(…) si, pese a los vicios de cualquier gravedad en la notificación, puede afirmarse que la interesada llegó a conocer el acto o resolución por cualquier medio –y, por lo tanto, pudo defenderse frente al mismo–, o no lo hizo exclusivamente por su negligencia o mala fe, no cabe alegar lesión alguna de las garantías constitucionales, dado el principio antiformalista y el principio general de buena fe que rigen en esta materia.

↻ *Dictamen 860/2023, de 5 de octubre.*

7.2 NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. CAUSAS

7.2.1 **Lesión de derechos fundamentales**

Nulidad de pleno derecho formulada por don …, en nombre y representación de don …, respecto del acta con acuerdo con número de referencia … relativa al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas de los periodos 2011 a 2014, incoada por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

(…) a la constatación por el TJUE de una desproporción en la imprescriptibilidad de la regularización tributaria de los bienes o derechos situados en el extranjero y no declarados, o declarados de manera imperfecta o extemporánea, mediante el modelo 720, no cabe anudar una quiebra del artículo 14 de la Constitución pues el establecimiento de un régimen específico para los contribuyentes españoles con bienes y derechos en el extranjero en los términos expuestos no constituye una diferencia de trato injustificada, sino que tiene una clara justificación objetiva (lugar de localización de los bienes y derechos) y teleológica (control y lucha contra el fraude fiscal). Cuestión distinta es que en la vía ordinaria de recurso el argumento de la desproporción del régimen de imprescriptibilidad a que se ha hecho referencia, en los términos en que se recoge en la STJUE de 27 de enero de 2022, y la aplicación al caso del régimen ordinario de prescripción cobren toda su virtualidad, tal y como resulta de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 966/2022, 781/2022, 339/2023 y 531/2023 antes citadas.

En consecuencia, y en línea con precedentes dictámenes ya numerosos (entre otros muchos, dictámenes 169/2023, de 25 de mayo, 192/2023, de 8 de junio, y 872/2023, de 25 de octubre), no procede declarar por esta causa la nulidad de pleno derecho de la liquidación practicada con fundamento en el artículo 217.1.a) de la Ley General Tributaria.

↻ *Dictamen 1014/2023, de 23 de noviembre.*

Nulidad de pleno derecho formulada por doña …, respecto del expediente sancionador por infracción tributaria con número … por la presentación fuera del plazo reglamentario de la declaración informativa de bienes y derechos situados en el extranjero, modelo 720, del ejercicio 2012, y del expediente sancionador por infracción tributaria con número … por la presentación fuera del plazo reglamentario de la declaración informativa de bienes y derechos en el extranjero, modelo 720, del ejercicio 2014, incoados por la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Murcia.

(…) de la misma manera que una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado, con fundamento en el artículo 40 de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, que el artículo 25.1 de la Constitución «impide, entre otras determinaciones, que nadie pueda sufrir condena penal o sanción administrativa en aplicación de normas legales cuya inconstitucionalidad se haya proclamado por este Tribunal Constitucional» (entre otras muchas, SSTC 39/2011, de 31 de marzo, y 30/2017, de 27 de febrero), cabe igualmente entender que ese mismo precepto constitucional veda la aplicación de un régimen de infracciones y sanciones que ha sido declarado por el TJUE contrario al Derecho de la Unión

Europea, a los efectos que ahora interesan, «al sancionar el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto o extemporáneo de la obligación informativa relativa a los bienes y derechos situados en el extranjero con una multa proporcional del 150 % del impuesto calculado sobre las cantidades correspondientes al valor de dichos bienes o derechos, que puede acumularse con multas de cuantía fija» y «al sancionar el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto o extemporáneo de la obligación informativa relativa a los bienes y derechos situados en el extranjero con multas de cuantía fija cuyo importe no guarda proporción alguna con las sanciones previstas para infracciones similares en un contexto puramente nacional y cuyo importe total no está limitado.

En consecuencia, no cabe sino concluir que procede declarar la nulidad de pleno derecho de las sanciones impuestas por la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de la AEAT de Murcia a Dña. …, dictadas de conformidad con la obligada tributaria el 29 de noviembre de 2016, en tanto concurre la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra a) del artículo 217.1 de la LGT por razón de la improcedente aplicación de un régimen sancionador que vulnera el artículo 25.1 de la Constitución al haber sido declarado por el TJUE contrario al Derecho de la Unión Europea.

↻ *Dictamen 1020/2023, de 21 de septiembre.*

7.2.2 **Incompetencia manifiesta**

Nulidad de pleno derecho como consecuencia de la reclamación presentada por don …, respecto de la liquidación provisional y del acuerdo sancionador del IRPF del ejercicio 2019, dictados por la Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación de la AEAT de Granada.

El peticionario de la revisión de oficio sí ha acreditado en el expediente que, conforme a lo dispuesto en las reglas anteriores, su residencia habitual en el ejercicio 2019 estuvo situada en el País Vasco. En tal sentido se ha de tener en cuenta que ha presentado a efectos probatorios, de una parte, un certificado de empadronamiento, así como un contrato de trabajo en una empresa de Vitoria y diversa documentación relativa a una baja laboral en la mutua FREMAP de Berasáin. También ha aportado una autoliquidación del IRPF del ejercicio de 2019 presentada el 26 de marzo de 2021 ante la Diputación Foral de Gipuzkoa. A la postre, el peticionario de la revisión de oficio ha acreditado en el expediente que, conforme a lo dispuesto en las reglas anteriores de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, su residencia habitual en el ejercicio de 2019 estuvo situada en el País Vasco, por lo que procede acceder a la revisión de oficio instada.

↻ *Dictamen 74/2023, de 13 de abril.*

7.2.3 **Acto de contenido imposible**

Nulidad de pleno derecho formulada por don …, respecto del acuerdo de declaración de responsabilidad tributaria de carácter solidaria, dictado por la Dependencia Regional de Recaudación de la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Madrid, por el que se le declaró responsable solidario de las deudas de don …

A juicio del Consejo de Estado, y siguiendo el criterio establecido en precedentes dictámenes (dictámenes números 62/2023, de 9 de marzo, y 155/2023, de 27 de abril, referido este último a una solicitud análoga formulada en relación con D. …, hermano del ahora solicitante), la causa en la que se ha de fundamentar la nulidad de pleno derecho es la establecida en la letra c) del citado precepto (actos de contenido imposible). (…).

Los términos en que se expresa el Tribunal Supremo son rotundos en el sentido de considerar inimputable al menor, ya que el dolo o intención que presupone la causación o colaboración en la ocultación o transmisión de los bienes no puede ser atribuido a quien, por ser menor, carece de capacidad de obrar y, por tanto, de concluir por voluntad propia negocios jurídicos.

En consecuencia, no cabe duda de que el acuerdo de declaración de responsabilidad tributaria de carácter solidario dictado el 6 de noviembre de 2020 por la Dependencia Regional de Recaudación de la Delegación de la AEAT de Madrid con fundamento en el artículo 42.2.a) de la Ley General Tributaria es un acto administrativo que resulta absolutamente inadecuado a la realidad sobre la que recae, pues D. (…) contaba entonces dieciséis años y no se hallaba emancipado, siendo imposible que el menor pudiese colaborar de manera consciente y voluntaria en la ocultación de bienes promovida por su padre.

↻ *Dictamen 431/2023, de 1 de junio.*

Nulidad de pleno derecho formulada por doña …, respecto de la providencia de apremio de la deuda con clave de liquidación …recibida en calidad de sucesora de don …, dictada en el curso del procedimiento administrativo de apremio seguido frente a la misma por la Dependencia Regional de Recaudación de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Madrid.

El Consejo de Estado considera, siguiendo, entre otros, al dictamen número 158/2019, de 30 de mayo, que D.ª … no ha ostentado, en ningún momento, la condición de heredera del causante, con base en dos circunstancias: primera, porque la AEAT no ha podido acreditar que D.ª … aceptara la herencia de su marido y se ha limitado a sostener que tiene la condición de legitimaria; segunda, porque

la interesada ha repudiado la herencia y, de acuerdo con el artículo 989 del Código Civil, «Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda», es decir, tanto los efectos de la repudiación como los de la aceptación se retrotraen al momento del fallecimiento del causante. Repudiación que no hubiera tenido la eficacia pretendida de haberse aceptado la herencia con anterioridad. Por tanto, D.ª … no ha tenido, en momento alguno, la condición de heredera de su marido. Así las cosas, no teniendo la interesada la condición de heredera del causante, el acto de providencia de apremio tiene un contenido imposible y puede afirmarse que concurre la causa de nulidad prevista en la letra c) del artículo 217.1 de la LGT.

↻ *Dictamen 877/2023, de 21 de septiembre.*

Nulidad de la resolución del Director General del Patrimonio del Estado de 27 de febrero de 2019, de declaración de heredero abintestato de doña …, en lo referente al reconocimiento del derecho al premio, en su condición de denunciante, en favor de doña …

(…) la resolución de 27 de febrero de 2019 por la que se declaró como heredero abintestato a la Administración General del Estado y por la que se reconoció el derecho a percibir el premio a la denunciante se dictó vulnerando la legislación aplicable toda vez que esta exigía la falta de herederos legítimos como condición necesaria para que pudiese heredar el Estado. En consecuencia, la resolución por la que se reconoció el derecho a percibir el premio carece de todo fundamento legal que la ampare.

[…]

El reconocimiento del derecho a percibir el premio se sustenta en la condición de heredera abintestato de la Administración General del Estado y, la consiguiente incorporación de los bienes denunciados al patrimonio del Estado. No obstante, tal condición fue revocada por resolución de 27 de febrero de 2023 por lo que el acto administrativo en cuya virtud se reconoció el derecho a percibir el premio se dictó sobre la base de una realidad inexistente. En efecto, desaparecido el presupuesto de hecho que permitía al Estado ser declarado heredero, y devueltas las cantidades ingresadas por el Estado en favor de las herederas del causante, cabe concluir, de acuerdo con lo señalado por la Abogacía del Estado, que no existe el caudal relicto sobre el que se calcula el premio reconocido en favor de la interesada. En consecuencia, procede declarar por esta causa (contenido imposible) la nulidad de pleno derecho de la resolución del director general del Patrimonio del Estado de 27 de febrero de 2019 en relación con el reconocimiento del derecho a percibir el premio de denuncia en favor de D.ª…

[…]

En el caso sometido a consulta, la resolución por la que se reconoce el derecho a percibir el premio es un acto administrativo que determina el nacimiento de un derecho en favor de la interesada siendo patente la ausencia del presupuesto esencial que determina su adquisición toda vez que, como se dijo con anterioridad, la resolución por la que se declaró como heredero abintestato a la Administración General del Estado ha sido revocada. Por consiguiente, habiéndose dejado sin efecto el título del que traía causa el derecho a percibir el premio, y habiéndose acreditado la existencia de herederos de mejor derecho, el reconocimiento del referido derecho en favor de la interesada carecía de base legal por no cumplir los requisitos previstos en el artículo 7 del RLPAP.

↻ *Dictamen 1218/2023, de 30 de noviembre.*

Expediente instruido por el Ayuntamiento de Piélagos relativo a «Revisión para declaración de nulidad de recibos/liquidaciones contenidos en el expediente conjunto de nulidad …».

Tanto la jurisprudencia como este Consejo de Estado han puesto repetidamente de manifiesto que «la imposibilidad susceptible de determinar la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos ha de ser originaria y ha de tener un contenido material o físico, no jurídico, ya que la imposibilidad jurídica equivale a una ilegalidad, que debería haberse hecho valer, en su caso, en la vía administrativa de recurso» (dictamen del Consejo de Estado número 1.123/2000, de 13 de abril).

El acto de contenido imposible es el que, por su propio ser o realidad intrínseca, no puede llevarse a cabo por ser físicamente imposible, bien porque encierra contradicción interna o en sus términos, bien por oposición a las leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. Ello implica que la imposibilidad del contenido determinante de nulidad de pleno derecho debe ser una imposibilidad material, no simplemente jurídica, entendiendo por materialmente imposible lo que no se puede realizar, ya sea porque va contra las leyes físicas, ya porque parte de un supuesto de hecho irreal o inexistente, como expuso el dictamen número 349/2002, de 4 de abril. Con arreglo a esta doctrina, el Consejo de Estado ha calificado de acto de contenido imposible, por ejemplo, un contrato de permuta en el que una de las partes no es propietaria del bien que ha de entregar (dictamen número 53.403, de 29 de junio de 1989); el arrendamiento de un local por parte de una corporación local que, en la fecha de celebración del contrato, no era propietaria de dicho local (dictamen número 45.192, de 30 de junio de 1983), o el acto por el que se declaró la titularidad del derecho de reversión sobre unas parcelas todavía afectadas al servicio público ferroviario (dictamen número 2.865/2000, de 19 de octubre).

En el caso sometido a consulta ha quedado acreditado que los recibos y liquidaciones del expediente fueron girados, bien a sujetos pasivos que habían fallecido, bien a otros que habían transmitido la titularidad del bien de la que derivaba la obligación tributaria, por lo que nos les correspondía su abono.

En este caso, como en otros anteriores dictaminados por el Consejo de Estado (dictámenes números 2.915/2004, de 11 de enero de 2005, y 346/2009, de 23 de abril) faltaba un presupuesto indispensable para la validez del acto administrativo referido, presupuesto consistente en una circunstancia fáctica independiente, anterior y externa al mismo, como era, bien la existencia misma del sujeto pasivo, bien la realidad misma del bien y su pertenencia al patrimonio del deudor. Por esta razón tal imposibilidad puede integrarse en el supuesto del artículo 217.1.c) de la Ley General Tributaria, ya que existe imposibilidad originaria y de contenido material cuando el acto dictado parte de un supuesto de hecho irreal o inexistente, que es precisamente lo que aquí ha sucedido.

Y se ha pronunciado el Consejo de Estado en alguna ocasión sobre un supuesto coincidente con el actual (en lo relativo a la notificación de liquidaciones a personas que no existen), lo que tuvo lugar en el dictamen número 616/2011, de 9 de junio: «En este caso, puede apreciarse esta causa de nulidad, toda vez que la notificación de la providencia de apremio a (…) después de su fallecimiento es «desde su origen materialmente irrealizable», como afirma la propuesta, y tiene en este sentido un contenido imposible».

En el mismo sentido se pronuncia el dictamen número 36/2009, de 12 de febrero: «A la vista de las consideraciones expuestas y como ya se afirmó en el dictamen 1.837/2008, de 23 de diciembre, puede considerarse que el citado acto de liquidación tenía un contenido imposible, por dirigirse a una sociedad ya disuelta, liquidada y extinguida en la fecha de exigencia de tal acto. A esta misma conclusión llegó este Consejo de Estado en un supuesto idéntico (…); se llegó entonces a la conclusión de que «no existía sujeto pasivo destinatario del acto en cuestión», lo que determinaba que «los citados actos de liquidación y sanción [tuviesen] un contenido imposible, por dirigirse a una sociedad ya disuelta en la fecha de exigencia de tales actos (dictamen 1.489/2006, de 19 de octubre)». Ejemplos más actuales encontramos en los dictámenes números 983/2022, de 6 de octubre, y 1.448/2022, de 29 de septiembre.

En definitiva, la imposibilidad que invoca el ayuntamiento puede, por ello, integrarse en el supuesto del artículo 217.1.c) de la Ley General Tributaria, ya que, según ha quedado expuesto, existe imposibilidad originaria y de contenido material cuando los actos dictados, los recibos y liquidaciones, encierran una contradicción interna y parten de un supuesto de hecho irreal o inexistente, al basarse ese acto en la existencia de unas personas que habían fallecido hacía años o en la titularidad de unos bienes que no correspondían a los sujetos pasivos gravados por el impuesto. En consecuencia, procede declarar la nulidad de pleno derecho de los referidos actos.

↻ *Dictamen 1106/2023, de 19 de marzo.*

7.2.4 **Prescindir total y absolutamente del procedimiento**

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

En relación con el procedimiento de elaboración seguido por el proyecto, varias de las entidades que han formulado alegaciones ante este Consejo han argumentado que el trámite de informe del Consejo Nacional del Agua se vio afectado por irregularidades procedimentales que –a juicio de alguna de ellas– podría ser incluso determinante de la nulidad de pleno derecho de la emisión de dicho informe preceptivo, por haberse vulnerado una regla esencial en la formación de la voluntad de un órgano colegiado (artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). En concreto, señalan que el texto que se sometió a informe y se votó en la reunión del Consejo Nacional del Agua de 29 de noviembre de 2022, no coincidía con el texto sobre el que versa el informe favorable que obra en el expediente. Particularmente, se refieren a la redacción de la disposición adicional novena, que trata de un extremo de gran relevancia: la coordinación de los planes hidrológicos relacionados con el trasvase por el acueducto Tajo-Segura.

[…]

De la lectura del expediente remitido al Consejo de Estado se desprende que, en efecto, el debate y la votación en el Consejo Nacional del Agua no se desarrollaron con la claridad y la transparencia con las que debieran haber transcurrido. Ello se infiere, sobre todo, de las explicaciones de voto que se adjuntan al informe del Consejo Nacional del Agua. En varias de ellas se pone de relieve que existió cierta confusión acerca de si el texto de la disposición adicional novena que se votaba era el original o el propuesto *in voce* por el secretario de Estado de Medio Ambiente, por lo que algunos de los votos se emitieron condicionadamente a que la redacción fuera una u otra.

A juicio de este Consejo, habría sido deseable que la votación en el seno del Consejo Nacional del Agua se hubiera producido sobre una propuesta clara y concreta del texto del proyecto, preferentemente por escrito y de modo especial en relación con un aspecto tan relevante como el tratado en la disposición adicional novena, que afecta a varias cuencas hidrográficas y del que se derivan notables efectos socioeconómicos y medioambientales.

Con todo, el Consejo de Estado no considera que en el trámite de informe que se examina se haya incurrido en una vulneración de la formación de la voluntad del órgano colegiado determinante de una nulidad de pleno derecho. De la

documentación obrante en el expediente –en el que no figura ningún acta de la sesión celebrada, sino tan solo el informe emitido– no es posible conocer si lo que efectivamente se debatió y votó en el pleno del Consejo Nacional del Agua el día 29 de noviembre de 2022 fue el texto que se había remitido inicialmente a sus miembros o la modificación que propuso el secretario de Estado. Sin embargo, lo que sí se sigue del expediente es que ese debate permitió conocer perfectamente las posiciones de cada uno de los vocales del mencionado órgano consultivo en relación con la cuestión controvertida (en cualquiera de las dos redacciones planteadas). Estas posiciones han quedado cumplidamente reflejadas tanto en las explicaciones de voto como en el anexo III de la memoria (en el que se analiza y da respuesta a cada una de las observaciones formuladas por los distintos vocales del Consejo Nacional del Agua). Por otro lado, incluso si el sentido del voto de las entidades que se oponen a la redacción modificada de la disposición adicional novena hubiera sido contrario al proyecto, este habría obtenido igualmente una mayoría de votos a favor, con lo que el sentido del informe del Consejo Nacional del Agua habría sido igualmente favorable.

Así las cosas –y aunque, ha de insistirse, el debate y la votación debieron ofrecer mayor certidumbre–, considera el Consejo de Estado que la opinión del Consejo Nacional del Agua ha sido válidamente formulada a los efectos de integrar el ejercicio de una función de participación y consulta que el ordenamiento le encomienda, con carácter preceptivo, en el procedimiento de elaboración del proyecto de Real Decreto que se dictamina. Por lo demás, cabe recordar que el informe de este órgano no es vinculante para el Gobierno, a quien corresponde la decisión última sobre la redacción de la disposición adicional novena a la que se viene haciendo referencia.

↻ *Dictamen 2051/2022, de 19 de enero de 2023.*

Nulidad de pleno derecho formulada por don …, respecto de la liquidación de fecha 20 de abril de 2016 practicada por la Dependencia de Asistencia y Servicios Tributarios de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT por el IVA, periodo enero 2016.

Por lo que se refiere concretamente a la utilización del procedimiento de verificación de datos en lugar del procedimiento de comprobación limitada, el Consejo de Estado ha venido considerando que, con carácter general, se trata de una cuestión de mera anulabilidad y que, por tanto, debe hacerse valer en la vía ordinaria de recurso (entre otros, dictámenes números 1.137/2013, de 17 de septiembre de 2014; 1.141/2013, de 10 de abril de 2014, y 331/2016, de 5 de mayo). Sin embargo, ha de hacerse notar que en recientes pronunciamientos (sentencias 1128/2018, de 2 de julio, 1645/2019, de 28 noviembre, 151/2020, de 6 febrero, y 487/2020, de 19 de mayo –algunas de ellas invocadas expresamente por la solicitante) la Sala de lo Contencioso-Administrativo

del Tribunal Supremo ha declarado que la utilización de un procedimiento de verificación de datos, cuando debió ser uno de comprobación limitada, puede constituir un supuesto de nulidad de pleno derecho.

En particular, se considera que la verificación de datos se agota en el mero control de carácter formal de la autoliquidación, siendo únicamente procedente en los supuestos numerus clausus que establecen los artículos 131 y siguientes de la Ley General Tributaria y no pudiendo estar referida en ningún caso a cuestiones jurídicas de especial complejidad ni afectar a determinadas partidas de las autoliquidaciones (ganancias patrimoniales, actividades económicas). Además, el Tribunal Supremo pone el acento en la merma de garantías y derechos para el administrado que puede suponer una utilización indebida del procedimiento de verificación de datos, en la medida en que dicho procedimiento no impide la posterior comprobación (artículo 133.2), a diferencia de lo que sucede con la comprobación limitada, en relación con la cual la Administración no podrá, como regla general, efectuar una nueva regularización con el mismo objeto (artículo 140.1 de la Ley General Tributaria).

↻ *Dictamen 445/2023, de 14 de septiembre.*
↻ *Ver también dictamen 156/2023, de 23 de marzo.*

Expediente instruido por la Junta Vecinal de Rudagüera (Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo) relativo a «declaración de nulidad de oficio del acto firme por la Junta Vecinal de Rudagüera adoptado con fecha 30 de octubre de 2019».

Sin embargo, en el caso sometido a consulta, la cesión del terreno, que es un bien inmueble de naturaleza patrimonial –aunque luego pudiera devenir demanial a consecuencia de su destino a un vial público– se llevó a cabo sin procedimiento alguno, con carácter gratuito y sin plazo de tiempo, incumpliendo todas las exigencias legales. Esto permite apreciar que existe una omisión de procedimiento que resulta clara, manifiesta y ostensible según es exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, la sentencia de 7 de diciembre de 2012, n.º de recurso 1966/2011, siguiendo la doctrina de anteriores sentencias de 30 de abril de 1965, 22 de abril de 1967, 19 de octubre de 1971, 15 de octubre de 1997 y 30 de abril de 1998).

En estas circunstancias, las irregularidades en la adopción del acuerdo de cesión del terreno en favor de la señora… alcanzan en su conjunto la entidad suficiente como para que resulte subsumible en el supuesto del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, en cuya virtud son nulos de pleno derecho los actos administrativos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

↻ *Dictamen 1025/2023, de 28 de septiembre.*

Nulidad de pleno derecho formulada por el Ayuntamiento de Teguise, del acuerdo de 18 de junio de 2013 de la Gerencia Regional del Catastro de Las Palmas.

(…) la tantas veces citada resolución de 28 de junio de 2013 ha incumplido todas las previsiones procedimentales señaladas. Así, el Sr. (…) no aportó junto con su solicitud la documentación establecida expresamente en el artículo 3.3 de la Orden EHA/3482/2006. De hecho, su solicitud no está basada en ningún documento que acredite la realidad física de la finca en cuestión. (…)

De forma adicional, la tramitación prescindió total y absolutamente de las previsiones del convenio de colaboración suscrito entre el Ayuntamiento de Teguise y la Dirección General del Catastro. Tampoco se llevó a cabo ningún trabajo de campo para la comprobación de la realidad física subyacente. Al contrario, la Gerencia Regional del Catastro de Las Palmas de Gran Canaria acordó inscribir la alteración catastral solicitada con base únicamente en la escritura de compraventa otorgada el 10 de enero de 2011. Con fundamento exclusivo en dicha escritura, el Sr. (…) pretendió acreditar su adquisición y la existencia de la señalada finca. Pero no obra en el expediente administrativo ninguna prueba de la existencia en la realidad física de esa finca, ni tampoco el título originario de su adquisición (…).

En consecuencia, por las razones expuestas, procede declarar la nulidad de pleno derecho del acuerdo de la Gerencia Regional del Catastro de Las Palmas, de fecha 28 de junio de 2013, con fundamento en la causa prevista en la letra e) del artículo 217.1 de la Ley General Tributaria, en la medida en que se ha producido una creación de una nueva finca catastral prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

↻ *Dictamen 904/2023, de 25 de octubre.*

7.2.5 **Carecer de requisitos esenciales**

Revisión de oficio número …, incoada de oficio por la Administración, con el fin de declarar la nulidad de pleno derecho parcial de la Orden de 14 de diciembre de 2021, del Ministerio de Universidades, por la que se concedieron los Premios Nacionales de Fin de Carrera de Educación Universitaria, destinados a quienes hubieran concluido los estudios en el curso académico 2016-2017, respecto de la concesión de un tercer premio en la rama de Artes y Humanidades a doña …, así como de las actuaciones administrativas subsiguientes en relación con la concesión del aludido tercer premio.

Para apreciar la concurrencia de este motivo, se exige el cumplimiento de unos requisitos específicos que van más allá de la producción de cualesquiera infracciones al ordenamiento jurídico (entre otros, dictámenes números 1.275/2008, de 25 de septiembre, y 840/2014, de 23 de octubre) y que usualmente se detienen en la diferencia entre «requisitos necesarios» y «esenciales», sin que todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merezcan el calificativo de «esenciales» (dictamen número 219/2013, de 18 de abril).

Como indica el dictamen número 809/2021, de 9 de diciembre, tal esencialidad debe quedar reservada, por tanto, para los requisitos de carácter principal, esto es, para los básicos o más importantes, como aquellos que determinan, en sentido estricto, la adquisición del derecho o facultad de que se trate; o, dicho en otros términos, la nulidad puede apreciarse cuando la adquisición de la facultad o derecho en cuestión se haya producido «cuando se carece totalmente de forma notoria, de uno de los presupuestos esenciales para su adquisición» (dictámenes números 2.047/97, de 5 de junio, 2.664/2000, de 28 de septiembre, o, más recientemente, 655/2016, de 22 de septiembre, entre otros muchos).

[…]

Como se apunta en otros dictámenes, «la esencialidad concurre en aquel requisito que objetivamente el interesado no puede llegar a cumplir en ningún momento, por tratarse de un hecho acontecido invariable que elimina cualquier posibilidad de subsanación, y que no precisa, para constatar su carencia, de la interpretación de norma jurídica alguna» (dictámenes números 1.511/2011, de 13 de octubre, o 212/2020, de 18 de junio, entre otros). Por ello cabe diferenciar entre los requisitos verdaderamente esenciales y aquellos otros requisitos, subjetivos u objetivos, simplemente necesarios para adquirir facultades o derechos, a fin de constreñir la aplicación del artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015 a aquellos supuestos en los que se ha producido una ausencia patente de un presupuesto esencial que evidencia una situación que provoque la nulidad de pleno derecho del acto administrativo que se pretenda revisar (dictamen número 598/2020, de 10 de diciembre).

Si se acude al clausulado de la Orden de 9 de julio de 2021 del Ministerio de Universidades por la que se convocan los Premios Nacionales de Fin de Carrera de Educación Universitaria destinados a quienes hayan concluido los estudios en el curso académico 2016-2017, se aprecia que la Sra. … reunía todos y cada uno de los requisitos que se exigían para poder participar en la convocatoria y, en su caso, resultar premiada, como lo fue en primera instancia.

[…]

(…) si la Sra. … hubo o no de ser premiada es una cuestión que radica en la existencia de un error en la puntuación de la interesada, habiendo entendido el Consejo de Estado que ese tipo de errores no son en sí mismos constitutivos de una infracción del ordenamiento jurídico de tal entidad que permita acudir a la

excepcional vía de la revisión de oficio para corregir la situación derivada de dicho error (dictamen número 19/2016, de 7 de abril).

[…]

Por los motivos expuestos, considera el Consejo de Estado que no concurre en el presente caso la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.f) en la Orden de 14 de diciembre de 2021, en lo que se refiere a la inclusión entre los premiados de la Sra. …, pues esta reunía los requisitos para ser premiada y de hecho lo fue por la inadecuada actividad de la Administración actuante.

En esta situación, de conformidad con lo previsto en los artículos 48 y 107 de la Ley 39/2015, procedería que la Administración declarase la lesividad de la Orden de 14 de diciembre de 2021, para su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, con el objeto de suprimir la inclusión de la Sra. … del listado de premiados e incluir en su lugar al Sr. …, por haber obtenido este mejor puntuación que aquella.

↻ *Dictamen 255/2023, de 6 de julio.*

Nulidad de pleno derecho formulada por don … respecto del acta con acuerdo con número de referencia … relativa al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas de los periodos 2011 a 2014, incoada por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

(…) este Consejo de Estado ha reiterado que el presupuesto esencial para que pueda concurrir esta causa de nulidad es que el acto controvertido sea un acto favorable para el administrado, esto es, un acto que determine el nacimiento de derechos o facultades en el particular y no, por tanto, un acto de gravamen para él del que resulten derechos o facultades para la Administración o para un tercero.

Es evidente, pues, que el supuesto ahora examinado no puede encuadrarse en este motivo de nulidad, habida cuenta de que la liquidación cuya declaración de nulidad se suscita no encaja en la categoría de actos que determinan el nacimiento de derechos o facultades en favor de los administrados, lo que impide declarar esta última causa de nulidad de pleno derecho.

Por todo ello, tampoco por esta causa procede declarar la nulidad de pleno derecho del acta tributaria y la liquidación practicada con fundamento en el artículo 217.1. f) de la Ley General Tributaria.

↻ *Dictamen 1014/2023, de 23 de noviembre.*

↻ *Ver también dictamen 1218/2023, de 30 de noviembre.*

8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

8.1 CUESTIONES GENERALES

Responsabilidad patrimonial formulada por don …, como consecuencia de las actuaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

(…) en modo alguno existe una obligación general, para los órganos de la Administración General del Estado que tengan su sede en un territorio autonómico con lengua cooficial, de tramitar los procedimientos en la lengua autonómica correspondiente.

El problema del uso de la lengua castellana o autonómica en el procedimiento administrativo debe resolverse desde la perspectiva de la efectividad de las garantías del ciudadano frente a la Administración y de la categórica proscripción de la indefensión contenida en el artículo 24 de la Constitución. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que la utilización de una lengua autonómica en el procedimiento podría, en su caso, originar la indefensión de un interesado si este desconociese dicha lengua y no se procediese a la traducción al castellano de los documentos obrantes en el expediente. Ahora bien, el problema no es planteable a la inversa: el no uso de una lengua autonómica (en este caso, el gallego) no puede dar lugar a indefensión, ya que, según el artículo 3 de la Constitución, «el castellano es la lengua española oficial del Estado» y «todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla». Por tanto, puesto que el reclamante tiene el deber constitucional de conocer el castellano, no puede alegar que lo desconoce y que este desconocimiento le ha impedido comprender el contenido de las actuaciones. Por lo mismo, es claro que no concurre en el presente caso un daño antijurídico que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar».

↻ *Dictamen 402/2023, de 6 de julio.*

8.2 ÓRGANOS Y COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Proyecto de Real Decreto por el que se establecen limitaciones a la navegación marítima, para la protección y recuperación del Mar Menor.

En el derecho de la organización, se distingue con nitidez entre funciones y competencia. Las primeras hacen referencia a la atribución a favor de uno o más órganos de determinadas facultades en relación con una materia. Se refiere a un poder genéricamente considerado atinente a una rama de actividad, distinto del atribuido a otros órganos; en este caso, la marina mercante. La competencia, por el contrario, está referida a la emanación de actos, al haz de facultades, poderes y atribuciones que corresponden a un órgano concreto en relación con los demás. O, en otros términos, la facultad irrenunciable de emanar actos jurídicos atribuida por la norma a un órgano administrativo en una concreta materia. La función es el poder genérico y la competencia, la medida de la función.

Dictamen 763/2023, de 14 de diciembre.

8.3 RELACIÓN ELECTRÓNICA CON LA ADMINISTRACIÓN

Proyecto de Real Decreto por el que se modifican el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, y el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, en materia de administración electrónica.

La primera de las innovaciones sustanciales que pretende introducir la norma sometida a consulta es la ampliación de los sujetos que tienen la obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas, en este caso concreto, con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

[…]

De lo expuesto hasta ahora se desprende que, según la doctrina del Tribunal Supremo, existen dos limitaciones para el desarrollo normativo del citado artículo 14 de la Ley 39/2015.

En primer lugar, el rango, la imposición de la obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas debe llevarse a cabo, inicialmente, mediante un real decreto, aunque en abstracto pueda serlo en algunos casos por

orden ministerial. La necesidad de audiencias en la tramitación y el dictamen del Consejo de Estado son algunas de las razones, como se verá.

En segundo lugar, el contenido: «de esta interpretación conjunta resulta indispensable que la disposición reglamentaria recurrida hubiera establecido las características y condiciones de determinados colectivos de personas físicas que, como establece el art. 14.3 LPAC, «[…] por su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos […]» deban relacionarse obligatoriamente por medios electrónicos con la Administración, delimitando así los supuestos y condiciones del alcance de esa obligación», es decir, «determinar los supuestos y condiciones de presentación de las declaraciones por medios electrónicos o telemáticos no significa que la ley autorice a la norma reglamentaria a dejar sin efecto el derecho, que es lo que hace la Orden HAC/277/2019, sino que requiere identificar qué características o circunstancias concurren en determinados obligados tributarios, que les diferencien del conjunto de los obligados tributarios –para los que relacionarse electrónicamente es un derecho– y que justifican la pertinencia de imponerles la obligación de relacionarse necesariamente de forma electrónica, en lugar del derecho, ejercitable o no, a hacerlo en esta forma».

En semejante sentido cabe la cita de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de febrero de 2021 *(Stichting Landgoed Steenbergen y otros vs. Holanda*) donde se trata de la posibilidad de usar exclusivamente medios electrónicos para la publicidad de determinadas actuaciones y decisiones administrativas.

[…]

Por su parte el Consejo de Estado ha analizado los límites de la posibilidad de imponer esta obligación a los ciudadanos. Así, en el dictamen número 137/2019 (…).

Pero manifestaba mayores dudas en el dictamen número 1.152/2021 (…). En este caso se trataba de imponer la obligación de tramitación electrónica exclusivamente para los interesados que soliciten el reconocimiento de cualificaciones de titulaciones universitarias (…). Señalaba el Consejo: «(…). La expresión «colectivos de personas físicas» que emplean la Ley 39/2015 y el citado Reglamento de 2021 presenta contornos difusos que no siempre permiten delimitar con claridad el ámbito subjetivo sobre el que pueden proyectarse las reglas de habilitación que contienen. En esa delimitación ha de tenerse en cuenta siempre la denominada brecha digital, que existe antes por razones de edad que por cuestiones de titulación y formación académica o profesional. En cualquier caso, el Consejo de Estado, por razón de las condiciones específicas que concurren en las personas a las que se dirige el régimen de reconocimiento de cualificaciones profesionales, considera que el régimen contenido en los indicados apartados del artículo único del Proyecto puede encontrar cobertura en los citados preceptos legales». (…)

Por lo expuesto, el Consejo de Estado estima que el proyectado contenido del nuevo artículo 14.ter no se acomoda al grupo normativo vigente, ya que no especifica las razones por las que se obligará a determinadas personas físicas a relacionarse electrónicamente con la Administración, ni alcanza a determinar si tienen a su alcance los medios necesarios, como ordenadores y conexiones a la red. Se ha de tener en cuenta, por otra parte, que las normas que se pretenden modificar se refieren a inspecciones, infracciones y sanciones, es decir, a actos administrativos que, en principio, son desfavorables (…).

[…]

En el ámbito de la Administración electrónica la Ley de Procedimiento Administrativo Común ha previsto que la representación de los interesados ante las Administraciones públicas pueda acreditarse mediante su inscripción en un registro de apoderamientos (…).

[…]

En este dictamen el Consejo de Estado ha señalado que la posibilidad de obligar al ciudadano a relacionarse electrónicamente con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe circunscribirse a esta Administración, sin que sea posible ampliarla a otras Administraciones o dependencias en una norma como la sometida a consulta. Con la misma lógica se ha de comprender que los apoderamientos inscritos en el Registro de Apoderamientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social habilitan para actuar ante esta Inspección, sin que sea posible ampliar su ámbito a otras Administraciones, como podrían ser las de las comunidades autónomas o cualquier otra.

Esta argumentación jurídica queda avalada por razones de eficiencia (…). Precisamente por esa razón estima el Consejo de Estado que esta posibilidad de adhesión a los sistemas creados por la Administración General del Estado está prevista para simplificar los trámites y contener el gasto.

Por decirlo de otro modo, ya existe un Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado (…).

Entiende el Consejo de Estado, por estas razones, que resulta más eficiente la utilización de los recursos ya disponibles que la creación de nuevos servicios. Pero, en todo caso, ha de quedar explicitado en el proyecto de Real Decreto sometido a consulta que la posibilidad de inscribir apoderamientos en el nuevo Registro Electrónico de Apoderamientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha de limitarse a aquellos poderes que permitan actuar ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

↻ *Dictamen 1027/2023, de 5 de octubre.*

Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan reglamentariamente, la composición y el funcionamiento de la sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

El empleo del término «excepcionalmente» no se considera correcto (…)

El alcance de esta previsión [la del artículo 14.3 de la Ley 39/2015] ha sido analizado por extenso por el Consejo de Estado en el dictamen número 1.027/2023, pudiendo sintetizarse el examen allí realizado indicando que el derecho regulado en el artículo 14.1 de la Ley 39/2015 puede ser excepcionado por norma reglamentaria para determinados procedimientos y colectivos de personas físicas, imponiéndoles por tanto el deber de relacionarse por medios electrónicos, si bien corresponde a la Administración pública competente fijar «los supuestos y condiciones que justifiquen, en atención a razones de capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos, que se imponga tal obligación, que constituye una excepción al derecho de los ciudadanos a ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento» (sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 11 de julio de 2023).

Como puede comprobarse, el Tribunal Supremo impone ese deber de justificación a la Administración pública, sin que pueda apreciarse en el caso del Proyecto que la identificación de un colectivo como «las personas físicas titulares de derechos de propiedad intelectual, o las que tengan encomendada la representación de estas» sea suficiente para considerar acreditado que todos ellos, por esa misma condición, tengan acceso y disponibilidad de los medios adecuados para relacionarse de modo electrónico con la Sección Segunda.

↻ *Dictamen 1093/2023, de 5 de octubre.*

8.4 PLAZOS DE TRAMITACIÓN

Revisión de oficio iniciada por don .., en nombre y representación de …, por el que se solicita la declaración de nulidad de la Resolución del Secretario de Estado de Seguridad de 21 de enero de 2021.

(…) el procedimiento sancionador ha sido resuelto y notificado en el plazo de tres meses al que se refiere el artículo 21.3 de la Ley 39/2015. Iniciado el 23 de octubre de 2020, la resolución sancionadora se puso a disposición de la mercantil interesada el día 22 de enero. Dicha puesta a disposición basta para entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, de conformidad con el artículo 43.3 de la Ley 39/2015 y tal y como ha recordado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 10 de noviembre de 2021 (rec. núm. 4886/2020), que fija como doctrina esencial que, en las notificaciones practicadas a través de medios electrónicos, la obligación de la Administración de notificar dentro del

plazo máximo de duración del procedimiento se entenderá cumplida con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única (fundamento jurídico quinto).

↻ *Dictamen 1763/2022, de 26 de enero de 2023.*

Caducidad de la concesión otorgada, por Orden Ministerial de 12 de abril de 2007, al amparo de lo establecido en la disposición transitoria primera de la ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y concordantes del Reglamento, en relación con los terrenos e instalaciones del Hotel Riu Tres Islas, sito en la Avenida de las Grandes Playas de Corralejo, que forman parte de las fincas inscritas con los números 2.663 y 2.555 en el Registro de la Propiedad n.° 1 de Puerto del Rosario, incluidos en el dominio público marítimo-terrestre por el deslinde aprobado por Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992, en el término municipal de la Oliva (Fuerteventura).

Ello quiere decir que el plazo máximo legalmente establecido ha estado suspendido entre el 11 de enero de 2023 –fecha en la que el expediente fue registrado de entrada en este Alto Cuerpo Consultivo, cuando ya habían transcurrido diecisiete meses y nueve días desde su incoación (antecedente décimo)– y el 23 de febrero de 2023 –fecha en la que la Presidenta de este Consejo acordó su devolución a la autoridad consultante, como consecuencia de la petición de retirada de la consulta de esta (antecedente decimoprimero)–. En ese momento, el cómputo del plazo máximo legalmente establecido se reinició, puesto que se había retirado la petición de informe que había justificado la suspensión. La remisión del expediente al Consejo de Estado por segunda vez, tras la sustanciación de diversos trámites, no ha dado lugar a la reviviscencia de la suspensión acordada en diciembre de 2022, como parece entender la orden firmada por la ministra para Transición Ecológica y el Reto Demográfico, toda vez que dicha remisión ha canalizado una petición de informe distinta, que hubiese precisado un nuevo acuerdo de suspensión amparado en el artículo 22.1.d) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

↻ *Dictamen 234/2023, de 20 de abril.*

8.5 SILENCIO ADMINISTRATIVO

Proyecto de Real Decreto sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

El artículo 40.1 in fine del proyecto establece un procedimiento de comunicación con reserva de oposición, es decir, la entidad debe comunicar a la CNMV que va a llevar a cabo una modificación relevante en las actividades autorizadas y dicho organismo se puede oponer en el plazo de un mes, añadiendo: «Transcurrido el plazo para la resolución sin pronunciamiento expreso por parte de la CNMV, se entenderá que esta opone la modificación.

La solución consagrada por el proyecto de Real Decreto podría sencillamente sintetizarse así: «si no hay oposición en plazo, se entiende que hay oposición». (…). No cabe duda de que el artículo 40.1 in fine del proyecto de Real Decreto estaría consagrando un silencio administrativo negativo que es contrario a la regla general del silencio administrativo positivo del artículo 24.1 de la Ley 39/2015 y no tiene amparo en ninguna de las posibles excepciones a dicha regla, pues ni el derecho de la Unión Europea ni la LMVSI prevén un silencio administrativo negativo en este caso.

[…]

A juicio del Consejo de Estado, el procedimiento de autorización para la aplicación del régimen prudencial de las entidades de crédito a las empresas de servicios de inversión en modo alguno implica una «transferencia de facultades relativas al servicio público» y, por tal razón, no cabe invocar esta circunstancia para justificar la consagración de un silencio administrativo negativo por vía reglamentaria.

En consecuencia, el silencio administrativo negativo establecido en el artículo 65 del proyecto de Real Decreto carece de cobertura legal.

↻ *Dictamen 1221/2023, de 2 de noviembre.*

↻ *Ver también dictamen 1222/2023, de 2 de noviembre.*

8.6 FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don …, contra la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por los daños y perjuicios ocasionados en el cultivo de ajos de su propiedad, sita en el polígono …, del paraje Las Palomas, en el término municipal de Chauchina (Granada), contigua al río Genil, la cual se encuentra arrendada y como consecuencia, presuntamente, de la rotura, ocurrida el 29 de mayo de 2021, de una tubería que atraviesa dicha parcela de este a oeste, titularidad de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, y que fue instalada como consecuencia de las obras 393-GR Canal de Cubillas trozo III Pieza 1 a Chauchina, que ocasionó la inundación de la finca con el consiguiente enlodamiento y arrastre de ajos, daños por los que solicita una indemnización por importe de 55.012,48 euros.

Se ha de tener presente que la eventual pendencia de un proceso contencioso-administrativo sobre esta cuestión –como se ha relatado en el antecedente cuarto del presente dictamen, el 12 de mayo de 2022 el Sr. … comunicó al órgano instructor que había recurrido la desestimación presunta de su solicitud indemnizatoria– no es óbice para resolver el expediente, toda vez que los artículos 21.1 y 24.3.b) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas imponen a la Administración la obligación de resolver expresamente todo procedimiento, sin vinculación alguna respecto al sentido del silencio administrativo cuando este es negativo. Sin perjuicio de lo anterior, para no quebrar el principio de cosa juzgada, antes de adoptar la resolución, la Administración tendrá que comprobar que no ha recaído sentencia definitiva en el proceso contencioso-administrativo promovido por el interesado. Y, en su caso, una vez dictada aquella, comunicarla al representante procesal de la Administración para que sea conocida por el órgano jurisdiccional ante el que se esté sustanciando el mencionado proceso.

↻ *Dictamen 1269/2023, de 14 de diciembre.*

9. REVISIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA

9.1 REVISIÓN DE OFICIO

9.1.1 **Cuestiones generales**

Revisión de oficio iniciada por don …, en nombre y representación de …, por la que se solicita la declaración de nulidad de la Resolución del Secretario de Estado de Seguridad de 21 de enero de 2021.

Entrando en el fondo de la revisión de oficio planteada, cumple decir, en primer lugar y reiterando una tradicional doctrina del Consejo de Estado, que dicha revisión de oficio de los actos administrativos constituye un cauce de utilización ciertamente excepcional y de carácter limitado, comportando que –sin mediar una decisión jurisdiccional– la Administración pueda volver sobre sus propios actos, dejándolos sin efecto.

De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado una causa de nulidad de pleno derecho de las legalmente previstas. Por este motivo, en un procedimiento de revisión de oficio únicamente es posible examinar aquellas circunstancias que pudieran constituir alguna de las circunstancias previstas en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, no al resto de cuestiones que pudieran haber sido alegadas por el interesado.

↻ *Dictamen 1763/2022, de 26 de enero de 2023.*

Nulidad del artículo 16. II y 25 del Acuerdo Regulador y los 16. I y 25 del Convenio Colectivo, de la Condiciones de Trabajo de todo el personal funcionario/laboral de la ciudad de Ceuta referido a los premios de jubilación.

II. La institución de la revisión de oficio se regula en el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, diferenciando entre la declaración de nulidad de actos administrativos (apartado 1) y la de disposiciones administrativas de carácter general (apartado 2).

Este último supuesto es en el que tiene encaje el procedimiento que ahora se informa y cuyo objeto se contrae, por tanto, a valorar el concurso de los requisitos que la ley exige en el apartado 2 del artículo 47, que establece que «también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

[…]

III. Delimitada así la legislación aplicable (…) procede ahora determinar la naturaleza jurídica de las disposiciones cuya revisión de oficio se pretende y si son susceptibles de tal cosa.

Esta cuestión se plantea en la medida en la que la iniciativa que aquí se articula pretende la revisión de oficio de cuatro preceptos diversos: los artículos 16. II y 25 del Acuerdo Regulador y los artículos 16. I y 25 del Convenio Colectivo de los Funcionarios y Personal Laboral de la ciudad de Ceuta, aprobado por el Pleno de la Asamblea el 21 de febrero de 2005 (…). Se trata de un documento único, objeto de aprobación conjunta, pero con un ámbito de aplicación diverso, diferenciando entre el personal funcionario (Acuerdo Regulador) y el laboral (Convenio Colectivo).

[…]

Este distinto ámbito de aplicación sustantivo deriva de la distinta naturaleza jurídica de la vinculación del personal funcionario y laboral, así como del distinto régimen jurídico que a cada uno corresponde. El personal funcionario se disciplina por un régimen jurídico estatutario, mientras que el personal laboral es objeto de un régimen jurídico legal, circunstancias estas que se evidencian en la distinta naturaleza de los instrumentos normativos que reglamentan las condiciones de trabajo de unos y otros, empero su aprobación conjunta.

[…]

En definitiva, empero el tratamiento conjunto de la negociación colectiva de trabajadores y funcionarios, su naturaleza jurídica es diversa y ello determina que, sin perjuicio de su aprobación conjunta, no son instrumentos idénticos, y su declaración de nulidad no puede articularse por la Administración pública en los mismos términos.

Mientras que el Acuerdo Regulador sí reviste el carácter de disposición administrativa a los efectos de su eventual revisión de oficio, el Convenio Colectivo del personal al servicio de la Administración de Ceuta tiene también carácter normativo, pero resulta indisponible para la Administración pública contratante, de manera que ante una eventual ilegalidad es preciso acudir a los mecanismos previstos en la legislación laboral.

↻ *Dictamen 1896/2022, de 9 de febrero de 2023.*

Expediente instruido por la Junta Vecinal de Rudagüera (Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo) relativo a «declaración de nulidad de oficio del acto firme por la Junta Vecinal de Rudagüera adoptado con fecha 30 de octubre de 2019».

Aunque en un principio la potestad de revisión de oficio solo se atribuye por el artículo 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a las Administraciones públicas territoriales, esta legislación básica permite que las comunidades autónomas puedan atribuir estas potestades a las entidades territoriales de ámbito inferior al municipal.

Así lo ha hecho la Comunidad Autónoma de Cantabria mediante la Ley 3/2022, de 14 de junio, de Entidades Locales Menores (…).

Como ya ha señalado el Consejo de Estado en ocasiones anteriores (entre otros los dictámenes números 812/2008, de 12 de junio; y 1.106/2019, de 5 de marzo de 2020), no cabe duda de que las juntas vecinales, en cuanto entidad de ámbito territorial inferior al municipio, pueden instar la revisión de oficio de sus actos y acuerdos, siendo competente a estos efectos su órgano plenario.

↻ *Dictamen 1025/2023, de 28 de septiembre.*

Revisión de oficio, iniciada a instancia de don …, en la que se propone que no procede revisar de oficio el acuerdo de inicio de fecha 2 de diciembre de 2021 de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana.

El desistimiento o renuncia a que se refiere el artículo 85.3 de la Ley 39/2015 no se extiende a las acciones en vía judicial, sin perjuicio de la necesidad de aportar en esos casos una «sólida explicación» en los términos antes expuestos. En cambio, se extiende a «cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción», por lo que no se ciñe exclusivamente a los recursos administrativos regulados en los artículos 112 y siguientes de la Ley 39/2015, sino que abarca otras acciones en vía administrativa, entre las que se cuenta la acción de nulidad que resulta del artículo 106.1.

A ello hay que sumarle la configuración excepcional y restrictiva de la revisión de oficio en nuestro ordenamiento jurídico que, como viene señalando el Consejo de Estado «por su propio perfil institucional, no puede ser utilizada como una vía subsidiaria a la de los recursos administrativos ordinarios alegando los mismos vicios que hubieran podido ser enjuiciados en tales recursos» (por todos, el dictamen número 1.463/2022, de 20 de octubre). Siguiendo esta lógica, la revisión de oficio, so pena de su desnaturalización, tampoco debe ser empleada como una vía subsidiaria o alternativa a la tramitación de un procedimiento sancionador con todas las garantías, como puso de manifiesto el informe de la secretaria gene-

ral de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana citado en el antecedente cuarto, señalando que, en su seno, el interesado podría haber formulado las alegaciones que estimase oportunas y aportado pruebas que sustentasen la nueva versión de los hechos que ofrece en su solicitud de revisión de oficio. Es más, podría también haber acudido a la vía contencioso-administrativa como se ha indicado y como prevé expresamente el artículo 54 de la LO 4/2015.

Admitir lo contrario, esto es, la posibilidad de que el pago reducido de una multa permita eludir el procedimiento sancionador y obviar los recursos administrativos y contenciosos, para acudir directamente a la revisión de oficio, supondría, no solo asumir la reviviscencia del viejo principio *solve et repete* en línea con lo advertido por la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2022 antes citada, sino dar cauce a un uso del instituto de la revisión de oficio que, si no abiertamente fraudulento, es cuanto menos un uso no previsto ni querido por el ordenamiento jurídico. Estos argumentos ya serían base suficiente para considerar que no procede acudir al instituto de la revisión de oficio ni declarar la nulidad de pleno derecho que solicita el interesado quien, en definitiva, estaría utilizando esta vía para hacer valer los medios de defensa y garantías que renunció a ejercer en la forma y los plazos ordinarios previstos en la legislación, pretendiendo hacer un uso que se desvía de la configuración excepcional y la aplicación restrictiva que debe darse a dicho instituto.

- *Dictamen 927/2023, de 5 de octubre.*
- *Ver también dictámenes 929/2023, de19 de octubre y 1352/2023, de 14 diciembre.*

Revisión de oficio en la que se propone la declaración de nulidad de la Resolución de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana, de fecha 18 de mayo de 2018, a solicitud de don …

El servicio instructor, a la vista de las manifestaciones expresadas por el interesado en su escrito de 14 de enero de 2020, decidió recalificar su recurso extraordinario de revisión por una solicitud de revisión de oficio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 115 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

El Consejo de Estado ha sostenido que la recalificación de escritos sin el consentimiento del interesado no es válida, siempre que esta recalificación pueda producir efectos perjudiciales para ellos. Esta doctrina fue sentada en relación con el artículo 110 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, idéntico en su formulación al actual artículo 115 de la Ley 39/2015 (dictámenes números 4/94, de 17 de marzo; 3.176/96, de 10 de octubre; 1.773/2008, de 29 de enero de 2009; 1.004/2017, de 18 de enero de 2018, o 53/2019, de 28 de febrero).

Sin embargo, este no el caso de este expediente, ya que no existen efectos desfavorables para la parte interesada si su pretensión fuera estimada. Considera, por tanto, el Consejo de Estado que procede la recalificación del asunto.

↻ *Dictamen 212/2023, de 30 de marzo.*

9.1.2 **Disposiciones y actos nulos**

9.1.2.1 *Causas*

Revisión de oficio del canje del permiso de conducción de don …, por entender que el mismo está incurso en causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En cuanto al fondo del asunto, la causa de nulidad invocada es la prevista en la letra f) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, que se refiere a los «actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición».

En el presente caso ha quedado acreditado que el interesado carecía de un permiso de conducción válidamente expedido por la República Federal Alemana, puesto que el permiso n.º… cuyo canje por el correspondiente español se solicitó y concedió había sido retirado como consecuencia de la aplicación del sistema de puntos alemán. Resulta evidente, por tanto, que la expedición del permiso de conducción español se hizo sin reunir los requisitos esenciales para ello, tal y como se deriva de los artículos 15 y 18 del Reglamento General de Conductores, aprobado por Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, que exigen que el permiso de conducción no esté restringido, suspendido o retirado.

En consecuencia, tal y como ha señalado el Consejo de Estado con ocasión de los múltiples expedientes similares al ahora consultado que ha dictaminado (entre otros, dictámenes número 403/2016, de 16 de junio, o 268/2008, de 3 de abril), concurre la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, por lo que procede la revisión de oficio del canje del permiso de conducción de D. …

↻ *Dictamen 1918/2022, de 12 de enero de 2023.*

↻ *Ver también dictamen 923/2023, de 14 de septiembre.*

Revisión de oficio del canje del permiso de conducción de don …, por entender que el mismo está incurso en causa de nulidad de pleno

derecho del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En cuanto al fondo del asunto, la causa de nulidad invocada es la prevista en la letra f) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, que se refiere a los «actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición».

En el presente caso ha quedado acreditado que el interesado era titular de un permiso expedido en otro Estado miembro de la Unión Europea que había sido retenido y suspendido. Resulta evidente, por tanto, que la expedición del permiso de conducción español se hizo sin reunir los requisitos esenciales para ello, tal y como se deriva de los artículos 1.4 y 7.1.f) del Reglamento General de Conductores, aprobado por Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, según los cuales, para ser titular de un permiso o una licencia de conducción se requerirá no ser titular de un permiso de conducción expedido en otro Estado miembro de la Unión Europea o en otro Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ni haber sido restringido, suspendido o anulado en otro Estado miembro el permiso de conducción que poseyese.

En consecuencia, tal y como ha señalado el Consejo de Estado con ocasión de los múltiples expedientes similares al ahora consultado que ha dictaminado (entre otros, dictámenes 785/2022 y 1.067/2022, de 14 de julio o 1.615/2022, de 24 de noviembre), concurre la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, por lo que procede la revisión de oficio del canje del permiso de conducción de D. …

↻ *Dictamen 1921/2022, de 12 de enero de 2023.*
↻ *Ver también dictamen 1266/2023, de 16 de noviembre.*

Propuesta de resolución del procedimiento de revisión de oficio del canje del permiso de conducción de … por entender que el mismo está incurso en causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En cuanto al fondo del asunto, las causas de nulidad invocadas son las previstas en las letras e) y f) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, que se refiere a actos «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido» y a los «actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición».

Una vez acreditado que el interesado es súbdito de un país respecto al que ningún convenio de canje de permisos de conducción existe, queda sentado que

no podía accederse al canje por el correspondiente permiso de conducción español. Concuerda con lo anterior el extremo de que no existe ninguna documentación física en el expediente, desprendiéndose de todo lo anterior que presuntamente pudo ser creado electrónicamente de forma falsa por parte de la organización criminal a la que se hace referencia por los informes de la Dirección General de Tráfico.

Del extremo de no existir convenio internacional con la República Islámica de Pakistán se desprende por sí solo que concurre la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1. letras e) y f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Resulta, además, que no se han cumplimentado las exigencias administrativas de todo expediente de canje, no constando documentación del interesado en el expediente electrónico, que resulta ser una mera ficción por no corresponderse con una realidad documental subyacente.

De lo expuesto resulta con claridad que se ha dictado un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico mediante el que, sin mediar tramitación procedimental alguna, se han adquirido facultades o derechos sin reunir los requisitos esenciales para su adquisición, por lo que procede su declaración de nulidad.

↻ *Dictamen 627/2023, de 22 de junio.*

Revisión de oficio del canje del permiso de conducción de doña …, por entender que el mismo está incurso en causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ciertamente el Consejo de Estado ha mantenido que la revisión de oficio es un mecanismo excepcional y que debe hacerse una lectura restrictiva de esta causa de nulidad que se ciña a los requisitos esenciales frente a los necesarios y, por tanto, reservarse para cuando falten los presupuestos más básicos y esenciales de los actos administrativos (así en dictámenes como el número 1.006/2019, de 5 de diciembre, o el número 809/2021, de 9 de diciembre).

No obstante, en el presente caso ha quedado acreditado que la interesada carecía de un permiso de conducción válido expedido por la Confederación Suiza, al haber renunciado a su derecho a conducir. Resulta evidente, por tanto, que la expedición del permiso de conducción español se hizo sin reunir los requisitos esenciales para ello, tal y como se deriva de los artículos 22 y 23 del Reglamento General de Conductores, aprobado por Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, en relación con el Canje de Notas entre el Reino de España y la Confederación Suiza sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Berna los días 29 de junio y 2 de julio de 1998, que exigen que el sujeto sea titular de un permiso de conducción válido y en vigor expedido por uno de esos Estados.

En consecuencia, tal y como ha señalado el Consejo de Estado con ocasión de los múltiples expedientes similares al ahora consultado que ha dictaminado (dictámenes números 475/2017, de 29 de junio; 785/2017, de 21 de septiembre; 921/2017, de 8 de noviembre; o, más recientemente el ya citado dictamen número 1.615/2022, de 24 de noviembre), concurre la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, por lo que procede la revisión de oficio del canje del permiso de conducción de doña …

↻ *Dictamen 800/2023, de 20 de julio.*

Revisión de oficio del acto dictado en el procedimiento de cambio de titularidad y consiguiente expedición del permiso de circulación del vehículo con matrícula … efectuada el 14.06.2016 por la Jefatura Provincial de Tráfico de Cádiz a favor de … por entender que el mismo está incurso en causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En particular, por lo que se refiere a la causa prevista en la letra f) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, el Consejo de Estado ha señalado en distintas ocasiones que la determinación de qué son «requisitos esenciales» a los efectos del referido artículo debe resolverse caso por caso y valorando la entidad de los presupuestos que han necesariamente de concurrir para que se produzca el efecto adquisitivo de que se trate en cada supuesto, teniendo que distinguirse entre los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho y aquellos más principales a los que está reservada la calificación de esencial. Tal operación ha de atender, en suma, a que la adquisición de la facultad o derecho en cuestión se haya producido «cuando se carece totalmente, de forma notoria, de uno de los presupuestos esenciales para su adquisición» (dictámenes números 2.047/97, de 5 de junio; 2.611/99, de 30 de septiembre; 2.664/2000, de 28 de septiembre; 655/2016, de 22 de septiembre; o 775/2022, de 9 de junio entre otros muchos).

Una vez acreditado que el contrato de compraventa por el que adquirió el vehículo cuya titularidad se pretende revisar ha sido resuelto, tal y como estableció la sentencia de 28 de mayo de 2018, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Chiclana, confirmada por la sentencia de 5 de febrero de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz, resulta claro que se ha dictado, en este caso, un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico por el que se han adquirido facultades o derechos sin reunir los requisitos esenciales para su adquisición.

En efecto, se habrían incumplido las exigencias prevenidas en el artículo 32, apartados 1 y 3 del anexo XIV («Cambio de titularidad de los vehículos») del Reglamento General de Vehículos, aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23

de diciembre, que establecen que el adquirente deberá solicitar de la Jefatura Provincial de Tráfico de la provincia de su domicilio legal, dentro del plazo de treinta días desde la adquisición, la renovación del permiso o licencia de circulación, haciendo constar su identidad y domicilio, así como los del transmitente, acompañando documento probatorio de la adquisición y justificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Habiendo sido declarado nulo el documento probatorio de su adquisición, concurre, por lo tanto, la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

↻ *Dictamen 844/2023, de 20 de julio.*

Revisión de oficio del canje del permiso de conducción de don …, por entender que el mismo está incurso en causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En particular, por lo que se refiere a la causa prevista en la letra f) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, el Consejo de Estado ha señalado en distintas ocasiones que la determinación de qué son «requisitos esenciales» a los efectos del referido artículo debe resolverse caso por caso y valorando la entidad de los presupuestos que necesariamente han de concurrir para que se produzca el efecto adquisitivo de que se trate en cada supuesto, teniendo que distinguirse entre los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho y aquellos más principales a los que está reservada la calificación de esencial. Tal operación ha de atender, en suma, a que la adquisición de la facultad o derecho en cuestión se haya producido «cuando se carece totalmente de forma notoria, de uno de los presupuestos esenciales para su adquisición» (dictámenes números 2.047/97, de 5 de junio, 2.611/99, de 30 de septiembre, 2.664/2000, de 28 de septiembre, 655/2016, de 22 de septiembre, o 775/2022, de 9 de junio, entre otros muchos).

Como se afirmaba en el dictamen número 728/2021, ya citado: «A la vista de las peculiaridades del caso, procede plantearse cuál de las causas de nulidad concurre en este procedimiento de revisión de oficio. Si se tratara de declarar la nulidad del acto administrativo por el que se concede el canje del permiso de conducir por razón de la presunta falsedad del documento, no sería posible poner fin al expediente hasta que no exista una sentencia firme que declare, como hecho probado, que en el acto de canje concurrió el vicio al que se refiere el artículo 47.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, es decir, que es un acto constitutivo de infracción penal o ha sido dictado como consecuencia de esta».

No puede la Administración por sí misma declarar que esta infracción penal existe, ya que este pronunciamiento está reservado a los tribunales del orden penal. Así lo refleja el Tribunal Supremo en su sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-

Administrativo de 26 de noviembre de 2008, que se expresa en estos términos, referidos a la norma anteriormente vigente: «Es innegable que la Administración no puede declarar por sí misma que se ha cometido una «infracción penal» de la que derive la aplicación del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 a los efectos de la revisión de oficio. Podrá admitir la solicitud de revisión si, entre otras hipótesis, quien la insta acredita un previo pronunciamiento de la jurisdicción penal a tenor del cual se haya juzgado que el acto administrativo impugnado era delictivo (o que se dictó a consecuencia de un delito). Al ejercer el control jurisdiccional de las decisiones de inadmisión a las que se refiere el artículo 102.3 de la Ley 30/1992 la Sala de instancia tampoco podía en el caso de autos, vistas las circunstancias, sino corroborar la que es objeto de impugnación. Ni siquiera a título prejudicial (lo impide el artículo 4.1 de la Ley Jurisdiccional) un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para declarar en su sentencia, con el carácter propio de este género de resoluciones jurisdiccionales, que se cometió el delito de prevaricación, infracción penal para cuyo castigo es necesario tanto apreciar la concurrencia de los elementos objetivos del tipo como de los subjetivos».

De lo expuesto se desprende que, aunque la incoación del procedimiento de revisión pueda tener justificación suficiente, al igual que la aplicación de la medida cautelar de suspensión de la vigencia del permiso, sería preciso esperar al pronunciamiento de la jurisdicción penal para la declaración de nulidad al amparo de la causa prevista en el artículo 47.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Sin embargo, en el caso sometido a dictamen del Consejo de Estado, la Administración instructora invoca expresamente la aplicación de la causa prevista en el artículo 47.1.f), señalando que el interesado carece de los requisitos esenciales para obtener el canje del permiso. Es oportuno señalar que en el trámite de concesión de audiencia, la Administración ha citado expresamente esta causa y el interesado ha presentado sus alegaciones sobre este concreto motivo.

Así las cosas, y en cuanto al fondo del asunto, se trata de verificar si el interesado logró canjear su permiso de conducción extranjero por uno nacional sin estar en posesión de los documentos que hubieran permitido obtenerlo y los requisitos fijados por las normas. Las autoridades de Marruecos han dejado constancia de que el permiso marroquí del interesado fue obtenido en Béni Mellal-Khénifra y expedido el 26 de enero de 2007. Como quiera que solo resulta posible el canje de los permisos expedidos antes de la aplicación del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, que se instrumentó mediante Canje de Notas de 8 de marzo de 2004 y se aplicó provisionalmente desde el 8 de junio de 2004 (*Boletín Oficial del Estado* n.º 133, de 2 de junio de 2004), de lo expuesto se sigue que el interesado carecía de los requisitos esenciales para obtener el permiso. Un permiso obtenido antes de 2004 le hubiera permitido reunir los requisitos necesarios para el canje, pero, como ha hecho constar la INTERPOL de Marruecos, el permiso marroquí del interesado fue expedido el 26 de enero de 2007.

Una vez acreditado que el interesado logró canjear su permiso de conducción sin reunir los requisitos esenciales para poder obtener este canje, parece claro que se ha dictado un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico por el que se han adquirido facultades o derechos sin reunir el interesado los requisitos esenciales para su adquisición. Concurre, en consecuencia, la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y es procedente la declaración de nulidad del acto administrativo, sin que sea necesario, en este concreto caso, esperar al pronunciamiento de la jurisdicción penal.

Concurre, por lo tanto, la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

↻ *Dictamen 798/2023, de 27 de julio.*

Revisión de oficio del canje del permiso de conducción de don …, por entender que el mismo está incurso en causa de nulidad de pleno derecho, del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En numerosas ocasiones ha recordado el Consejo de Estado que el procedimiento de revisión de oficio «constituye un cauce de utilización ciertamente excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos, dejándolos sin efecto. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella es sólo posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos» (dictamen del Consejo de Estado número 738/2005, de 30 de junio).

Quiere ello decir que no todos los posibles vicios alegables en vía ordinaria de recurso administrativo o contencioso-administrativo son relevantes en sede de revisión de oficio, sino solo los específicamente recogidos en la ley.

En particular, por lo que se refiere a la causa prevista en la letra f) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, el Consejo de Estado ha señalado en distintas ocasiones que la determinación de qué son «requisitos esenciales» a los efectos del referido artículo debe resolverse caso por caso y valorando la entidad de los presupuestos que han necesariamente de concurrir para que se produzca el efecto adquisitivo de que se trate en cada supuesto, teniendo que distinguirse entre los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho y aquellos más principales a los que está reservada la calificación de esencial. Tal operación ha de atender, en suma, a que la adquisición de la facultad o derecho en cuestión se haya producido «cuando se carece totalmente de forma notoria, de uno de los presupuestos esenciales para su adquisición» (dictámenes

números 2.047/97, de 5 de junio, 2.611/99, de 30 de septiembre, 2.664/2000, de 28 de septiembre, 655/2016, de 22 de septiembre, o 775/2022, de 9 de junio, entre otros muchos).

Establece el artículo 61 del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, que la conducción de vehículos a motor y ciclomotores exigirá haber obtenido previamente el preceptivo permiso o licencia de conducción dirigido a verificar que el conductor tenga los requisitos de capacidad, conocimientos y habilidad necesarios para la conducción del vehículo, en los términos que se determinen reglamentariamente. Ello se complementa, en materia de canje con el artículo 21.2 del Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, que exige, entre otros requisitos, que el titular que solicite el canje esté en posesión de un permiso de conducción en vigor.

Como se afirmaba en el citado dictamen número 2/2022: «Una vez acreditado que al interesado se le ha declarado la falsedad de su permiso de conducción en República Dominicana (siendo su validez una exigencia previa a la realización del canje del permiso de conducción), parece claro que se ha dictado, en este caso, un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico por el que se han adquirido facultades o derechos sin reunir los requisitos esenciales para su adquisición».

Concurre, en todo caso, la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

- *Dictamen 761/2023, de 27 de julio.*
- *Ver también dictámenes 1068/2023 de 21 de septiembre, 1143/2023, de 25 de octubre, 1146/2023, de 25 de octubre, 1147/2023, de 8 de noviembre, 1148/2023, de 25 de octubre, 1154/2023, de 19 de octubre, 1297/2023, de 20 de diciembre y 1378/2023, de 20 de diciembre.*

Revisión de oficio del cambio de titularidad y consiguiente expedición del permiso de circulación del vehículo con matrícula … a favor de don …, por entender que el mismo está incurso en causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El Consejo de Estado entiende que la existencia y regularidad del documento que acredite la adquisición al que se refiere el artículo 32 es un requisito esencial para la transmisión de los derechos que atribuye al titular del vehículo la inscripción registral del automóvil. La ausencia del título determina que, a falta de este documento, la resolución dictada por la Administración sea nula de pleno derecho, como se desprende con naturalidad del tenor de lo previsto en los artículos 47.1 y

106 de la Ley 39/2015, por aplicación del caso que se recoge en el apartado f), es decir, en cuanto es «un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición». Así se ha entendido en los dictámenes números 1.334/2015, de 21 de enero de 2016; 484/2019, de 27 de junio; y 1.332/2022, de 22 de septiembre, entre otros. Añade el dictamen número 1.347/2022, de 22 de septiembre, en un caso muy semejante: «En efecto, se habrían incumplido las exigencias prevenidas en el Código Civil (artículo 1261), relativas a la obligada constancia del consentimiento del contratante en el contrato…».

En el caso sometido a consulta se aprecia una grave irregularidad en la documentación presentada, firmada por una persona que ya había fallecido, irregularidad de tal calibre que puede afirmarse que el documento presentado no puede servir de base para el acto administrativo en que se constata la transmisión del vehículo y se acepta su transferencia a los efectos de su venta posterior. La ausencia del título determina que, a falta de este documento, la resolución dictada por la Administración resulte ser nula de pleno derecho, a tenor de lo previsto en el artículo 47.1 de la norma citada. Procede, pues, declarar la nulidad del acto.

↻ *Dictamen 1153/2023, de 2 de noviembre.*

Propuesta de resolución del procedimiento de revisión de oficio del canje del permiso de conducción de don …, por entender que el mismo está incurso en causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ciertamente el Consejo de Estado ha mantenido que la revisión de oficio es un mecanismo excepcional y que debe hacerse una lectura restrictiva de esta causa de nulidad que se ciña a los requisitos esenciales frente a los necesarios y, por tanto, reservarse para cuando falten los presupuestos más básicos y esenciales de los actos administrativos (así en dictámenes como el número 1.006/2019, de 5 de diciembre, o número el 809/2021, de 9 de diciembre).

No obstante, en el presente caso ha quedado acreditado que el interesado carecía desde el 3 de junio de 2013 de un permiso de conducción que cumpliera los requisitos de autenticidad, validez y vigencia que se exigen para conceder el canje por el correspondiente español. Así resulta de los artículos 15 y 18 del Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, que transponen los correspondientes apartados del artículo 11 de la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, sobre el permiso de conducción.

En consecuencia, tal y como ha señalado el Consejo de Estado con ocasión de los múltiples expedientes similares al ahora consultado que ha dictaminado

(dictámenes números 475/2017, de 29 de junio, 785/2017, de 21 de septiembre, o, más recientemente los ya citados dictámenes números 800/2023, de 20 de julio y 1.068/2023, de 21 de septiembre), concurre la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015.

↻ *Dictamen 1147/2023, de 8 de noviembre.*

9.1.2.2 *Procedimiento*

Revisión de oficio de la obtención de un permiso de conducción, efectuada a instancia de …, por entender que el mismo está incurso en causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por tratarse de un procedimiento iniciado de oficio, su resolución se tendría que haber acordado y notificado en el plazo de seis meses desde su iniciación (que tuvo lugar el día 27 de abril de 2023), es decir, antes del 27 de octubre de 2023.

No constando que el servicio instructor hubiera hecho uso de la facultad de suspensión prevista en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, pese a haberlo recomendado el Consejo de Estado en su escrito de 27 de julio de 2023, este expediente se encuentra incurso en caducidad.

↻ *Dictamen 1456/2023, de 20 de diciembre.*

9.1.3 **Revocación de actos**

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte.

En el artículo 35.1 se prevé la posibilidad de la revocación de la habilitación «en cualquier momento» cuando el agente «dejare de asistir, sin causa justificada, a las actividades de formación o especialización obligatorias que determine la persona titular de la Dirección de la Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte, o cuando concurran circunstancias que así lo justifiquen o que razonablemente impidan al agente desempeñar correctamente su función», acordándose la revocación previa la tramitación de expediente contradictorio.

Tal y como se ha recordado antes, la habilitación es un acto favorable declarativo de derechos, por lo que la Administración está obligada a seguir determinados

cauces regulados en la Ley 39/2015, a falta de previsiones específicas en la Ley Orgánica 11/2021, para erradicar del ordenamiento tal habilitación.

Entiende el Consejo de Estado que, dada esa naturaleza, no es posible introducir un supuesto de revocación de la habilitación regulada en la norma proyectada, pues ello supone, a falta de habilitación expresa en la Ley Orgánica 11/2021, la anulación de un acto declarativo de derechos sin atender a las reglas generales en materia de invalidez de los actos administrativos que contiene la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas. A lo que ha de añadirse que el precepto analizado delimita los supuestos legitimadores de la figura revocatoria que regula en términos excesivamente amplios y ambiguos («o cuando concurran circunstancias que así lo justifiquen o que razonablemente impidan al agente desempeñar correctamente su función»), en pugna con la seguridad jurídica exigible. Por todo ello, este artículo 35 ha de ser reconsiderado.

↻ *Dictamen 498/2023, de 27 de julio.*

9.2 RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

9.2.1 **Cuestiones generales**

Recurso extraordinario de revisión, interpuesto por la agrupación de electores Celanova en fecha 4/08/23, contra actos administrativos firmes de las elecciones municipales de 28 de mayo de 2023 (acto/a de escrutinio general de proclamación de electos).

(...) La Agrupación de Electores «Celanova Decide» interpuso recurso administrativo extraordinario de revisión ante la Junta Electoral de Zona de Ourense el 4 de agosto de 2023, antes de que expirase el mandato de este órgano procedente de las elecciones. Sin embargo, la solicitud de dictamen tuvo entrada en el Consejo de Estado el 18 de septiembre de 2023, cuando ya habían transcurrido cien días después de la celebración de las elecciones locales.

Esta circunstancia no implica, en el presente caso, que la Junta Electoral de Zona de Ourense se encuentre privada de competencia para resolver el recurso extraordinario de revisión:

– En primer lugar, porque la legislación de régimen electoral prevé que si durante el mandato de las juntas electorales provinciales y de zona se convocasen otras elecciones, «la competencia de las Juntas se entenderá prorrogada hasta cien días después de la celebración de aquéllas» (…).

– En segundo término, porque la expiración del mandato de las juntas electorales, provinciales o de zona, no puede resultar incompatible con su obligación de resolver las solicitudes o recursos que hubieran presentado los interesados durante la vigencia de aquel y que no hubieran podido ser resueltos durante el mismo. Tal es el criterio que sigue la LOREG cuando admite la prórroga del mandato de las juntas electorales provinciales en el supuesto concreto de que dicha prórroga fuera necesaria para la ejecución de las sentencias recaídas en procedimientos contenciosos electorales (artículo 10.3 de la LOREG). Y a la misma conclusión debe llegarse, con carácter general, cuando las juntas electorales, provinciales o de zona, no hayan podido resolver antes de la conclusión de su mandato las solicitudes o recursos formuladas por los interesados durante la vigencia del mismo.

[…]

La Agrupación de Electores… interpone recurso extraordinario administrativo de revisión contra dichos actos, al amparo de los artículos 125 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, después de haberlos impugnado sin éxito (…), a través de los procedimientos de reclamación y recurso previstos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional –con la Sentencia 80/2002, de 8 de abril, como decisión más relevante– tiene dicho que el régimen específico de reclamaciones y recursos establecido en la LOREG, en atención las particularidades del proceso electoral, excluye la aplicación del régimen general de revisión de actos administrativos establecido en legislación de procedimiento administrativo –actualmente en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas– (A); que la existencia de un régimen específico en la LOREG, sujeto a plazos breves, se encuentra justificada en las exigencias de seguridad jurídica aplicables en este ámbito (B); que la perentoriedad de tales plazos impone un especial deber de diligencia a todos los actores del proceso electoral, también a los representantes de las candidaturas concurrentes (C); y que solo circunstancias realmente extraordinarias que impidiesen o distorsionasen el conocimiento por los interesados o por la Administración electoral de los resultados habidos en los comicios dentro de los plazos establecidos en la LOREG podrían llevar a la revisión de tales resultados a través de los mecanismos previstos en la legislación de procedimiento administrativo común (D).

[…]

La aplicación de la jurisprudencia reseñada del Tribunal Constitucional y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo al recurso administrativo extraordinario de revisión sometido a consulta supone que, en aras de resolver sobre la procedencia de este recurso, no baste con determinar si concurren alguno de los motivos de revisión establecidos en el artículo 125.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y sea

necesario discernir, de acuerdo con dicha jurisprudencia, si durante el proceso electoral se produjeron «circunstancias realmente extraordinarias» que hubieran impedido o dificultado a los interesados conocer los resultados de los comicios y poder impugnarlos dentro de los plazos de reclamaciones y recursos establecidos en la LOREG.

↻ *Dictamen 1198/2023, de 19 de octubre.*

9.2.2 **Error de hecho**

Nulidad de pleno derecho formulada por don …, respecto de la liquidación provisional y del acuerdo sancionador del IRPF del ejercicio 2014 dictados por la Administración de la AEAT de Elche.

En el presente supuesto, cabe entender –como se dijo anteriormente– que el interesado ejercita una acción impugnatoria calificada como recurso extraordinario de revisión y que fundamenta la interposición del recurso en la concurrencia de la circunstancia 1.ª del artículo 125.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, puesto que aduce que los actos impugnados han incurrido en error de hecho que resulta de los propios documentos obrantes en el expediente y que evidencia que los escritos de alegaciones presentados por el interesado en los tres procedimientos sancionadores incoados contra él fueron resueltos sin haber sido aportados al expediente y por consiguiente sin haber sido tomados en consideración.

Pues bien, un análisis de las actuaciones obrantes en el expediente permite apreciar, a juicio del Consejo de Estado, que concurre en el caso ahora examinado la causa 1.ª del artículo 125.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en que se ampara la parte recurrente, pues, si bien los actos de cuya impugnación se trata no son propiamente las resoluciones sancionadoras, sino las providencias de apremio que proveen a la ejecución forzosa de las multas impuestas en los tres expedientes sancionadores con números de referencia 2019/8887, 2019/8888 y 2019/8889, se incurrió en un error de hecho que resulta de los propios documentos aportados al expediente. Y es que, en efecto, las resoluciones por la que se acordó imponer las sanciones al recurrente fueron dictadas sin conocer las alegaciones formuladas por el interesado en su propia defensa, por no haber sido incorporados al expediente los respectivos escritos; siendo así que hay certeza absoluta de que se formularon alegaciones por vía telemática y así resulta de los justificantes de su presentación obrantes en el expediente, y que dichas alegación no fueron aportadas por error al expediente, no pudiendo por consiguiente ser ponderadas por la Administración instructora antes de dictar las correspondientes resoluciones sancionadoras.

↻ *Dictamen 995/2023, de 11 de octubre.*

Recurso de revisión interpuesto por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, contra la resolución de 4 de septiembre de 2019, del Director de la Agencia Estatal De Investigación, dictada por delegación de la Secretaría de Estado de Universidades, Investigación, Desarrollo e Innovación, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 23 de julio de 2015, de la Directora General de Investigación Científica y Técnica, dictada por delegación de la Secretaria de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, de reintegro de la ayuda de referencia …

La «equivocada interpretación» que ha sostenido la Agencia Estatal de Investigación sobre el régimen jurídico aplicable a ese contrato y el impacto de su renovación a efectos de la procedencia del reintegro parcial de la subvención en su día concedida al CSIC son, sin lugar a dudas, cuestiones u operaciones jurídicas que han de situarse extramuros del referido concepto del error de hecho del artículo 125.1.a) de la Ley 39/2015 y que, por ello, impiden apreciar la concurrencia de dicha causa.

↻ *Dictamen 1824/2022, de 9 de marzo de 2023.*
↻ *Ver también dictamen 1040/2023, de 11 de octubre.*

9.2.3 **Documentos de valor esencial**

Recurso de revisión interpuesto por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, contra la resolución de 4 de septiembre de 2019, del Director de la Agencia Estatal De Investigación, dictada por delegación de la Secretaría de Estado de Universidades, Investigación, Desarrollo e Innovación, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 23 de julio de 2015, de la Directora General de Investigación Científica y Técnica, dictada por delegación de la Secretaria de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, de reintegro de la ayuda de referencia …

En los dictámenes números 236/2019, de 13 de junio, o 442/2020, de 1 de octubre, entre otros, entendía el Consejo de Estado que la expresión «aparición de documentos» excluye aquellos supuestos en los que el recurrente en revisión aporta un documento cuya existencia razonablemente conocía y que pudo aportar antes de dictarse el acto recurrido en revisión, admitiéndose los casos en los que el interesado no pudo aportar los documentos por desconocer su existencia o cuando se acredite que fue imposible su aportación en algún momento anterior a dictarse el acto administrativo recurrido.

Ninguno de los documentos aportados con el recurso extraordinario de revisión reúne esos requisitos, pues todos ellos están fechados en 2009 y 2010 y tienen el sello oficial del CSIC, luego disponía de ellos en el momento en que se tramitó el procedimiento de reintegro.

↺ *Dictamen 1824/2022, de 9 de marzo de 2023.*

10. CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

10.1 CUESTIONES GENERALES

10.1.1 **Principio de riesgo y ventura**

Resolución del contrato administrativo … adjudicado a la entidad Tabisa Servicios y Obras S.L. y cuyo objeto es el suministro de pellets para calderas de biomasa en el Centro de Atención a Minusválidos Físicos de Alcuéscar (Cáceres).

Uno de los requisitos fundamentales de la cláusula «*rebus sic stantibus*» consiste en que el riesgo que ha dado lugar al desequilibrio contractual no sea asumido por las partes ni sea propio del contrato (como se expresa, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2019, recurso número 1364/2016). Y, a juicio del Consejo de Estado, este requisito no se cumple en el asunto consultado.

En efecto, la alteración del precio de los bienes es un riesgo propio de los contratos administrativos de larga duración, sean de obras, de suministros o de servicios, así como en los contratos de concesión. Precisamente por ello se establece la posibilidad de revisión de precios, en los contratos (artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público). Dentro de los contratos de suministro, esta posibilidad está limitada a algunos de ellos (…), entre los que no se encuentra el de suministro de pellets. En consecuencia, el contrato sometido a consulta, de dos años de duración, no tenía ninguna cláusula de revisión de precios. Es más, en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares se excluía expresamente la revisión de precios (cláusula 15.5.2).

El contrato objeto del presente dictamen tenía un precio fijo durante los dos años. Era pues evidente que las alteraciones del precio de mercado podrían hacer más oneroso (o lucrativo) el contrato para la contratista. Con la exclusión expresa de la revisión de precios se asumía su posible incremento y se negaba que pudiera dar lugar a un mayor precio. En consecuencia, esta circunstancia, prevista en el propio contrato para excluirla, hacía de la subida de precios un riesgo propio del contrato, contemplado en él. Esto era conocido por la contratista al licitar, la cual

además por el momento temporal en que tuvo lugar la presentación de proposiciones no podía ignorar que distintas materias primas y la energía estaban en aquel entonces subiendo de precio con intensidad.

↻ *Dictamen 236/2023, de 27 de abril.*

Expediente número …, de revisión de oficio de actos administrativos, para declarar la nulidad de actuaciones relacionadas con el contrato de obras de emergencia, de 13 de marzo de 2020, por obras urgentes en la sede central del Ministerio de Cultura y Deporte.

La Administración ha de extremar el cuidado y la diligencia a la hora de acometer procedimientos de contratación, en particular cuando se proyectan ejecutar sobre edificios de su titularidad, ya que el descubrimiento intempestivo de defectos estructurales o constructivos perjudican la buena marcha de los contratos y generan, de ordinario, suspensiones de ejecución en muchos casos indemnizadas para las empresas contratistas.

↻ *Dictamen 473/2023, de 15 de junio.*

Petición de restablecimiento del equilibrio económico por razón del COVID-19, en los contratos de concesiones de autovías de primera generación.

(…) tienen la consideración de hechos del príncipe («*factum principis*») las actuaciones voluntarias –incluso disposiciones generales reglamentarias– de la Administración concedente adoptadas al margen de la relación contractual y que inciden en ella, alterando indirectamente la base del negocio, haciendo más gravosas las prestaciones que constituyen su objeto y descompensando su equilibrio económico-financiero. Sólo merecen pues la calificación de «*factum principis*» las actuaciones imputables a la Administración concedente –pues quiebran la idea de colaboración entre la Administración y el contratista inspiradora de la concesión–. Las atribuibles a una Administración distinta deben ser reconducidas a la teoría del riesgo imprevisible. Y quedan excluidas de su ámbito, en principio, las alteraciones dimanantes de medidas de carácter legislativo.

Pues bien, en el caso de la COVID-19, la alteración contractual no se ha producido sólo por una actuación de la Administración concedente –la Administración General del Estado–, ajena al contrato –la declaración del estado de alarma y sus restricciones consiguientes– y que tiene la consideración de medida legislativa –valor de ley del real decreto que lo declaró–. Concurrieron a ella actuaciones de otras Administraciones –en especial, las autonómicas– que adoptaron medidas de toda índole en la denominada fase de desescalada. Y sobre todo la alteración se

produjo por la aparición de la epidemia, hecho imprevisible, anormal, pero no calificable jurídicamente de fuerza mayor por lo dicho antes. Esa concurrencia de circunstancias lleva a entender que la situación habida no es incardinable de manera pacífica en la figura del «*factum principis*».

↻ *Dictamen 76/2023, de 15 de junio.*

Propuesta de modificación del contrato de gestión de servicio público, para la gestión y puesta en funcionamiento de un Centro de Atención a las personas mayores, en situación de dependencia en la residencia de Limpias, adjudicado a la entidad Pro Maiorem Limpias S. L.

Trasladando las consideraciones anteriores al asunto sometido a consulta, entiende el Consejo de Estado, en línea con el parecer expresado por los órganos preinformantes, que la solicitud de la contratista puede reconducirse a un supuesto de «*factum principis*».

En doctrina reiterada, que se remonta al dictamen número 3.725, de 12 de noviembre de 1948, el Consejo de Estado ha entendido que concurre un supuesto de «*factum principis*» «cuando la Administración pública está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general de *imperium*». Así, cuando ese acto de autoridad –ese «*factum principis*»– eleva directamente el coste del contrato, distorsionando su contenido económico material, la Administración debe compensar al contratista.

De modo más preciso, tienen la consideración de «*factum principis*» las actuaciones voluntarias –incluidas las disposiciones generales reglamentarias– de la Administración concedente adoptadas al margen de la relación contractual y que inciden en ella, alterando indirectamente la base del negocio, haciendo más gravosas las prestaciones que constituyen su objeto y descompensando su equilibrio económico-financiero. Ahora bien, solo merecen esta calificación las actuaciones imputables a la Administración concedente –pues quiebran la idea de colaboración entre la Administración y el contratista inspiradora de la concesión–. Las atribuibles a una Administración distinta deben ser reconducidas a la teoría del riesgo imprevisible, quedando, en principio, excluidas de su ámbito las alteraciones habidas dimanantes de medidas de carácter legislativo (dictamen número 698/2021, antes citado).

Se trata, en definitiva, de «intervenciones administrativas de tipo general no exclusivamente referibles a un contrato, pero que implican un cambio en las condiciones externas de la ejecución del contrato» (véanse los dictámenes del Consejo de Estado números 46.172 de 10 de mayo de 1984, 46.886, de 4 de octubre de 1984, 31/92, de 13 de febrero, y 32/92, de 20 de febrero). Se excluye el supuesto de que la actuación de la Administración haya venido determinada por circunstancias ajenas a su poder de decisión, en cuyo caso no concurrirá un «*factum principis*», sino una mera alteración del

equilibrio económico-financiero del contrato por causas ajenas a la voluntad de las partes (dictamen número 31/1992, de 13 de febrero, y los que cita).

↻ *Dictamen 1131/2023, de 2 de noviembre.*

Reclamación de daños y perjuicios por la ejecución del contrato de servicios con clave…: «Diversas operaciones de conservación y explotación en N-123 de Zaragoza a Francia por el Valle de Arán, P. K. 0,000 a 37,260; N-123-A de Zaragoza a Francia por el Valle de Arán, P. K. 20,900 a 37,250; N-230 de Tortosa a Francia por el Valle de Arán, P. K. 29,100 a 117,600 y N-260, Eje Pirenaico, P. K. 354,000 a 463,300. Provincia de Huesca».

(…) uno de los elementos característicos del contrato de servicios es que la ejecución del servicio se ha de hacer a riesgo y ventura del contratista (artículo 215 del antiguo TRLCSP aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y artículo 197 de la actual LCSP 9/2017, de 8 de noviembre). Esta regla comporta que el adjudicatario se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial, permaneciendo la Administración ajena a la suerte o desventura del contratista. Esta regla, no obstante, está sujeta a ciertos límites derivados del principio de equilibrio económico-financiero.

Como ha señalado el Consejo de Estado, el equilibrio económico-financiero es un concepto jurídico indeterminado que informa y caracteriza las relaciones entre la Administración contratante y el contratista privado, no como mero intercambio de prestaciones, sino como forma de colaboración para la consecución de un fin, asegurando la conmutatividad de las prestaciones y la existencia de una igualdad entre las ventajas que se conceden al contratista y las obligaciones que se le imponen. Su vigencia comporta la ruptura de la regla de la intangibilidad de la remuneración contractual. En efecto, es doctrina común, avalada por la jurisprudencia, que en los contratos administrativos de tracto sucesivo y de carácter sinalagmático la alteración de las circunstancias existentes en el momento de su conclusión –y tomadas como base para ello–, puede dar lugar a una revisión del contenido de las prestaciones pactadas sin ruptura del vínculo contractual, siempre y cuando sea lo suficientemente importante para determinar la quiebra del equilibrio económico establecido entre las prestaciones recíprocas. Con ello se trata de evitar, sobre la base del principio de buena fe, recogido en el artículo 7.1 del Código Civil, que un contrato que ha sido concertado como sinalagmático, con equivalencia económica de prestaciones recíprocas, quede transformado por virtud de circunstancias sobrevenidas, no queridas por las partes, en otro meramente aleatorio con desproporcionado perjuicio para una de ellas en beneficio de la otra. Esta regla constituye un principio general del dere-

cho de los contratos públicos, acogido hoy expresamente en la normativa, pero que afecta a todos, incluso a aquellos cuya ley aplicable no contenía una previsión expresa al respecto.

Así pues, para apreciar una quiebra del equilibrio económico-financiero de un contrato, es necesaria la existencia de una alteración de la base del negocio. Esta no se entiende como la simple representación mental y, por lo tanto, subjetiva que se hacen las partes de una situación fáctica existente al momento de formalizarse el negocio y que se asume como condición implícita, sino que se conceptúa como expectativa común a ambos contratantes de que el contrato se celebra en atención a una concreta situación definida por unas circunstancias cuya aparición o persistencia es esperada por las partes (base del negocio subjetiva) y cuya subsistencia es necesaria para que el contrato continúe siendo una reglamentación común de intereses dotada de un fin (base del negocio objetiva). La alteración del negocio se da primordialmente cuando la equivalencia entre la prestación y la contraprestación pactada varía sustancialmente.

↻ *Dictamen 750/2023, de 16 de noviembre.*

10.1.2 **Régimen de invalidez**

Nulidad de pleno derecho del contrato de «Ejecución de las Obras de Montaje de Pendolado equipotencial entre los puntos kilométricos 154/710-176/920. Trayecto Álora-Campanillas. Línea Córdoba-Málaga.

(…) al carecer la entidad SEMI del requisito de clasificación al tiempo de la perfección del contrato (formalización), debe considerarse que concurre la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 39.2.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y que, en consecuencia, procede la revisión de oficio del contrato de referencia.

↻ *Dictamen 1122/2023, de 5 de octubre.*

10.2 PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS

Expediente de modificación n.º 2 con adicional del contrato de obras: «Acondicionamiento de la carretera N-260. Tramo: Congosto del Ventamillo-Campo».

(…) este Alto Cuerpo Consultivo considera de capital importancia recordar, tal y como ha hecho ya en anteriores ocasiones (entre otros, dictámenes núme-

ro 376/2021, de 4 de noviembre o 1.055/2021, de 3 de febrero de 2022), la necesidad de extremar el celo en la fase preparatoria de los contratos, articulando mecanismos que aseguren que los proyectos son viables, para evitar tener que introducir posteriormente modificaciones que suponen en la mayoría de los casos un incremento significativo del coste de las obras, retrasan su realización e incluso podrían llegar en algunos casos a desnaturalizar el principio de concurrencia que preside la contratación pública.

↻ *Dictamen 828/2023, de 11 de octubre.*

10.3 EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

Expediente de la reclamación de indemnización de daños y perjuicios, formulada por la empresa EDHINOR S. A. relativa al contrato de obras de Rehabilitación del edificio en Carrer de Sant Josep n.º 6 para usos culturales en Denia (Alicante).

Procede igualmente desestimar la cuantía solicitada en lo tocante a los gastos generales pues al haber sido calculado como un mero porcentaje (13 %) del presupuesto de ejecución material, su importe no ha quedado suficientemente acreditado. A este respecto, el Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones (por ejemplo, en el dictamen número 494/2019, de 18 de julio, así como en la Memoria del año 2007) que tales gastos pueden y deben ser indemnizados si se producen, pero ha de acreditarse su realidad, efectividad e importe, sin que sea dable ni presumir su existencia ni determinar su importe mediante un porcentaje del presupuesto de ejecución material.

↻ *Dictamen 795/2023, de 14 de diciembre.*

10.4 MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Expediente de modificación n.º 2 con adicional del contrato de obras: «Acondicionamiento de la carretera N-260. Tramo: Congosto del Ventamillo-Campo».

Como ha señalado el Consejo de Estado en anteriores ocasiones, su función en expedientes como el ahora sometido a consulta no consiste en una mera diligencia rutinaria que apostilla una resolución preconcebida, sino que tiene por objeto que una instancia jurídica externa y objetiva vele por el respe-

to a la legalidad e incluso la oportunidad y conveniencia de la medida que se va a tomar (entre otros, dictamen número 4.709/1998, de 4 de febrero de 1999, y más recientemente, dictamen número 376/2021, de 4 de noviembre), máxime si se tiene en cuenta que la correcta aplicación de los procedimientos de modificación de los contratos resulta imprescindible para preservar las condiciones en que se llevó a cabo la licitación y garantizar el respeto a los principios de igualdad y concurrencia en la contratación (dictamen número 1.553/2022, de 10 de noviembre).

↻ *Dictamen 828/2023, de 11 de octubre.*

10.5 SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

Expediente de la reclamación de indemnización de daños y perjuicios, formulada por la empresa EDHINOR S. A. relativa al contrato de obras de Rehabilitación del edificio en Carrer de Sant Josep n.º6 para usos culturales en Denia (Alicante).

(…) la simple ralentización de las obras en el año 2016, la mera aprobación de los correspondientes reajustes de anualidades o, incluso, las suspensiones de la ejecución del contrato del año 2017, no son *per se* conceptos indemnizables, sino que debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos y, en particular, la existencia de un daño efectivo.

[…]

(…) ha de recordarse en este punto lo señalado en la Memoria del Consejo de Estado del año 2004, en la que se afirmaba que debía tratarse de evitar que la suspensión de los contratos fuera ocasión de lucro o beneficio para el contratista, exigiendo para ello la debida justificación de los gastos efectivamente sufridos por aquel, los cuales tendrían que guardar una relación directa con la suspensión, todo ello con la finalidad de evitar las negativas consecuencias que lo contrario puede tener para los intereses públicos.

De lo anterior se desprende que únicamente los gastos derivados del mantenimiento de «los medios necesarios para preservar la integridad de las obras, evitar daños a terceros y/o garantizar la seguridad y vigilancia» durante el periodo de suspensión del contrato deben ser abonados.

↻ *Dictamen 795/2023, de 14 de diciembre.*

10.6 EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

Resolución de contrato de la obra de rehabilitación de los edificios que componen el acuartelamiento de la Guardia Civil de Luarca (Asturias).

Sentado lo anterior, y entrando ya en la consideración sobre el fondo de la consulta planteada, la cuestión se centra en determinar si procede o no acordar la resolución del contrato objeto de la presente consulta con base en el desistimiento del órgano de contratación.

[…]

Respecto al desistimiento unilateral por parte de la Administración, como se recordaba en el dictamen número 499/2016, de 23 de junio, «ha sido en muchas ocasiones admitido como causa resolutoria de los contratos, sin perjuicio de cualquier posible pacto de mutuo disenso y siempre y cuando el contratista haya cumplido sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en la legislación reguladora de los contratos públicos. En efecto, el desistimiento unilateral viene admitido en términos generales en el artículo 1494 del Código Civil por lo que se refiere a contratos de obras» (dictamen del Consejo de Estado número 4.350/97, de 6 de noviembre). Así pues, el desistimiento de la Administración, para que resulte ajustado a derecho, debe justificarse en razones de interés público que aconsejen la resolución del contrato. En puridad, dice el dictamen número 1.208/2008, de 16 de octubre, «el interés público que justifica el desistimiento unilateral de la Administración se ha venido apreciando en aquellas relaciones contractuales que, por una alteración sobrevenida de las circunstancias, han perdido su objeto», lo cual resulta aplicable al presente expediente (en el mismo sentido, dictamen número 1.425/2012, de 17 de enero de 2013).

En este sentido, también el dictamen número 172/2011, de 3 de marzo, señalaba que «el desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudirse cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público (dictamen número 1.336/2005, de 11 de noviembre)».

A la vista de las circunstancias concurrentes en el expediente, procede la resolución del contrato por desistimiento, ya que existen razones de interés público que justifican la resolución del contrato por haberse perdido el objeto.

↻ *Dictamen 1377/2023, de 20 de diciembre.*

Resolución del contrato de obras de ejecución del proyecto de construcción de nuevo pasillo, prolongación del existente, junto a la vía 1 de la terminal de transporte de mercancías de Constantí (Tarragona) … formulada a instancia de la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF).

(…) la resolución del contrato es imputable exclusivamente al contratista, al ser consecuencia de su renuncia injustificada a la ejecución del mismo. El contratista se limita a afirmar de forma genérica la imposibilidad de ejecutarlo basándose en supuestas circunstancias internas técnicas y operacionales que no han sido acreditadas por lo que el incumplimiento debe calificarse como culpable. En su virtud, procede la pérdida de la garantía definitiva de 1.970 euros y, si los daños y perjuicios excedieren su cuantía, el contratista deberá indemnizar a la Administración en cuanto superase dicho importe.

↻ *Dictamen 741/2023, de 13 de julio.*

Resolución del contrato entre la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia y la empresa Hangzhou Ruining Trading CO. Ltd. para el suministro de 8.800.000 mascarillas de protección respiratoria FFP2.

De cuanto precede se colige que el contrato se ha extinguido ya por cumplimiento contractual, y no procede su resolución, pues un contrato ya extinguido no puede ser objeto de resolución.

De acuerdo con lo establecido en la LCSP, los contratos se extinguirán «por su cumplimiento o por resolución» (artículo 209), y el contrato «se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación», lo que exigirá por parte de la Administración «un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características» (artículo 210, apartados 1 y 2).

En el presente caso, como se recoge en los antecedentes extractados, la propia Administración afirma que ese acto de recepción tuvo lugar en octubre de 2020

(este dato no ha quedado documentado en el expediente, pero la propia empresa contratista confirma que la entrega se produjo).

Ciertamente, con carácter general, la recepción del objeto del contrato no siempre implica que el contratista se vea inmediatamente exonerado de toda responsabilidad frente a la Administración. Dicha responsabilidad se mantiene, en los términos legalmente establecidos, durante el denominado plazo de garantía (e incluso más allá, como acontece en el contrato de obras en caso de vicios ocultos). Sin embargo, tal y como se ha hecho constar en el punto primero de antecedentes, la cláusula quinta del contrato de referencia establecía expresamente que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 210.3 de la LCSP y en atención a la específica naturaleza y características del objeto de la prestación, no procedía en este caso el establecimiento de plazo de garantía. Tampoco consta en el clausulado del contrato previsión alguna sobre plazos para eventuales análisis de la conformidad de la mercancía con posterioridad a su recepción. A este respecto, procede recordar que el citado artículo 210.3 de la LCSP establece lo siguiente (…).

Por todo ello, no cabe sino entender que en octubre de 2020 se produjo la recepción definitiva del objeto del contrato y, por consiguiente, la extinción del vínculo contractual entre la Administración y la empresa contratista por cumplimiento.

Encontrándose ya el contrato extinguido por cumplimiento, no cabe tramitar un procedimiento dirigido a resolverlo. En consecuencia, procede archivar el presente expediente de resolución contractual.

↻ *Dictamen 982/2023, de 14 de septiembre.*

10.7 SUBCONTRATACIÓN

Reclamación de daños y perjuicios de la subcontratista Alvac, S. A. por la prestación de servicios a la contratista UTE Martorell por trabajos con cargo al contrato: «Ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en la Autovía A-2 de límite de provincia de Lérida a Barcelona, puntos kilométricos 530,010 a 604,435. Provincia de Barcelona», en el período comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 8 de julio de 2013.

(…) el apartado 4 del artículo 227 del TRLCSP dispone lo siguiente:

> «Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.
>
> El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del

> apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.»

A lo anterior, añade el apartado 8 de dicho precepto:

> «Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.»

En consecuencia, a la vista de lo anterior, resulta claro que las eventuales discrepancias entre ALVAC, S. A. y la UTE MARTORELL relativas al importe que esta se comprometió a abonar a aquella como consecuencia de los trabajos de conservación que desempeñó entre el 1 de enero y el 8 de julio de 2013 en las carreteras del sector B-1 de la provincia de Barcelona deben dilucidarse en el marco de dicha relación, sin que pueda ALVAC, S.A. dirigirse contra la Administración por la cantidad que considera que le debió ser abonada en el seno de la relación jurídica privada que le unió con la contratista.

↻ *Dictamen 983/2023, de 11 de octubre.*

10.8 CONTRATACIÓN IRREGULAR

Expediente de responsabilidad patrimonial para abonar a la empresa Sureste Seguridad S. L., los servicios de vigilancia prestados entre el 11 de septiembre y el 31 de octubre de 2021.

La doctrina del Consejo de Estado ha venido entendiendo desde antiguo que el eventual resarcimiento de obras y servicios no previstos en el contrato y realizados por el contratista, sin la previa y preceptiva licitación pública, con el conocimiento y beneficio de la Administración contratante, debe considerarse como un supuesto de «responsabilidad contractual», en la medida en que tales prestaciones entroncan con una previa relación jurídica contractual válidamente constituida, y debe resolverse a través del procedimiento previsto en el artículo 97 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre –antes, artículo 136 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975– (…).

En los últimos años, sin embargo, algunas Administraciones consultantes han optado por acudir de oficio e indistintamente a dos vías procedimentales alterna-

tivas y distintas de la responsabilidad contractual para resarcir a los afectados por los perjuicios que esas situaciones irregulares les causan:

[…]

La conclusión a que llega el dictamen número 606/2020, en el sentido de que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual, está en línea con la doctrina tradicional de este Consejo de Estado y ha sido nuevamente reiterada en los dictámenes números 706/2021, de 27 de enero de 2002 y 1.518/2022, de 13 de octubre.

[…]

El procedimiento aplicable en estos casos –de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado– debe observar los trámites previstos en el artículo 97 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, a saber:

[…]

IV. Sobre la procedencia y cuantía de los derechos económicos por los servicios prestados sin cobertura contractual

La procedencia del pago de los servicios realizados sin contrato por el antiguo contratista, en casos como el ahora examinado, se encuentra condicionada a que los mismos hayan sido prestados con la aquiescencia –expresa o tácita– de la Administración contratante y a satisfacción de ésta. Como dice el dictamen número 660/2020:

[…]

La retribución de los servicios prestados no tiene así un carácter indemnizatorio o resarcitorio sino restitutorio. El cálculo del importe debido ha de realizarse atendiendo, en principio, al precio establecido en el extinto contrato, en la medida en que los servicios se prestaron sin solución de continuidad respecto de una relación contractual precedente. Esta regla general puede encontrar algunas excepciones, como cuando la Administración y el contratista hubieran convenido un precio distinto o cuando la conducta del contratista pudiera justificar una reducción de aquel. El dictamen número 606/2020 señala a este respecto que:

[…]

Habida cuenta de que tales servicios prestados sin contrato no fueron en su día objeto de fiscalización previa por parte de la Intervención, el control de que los importes facturados por por Sureste Seguridad S. L. se corresponden con los debidos por los servicios efectivamente prestados, y la consiguiente autorización del gasto, deben realizarse a través del procedimiento previsto en la legislación presupuestaria en caso de «omisión de la fiscalización previa», comúnmente conocido con el nombre de «convalidación» del gasto.

[…]

El procedimiento regulado en estos preceptos para la autorización *ex post* del gasto comprometido irregularmente recibe, en la práctica administrativa y presupuestaria, el nombre de «convalidación», y con ese nombre ha sido acogido en la doctrina del Consejo de Estado, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las resoluciones e informes del Tribunal de Cuentas y de la Intervención General de la Administración del Estado. En el ámbito local, no obstante, se introduce una distinción terminológica que no existe en el derecho presupuestario estatal, en función de que la convalidación se refiera a obligaciones del ejercicio vigente o a obligaciones de ejercicios anteriores, aplicando el término «convalidación» solo al primer caso (convalidación de obligaciones contraídas en el ejercicio vigente sin fiscalización previa) y el término «reconocimiento extrajudicial de crédito» al segundo (convalidación de obligaciones contraídas en ejercicios anteriores sin fiscalización previa). Esta distinción trae causa de las diferentes reglas competenciales previstas en la legislación local para uno y otro supuesto –referidas en el párrafo anterior–, pero carece de consecuencias conceptuales, dado que en ambos se está en presencia de una autorización *ex post* de obligaciones irregularmente contraídas, es decir, de una «convalidación» del gasto.

Hecha esta precisión, importa ahora subrayar que la «convalidación» del gasto no es, pese a la denominación que se le atribuye, un expediente que permita enervar las infracciones administrativas que se hayan podido cometer ni las responsabilidades de todo orden que de las mismas pudieran derivarse para quienes hayan intervenido de su comisión, ni tampoco es un procedimiento que pueda ser utilizado por las Administraciones públicas para eludir la reglas de la contratación pública o las que resulten aplicables en otros ámbitos de actuación administrativa.

Constituye, por el contrario, una garantía presupuestaria que, partiendo de la existencia de una previa situación irregular, cumple una doble función: por una parte, controlar la procedencia y cuantía de los abonos procedentes por obligaciones contraídas sin fiscalización previa, comprobando que se corresponden con servicios efectivamente prestados y debidamente valorados al precio que corresponda en cada caso; por otra, identificar las infracciones cometidas de cara a dilucidar las eventuales responsabilidades de los sujetos intervinientes y evitar que se vuelvan a producir en el futuro.

De ahí que el gasto que no haya sido previamente fiscalizado por la Intervención no pueda ser convalidado por el órgano que contrajo la obligación de forma irregular, sino por un órgano distinto y de superior jerarquía, a saber, por el Consejo de Ministros en el Estado, por el Consejo de Gobierno en las comunidades autónomas, o por el presidente, del Pleno o la Junta de Gobierno Local en

las entidades locales (o solo por el Pleno de la entidad local, si la obligación reconocida procede de ejercicios anteriores).

[…]

La omisión de la preceptiva fiscalización previa de la Intervención, «cuando sea culpable», constituye una infracción administrativa «muy grave» que conlleva la destitución del responsable y la prohibición de ocupar un puesto de alto cargo durante un periodo de entre cinco y diez días (artículo 28.d) y 30.4 de la Ley 19/2003, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), sin perjuicio de las responsabilidades de todo tipo en que se pudieran haber incurrido –y, en particular, las de orden contable que el Tribunal de Cuentas puede exigir–.

De ahí que los datos concernientes a cualquier omisión del trámite de fiscalización previa deban ser siempre comunicados al Tribunal de Cuentas por la Intervención de las respectivas Administraciones públicas (…).

[…]

Las críticas a la convalidación del gasto frecuentemente contenidas en los informes de los órganos de control, interno o externo, de las cuentas públicas se refieren, como es obvio, a las causas que obligan a dicha convalidación. La irregularidad de la actuación administrativa se encuentra en la causa que motiva la convalidación del gasto –la omisión de la fiscalización previa de la Intervención a resultas de una irregular o inexistente tramitación del expediente– y no en la convalidación misma, que es una exigencia presupuestaria aplicable, con la doble función de garantía antes aludida, cuando dicha situación irregular ya se ha producido.

[…]

En diversos pronunciamientos, la jurisprudencia ha venido entendiendo que, en el caso de obras y servicios realizados sin contrato en beneficio de la Administración, el plazo legalmente establecido para el devengo de los intereses de demora no debe computarse a partir de la aprobación de las certificaciones o documentos que acrediten la conformidad con las obras o servicios realizados, sino desde el acuerdo de convalidación del gasto.

[…]

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 722/2022, de 13 de junio (recurso n.º 5437/2020), por su parte, analizó el mismo supuesto por la vía indemnizatoria –la Administración había tramitado una previa revisión de oficio–, entendiendo que la indemnización otorgada por dicha Administración, previa convalidación del gasto y sin intereses de demora, se ajustaba a derecho.

↻ *Dictamen 1592/2022, de 26 de enero de 2023.*

Responsabilidad patrimonial de la Administración N.º …, iniciada de oficio por la Administración y constando como interesadas las entidades Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A..

El Consejo de Estado ha venido dictaminando en los últimos años múltiples expedientes semejantes al presente, procedimientos, por regla general, iniciados de oficio en los que se trataba de resarcir a una empresa que había prestado determinados servicios a la Administración sin una estricta cobertura contractual. Estos asuntos fueron examinados con detalle en los dictámenes números 606/2020, de 27 de mayo de 2021, y 706/2021, de 27 de enero de 2022, que establecieron la doctrina general a seguir en estos casos y que se recoge en el presente dictamen.

Como se indicó en aquellos asuntos, el elemento común a todos estos casos es la falta de sometimiento a las reglas de la contratación pública y, más concretamente, a los principios de publicidad y concurrencia que la inspiran, aunque la casuística es muy variada. Entre los supuestos más frecuentes se encuentran aquellos en los que ha existido un retraso en la adjudicación de un nuevo contrato para la prestación de un servicio, de modo que el antiguo contratista (cuya relación contractual con la Administración ya ha finalizado) continúa durante un cierto tiempo prestándolo; aquellos en los que se han dado órdenes expresas, pero irregulares, de prórroga contractual o de desarrollar trabajos complementarios fuera del objeto del contrato; y, finalmente, aquellos en los que no se han observado las reglas legalmente establecidas para proceder a la contratación de determinadas obras o servicios, recurriendo a tipos contractuales o procedimientos (contratos menores, contratos verbales, convenios de colaboración o contratación de emergencia) que no estaban previstos para esos casos.

Al examinar las sucesivas consultas que se le han ido formulando, el Consejo de Estado se ha pronunciado en relación con el sentido en que procedía resolver cada uno de los correspondientes expedientes, planteados principalmente a través de dos vías procedimentales: por una parte, la de la revisión de oficio de los actos o decisiones que dieron lugar a la prestación de servicios sin la necesaria cobertura contractual, de modo que a la correspondiente declaración de nulidad se uniese el pago de esas prestaciones en concepto de restitución recíproca o de daños y perjuicios, tal y como ordena la legislación contractual; y, por otra parte, como en este caso, la vía de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Ninguna de las vías anteriores se ha considerado adecuada por este Alto Cuerpo Consultivo para dar solución, con carácter general, a estos casos.

Por lo que respecta a la vía de la revisión de oficio, esta se fundamenta en una supuesta «ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido» para dictar los actos o decisiones administrativas que dieron pie a la prestación del servicio sin cobertura contractual, al amparo de lo dispuesto en el

artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, al que se remite el artículo 39.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Declarada la nulidad de pleno derecho de tales actos o decisiones, procedería acordar el pago de esas prestaciones en concepto restitución recíproca o de indemnización (artículos 42.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y 106.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre).

Esta solución –declarar la nulidad de una adjudicación contractual formalmente inexistente– resulta de compleja articulación en los casos, como el ahora examinado, en que no hay rastro alguno de esos supuestos actos o decisiones por los que se encarga al contratista realizar o continuar con la prestación. Intentar encauzar tales casos por la vía de la revisión de oficio exige un intenso esfuerzo de argumentación para acomodar el supuesto de hecho a un instituto que está diseñado para acoger, con mayor naturalidad, otros distintos, por lo que este Alto Cuerpo Consultivo ha rechazado su utilización, a fin de no distorsionar los perfiles propios y característicos de la revisión de oficio. Únicamente se ha admitido en aquellos casos en los que pueda identificarse fácilmente un acto expreso y formalizado que haya servido de fundamento para la prestación de los servicios y en el que concurra una causa de nulidad de pleno derecho.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la utilización de dicha vía, configurada como un privilegio de la Administración que le permite anular sus propios actos sin tener que acudir a la jurisdicción, incluso en los casos en los que resulta posible, no deja de presentar otros inconvenientes, como es la necesidad de que la Administración incumplidora tramite el correspondiente procedimiento, en el que resulta necesario recabar el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico, lo que le permitiría prolongar el momento del pago e incluso evitarlo, infligiendo un mayor daño al particular que ha prestado determinados servicios a la Administración, o la ponderación que ha de hacerse acerca de si su ejercicio resulta contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, como prevé el artículo 110 de la Ley 39/2015.

Tampoco la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el funcionamiento de los servicios de ellas dependientes, consagrada en el artículo 106.2 de la Constitución y desarrollada en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se ha considerado adecuada para resolver estos casos.

De acuerdo con una reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, dictámenes números 1.796/2007, de 29 de noviembre, 456/2012, de 10 de mayo, o 390/2017, de 6 de julio), la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración no es un mecanismo de resarcimiento que permita atraer en torno a sí toda suerte de quebrantos económicos que pueda sufrir una persona, ni constituye una fórmula que permita acoger lo que es propio de una relación jurídica específica. Por el contrario, los daños y perjuicios generados en el desenvolvi-

miento de concretas relaciones jurídicas deben indemnizarse en el seno de las mismas siempre que ello sea posible.

La responsabilidad extracontractual se caracteriza, tanto en el ámbito civil como en el administrativo, por la inexistencia de un vínculo obligatorio o relación jurídica preexistente entre las partes, lo que no ocurre en los casos como el ahora examinado, por mucho que en ocasiones resulte complejo calificar el tipo de relación que existe entre la empresa prestadora de los servicios y la Administración.

En todos estos casos es posible apreciar la existencia de un vínculo o relación jurídica entre quien presta los servicios y la Administración que, con independencia de su calificación, impide equiparar la posición de aquel a la del particular que sufre las consecuencias de una actuación administrativa que, dirigida a lograr un determinado fin, genera incidentalmente un daño en quien no tiene ninguna previa relación con la Administración. Pensemos, por ejemplo, en quien sufre un accidente de circulación por el mal estado de la calzada, en quien se ve privado de la realización de una actividad económica como consecuencia de un acto administrativo que es posteriormente declarado nulo o en quien sufre daños en sus bienes como consecuencia de unas obras llevadas a cabo por la Administración. La posición de estas personas respecto de la Administración no resulta equiparable a la que ostentan las entidades que, en casos como el sometido a consulta, han prestado determinados servicios a la Administración, que los ha recibido satisfactoriamente, que no han podido ser pagados por no contar con la cobertura de un contrato administrativo válidamente celebrado –y que, en ocasiones, sí venían siendo abonados con anterioridad–.

En definitiva, la empresa prestataria del servicio no ha sufrido un daño a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos por el que deba ser indemnizada, tal y como exigiría el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que ha prestado un servicio a la Administración por el que debe ser compensada en el marco de una relación consentida y aceptada por ambas partes.

No cabe, por tanto, considerar la responsabilidad de la DGT como aquiliana o extracontractual, pues existe un vínculo específico entre las partes en cuyo seno se han producido los daños.

Al considerar otras vías que pudieran evocarse para canalizar los supuestos que se vienen comentando, ha entendido este Consejo que debe excluirse la posibilidad de encauzar, con carácter general, este tipo de casos por la vía del enriquecimiento injusto.

Ciertamente, una nutrida jurisprudencia reconoce que el enriquecimiento injusto forma parte del ordenamiento jurídico administrativo, exigiendo cuatro requisitos para apreciar su existencia, que podrían concurrir en estos casos: a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido (en este caso, de la Administración). b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo

nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, siempre que no provenga del comportamiento de quien lo sufre (en este caso, el antiguo contratista). c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento. d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento (en este caso, la desaparición de la causa originaria que era el contrato) (por todas, STS de 11 de mayo de 2004, recurso n.º 3554/1999).

En esta línea, en su sentencia de 12 de diciembre de 2012 (recurso n.º 5694/2010), el Tribunal Supremo recordaba que «son muchas las sentencias dictadas por este Tribunal sobre el posible enriquecimiento injusto de la Administración, la mayor parte producidas en el ámbito de la contratación administrativa (STS de 21 de marzo de 1991, 18 de julio de 2003, 10 de noviembre de 2004, 20 de julio de 2005 y 2 de octubre de 2006), en las que se parte de actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una Administración pública, y su núcleo esencial está representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de ese particular, supuestos que además exigen para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa, que el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración». En atención a cuanto precede, no es extraño que prosperen en vía judicial acciones de enriquecimiento injusto ejercitadas por contratistas que se encuentran en situaciones como las aquí examinadas (véase, por ejemplo, STS de 23 de noviembre de 2012, recurso n.º 4143/2009).

Ahora bien, como señaló el citado dictamen número 606/2020, de 27 de mayo de 2021, el enriquecimiento injusto no es en sí mismo una vía procedimental por la que canalizar el pago, de oficio, de esas cantidades debidas por la Administración, sino una acción propia y singular del derecho administrativo, y distinta también de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración (STS de 12 de diciembre de 2012), que requeriría su previo ejercicio por el interesado. La responsabilidad por enriquecimiento injusto se consideró una vía que, por general y supletoria, está llamada a actuar como una suerte de última *ratio,* una vía residual llamada únicamente a cubrir aquellos supuestos que no tengan otra vía específica prevista en el ordenamiento jurídico.

Resta, por tanto, por examinar la vía de la responsabilidad contractual. El Consejo de Estado ha entendido que en los casos como el ahora sometido a consulta el supuesto de hecho causante de la indemnización frecuentemente proviene de una relación entre la Administración y el operador económico que realiza las prestaciones que puede calificarse de contractual, entendiendo por contrato, al

amparo del artículo 1254 del Código Civil, todo acuerdo de voluntades del que surgen obligaciones para las partes.

En tales circunstancias, se ha considerado que, frente a las vías anteriormente analizadas, resulta mucho menos forzado que el pago de los trabajos realizados por dicho operador económico se realice bajo el título de la responsabilidad contractual.

La vía de la responsabilidad contractual condiciona, a juicio del Consejo de Estado, el cálculo del importe a satisfacer al prestador de los servicios. En efecto, en la medida en que ese pago toma en consideración una relación contractual, la retribución de las prestaciones debería atender, como regla general, al precio establecido en el contrato, lo que posibilita que la compensación de los servicios prestados sin título contractual habilitante se haga con carácter de restitución más que de resarcimiento.

Se ha admitido, no obstante, que dicha regla pueda quedar exceptuada o modulada en determinados casos: si existe un acuerdo expreso y mínimamente formalizado entre la Administración y el contratista que establezca unas condiciones diferentes o si el contratista no fue ajeno a la irregularidad.

A las anteriores circunstancias podría añadirse una tercera: si no existe una certeza en cuanto al precio acordado por las partes en su momento a través de la irregular contratación verbal. En este supuesto –que es el que se plantea en el caso sometido a consulta– cabría acudir a los precios de mercado para determinar el importe a abonar al prestador de los servicios.

Asimismo, este Alto Cuerpo Consultivo debe reiterar la necesidad de que las Administraciones públicas respeten los principios de publicidad, concurrencia y transparencia que presiden la regulación de la contratación pública, erradicando las prácticas que los vulneren, las cuales originan situaciones de hecho en la prestación de servicios cuya compensación, a su vez, genera distorsiones y tensiones sobre otras vías a fin de permitir los correspondientes pagos cuando, en puridad, deberían haberse canalizado en el marco de la relación contractual (dictámenes números 356/2020, de 8 de octubre, o 606/2020, de 27 de mayo de 2021).

- *Dictamen 1752/2022, de 26 de enero de 2023.*
- *Ver también dictámenes 1578/2022, de 4 de mayo de 2023; 1619/2022, de 9 de marzo de 2023; 1764/2022, de 13 de julio de 2023; 237/2023, de 18 de mayo; 473/2023 de 15 de junio.*

11. AUTORIZACIONES, CONCESIONES Y DECLARACIONES RESPONSABLES. TÍTULOS NOBILIARIOS

11.1 AUTORIZACIONES DE CAMBIO DE APELLIDOS

Cambio de apellidos de don …

Por lo que hace a la audiencia al progenitor cuyo apellido se quiere cambiar, el Consejo de Estado ha venido insistiendo en la necesidad de que se dé audiencia a los progenitores cuyos apellidos resultan afectados por la modificación solicitada (aparte de otros familiares que puedan tener un interés legítimo en función de las circunstancias concurrentes); y ha precisado que ello es particularmente necesario en aquellos casos en que la solicitud de cambio de apellidos se produce en el marco de un proceso de separación o ruptura de los padres, o en que se solicita el cambio de apellidos de un menor; y ello, no solo por la presencia del aludido interés legítimo de los progenitores, sino también para evitar cualquier atisbo de instrumentalización de los hijos en el marco de un litigio o contienda entre los progenitores (en este sentido, dictamen número 1.039/2013, de 9 de enero de 2014).

↻ *Dictamen 127/2023, de 9 de marzo.*

Cambio de apellidos de la menor …

El nombre y los apellidos, atributos de la personalidad, tienen relevancia de orden público, de modo que su cambio, adición o rectificación solo se admite en los casos y con las formalidades que la ley prevé. En numerosos dictámenes, este Consejo de Estado ha venido destacando ese carácter de orden público de los apellidos, sustraído a la autonomía individual (entre muchos otros, dictámenes números 199/2005, de 14 de abril, y 260/2016, de 19 de mayo), así como la evolución progresiva tendente a asegurar su estabilidad, también para el control público de la identidad del individuo (dictámenes números 81/2010, de 29 de abril; 2.284/2006, de 23 de noviembre; o 260/2016, de 19 de mayo), habida cuenta de los problemas que puede generar la variabilidad o libre disposición sobre la propia identificación (por ejemplo, para eludir el cumplimiento de obligaciones, públicas o privadas, o para obstaculizar la acción de la Justicia). La experiencia del Consejo de Estado en reclamacio-

nes de responsabilidad por funcionamiento de la Administración de Justicia –o en otros ámbitos, como el tributario– es ilustrativa de los problemas que puede generar la falta de certeza o la variabilidad de la identificación de las personas».

↻ *Dictamen 427/2023, de 4 de mayo.*

Cambio de apellidos de don …

En el caso sometido a consulta, el interesado parece fundar su petición en los perjuicios que le causa su actual nombre y su segundo apellido, puesto que le impide la reinserción social, dada la repercusión mediática de los hechos por los que fue condenado en su día (…). En suma, la finalidad del cambio solicitado parece radicar en su voluntad de no aparecer vinculado a aquellos hechos.

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre algunos casos en los que una persona solicitaba el cambio de apellidos para evitar ser relacionada con una conducta propia previa, de amplia difusión en la red. Así, se decía en el dictamen número 235/2014, de 27 de marzo:

> «Las circunstancias que alega la reclamante pueden considerarse como excepcionales en cuanto a la infrecuencia de conductas como la protagonizada por ella, según la información de internet que ella misma aporta, y que, además, puede ser fácilmente completada con la suministrada en otras páginas web, atinentes a la conducta engañosa o fraudulenta que durante seis años habría mantenido la solicitante, bajo el nombre de (…), sobre su supuesto carácter de víctima de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, de forma que habría llegado, incluso, a presidir la Asociación de Supervivientes de los Atentados del World Trade Center. Sostiene que el hecho de que su identidad pueda ser fácilmente averiguada en internet le perjudica en su vida laboral.
>
> Con la solicitud de cambio de apellidos se pretende desvincular de una actuación propia de la que ha podido beneficiarse durante una época (y que, incluso, podría beneficiarla aún si, como dice, se va a rodar una película sobre esos hechos) y cuya responsabilidad parece imputable a la propia solicitante y no a otras personas.
>
> Ahora bien, a juicio del Consejo de Estado debe distinguirse entre –de un lado– aquellos hechos de los que la solicitante quiere desvincularse, ciertamente excepcionales, y –de otro– la razón en que ampara su petición de cambio de nombre y apellidos, que radica, más precisamente, en la difusión y público conocimiento (en particular, en la red) de una conducta propia anterior de la que ahora quiere desvincularse.
>
> Y esto último –la existencia de información en la red sobre conductas previas de infinidad de personas, de las que su autor quiera desvincularse– no puede considerarse una circunstancia excepcional. Es más, si esas conductas hubieran generado daños a otras personas, el cambio de nombre y apellidos podría coadyuvar a un ocultamiento de la propia identidad para evitar acciones de

> terceros legitimados para entablarlas; y esa es, precisamente, una de las razones que apoya la estabilidad de los apellidos de acuerdo con la doctrina reiterada por el Consejo de Estado que ha quedado esbozada más arriba.»

Esta misma doctrina se reiteraba, más recientemente, en el dictamen número 780/2022, de 24 de mayo, indicando que cabía utilizar análogo razonamiento y distinguir entre los hechos por los que fue condenado en su día el solicitante (ciertamente excepcionales) y la razón en que fundaba su petición de cambio de nombre y apellidos, que radicaba, más precisamente, en la difusión y público conocimiento (en particular, en la red) de esa conducta propia anterior de la que el solicitante quería desvincularse años después.

Y añadía el citado dictamen número 780/2022 que, con carácter general, el interés que puede tener una persona en no ser relacionada con unos hechos cometidos por ella tiempo atrás no justifica el cambio de sus apellidos. Antes bien, la libre disposición del nombre y apellidos, y la posibilidad de utilizar esa disponibilidad para desvincularse de conductas previas –y de las responsabilidades que pudieran generar–, es una de las razones que justifican la necesidad de dotar de estabilidad a los apellidos, de forma que sirvan a su finalidad de identificación de las personas, tal y como ha quedado indicado más arriba. Y ello, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico pueda ofrecer cauces para determinadas alteraciones de esa identificación (con mayor o menor alcance según los casos, p. ej., limitando el cambio solo al nombre) como también para oponerse al seguimiento mediático que puede derivar de determinados hechos (p. ej., a través de las vías que ofrece la legislación de protección de datos).

En suma, por todo ello entiende el Consejo de Estado que, en el presente caso, no concurren las «circunstancias excepcionales» a que se refiere el segundo párrafo del artículo 58 de la Ley del Registro Civil para que pueda accederse al cambio del segundo apellido solicitado por la vía allí prevista».

↻ *Dictamen 504/2023, de 21 de septiembre.*

11.2 CONCESIONES

11.2.1 **Cuestiones generales**

Extinción de concesión para la canalización en los muelles del Puerto de Valencia, para abastecimiento de agua potable a los barcos que lo soliciten, de titularidad de …, otorgada por Real Orden de 26 de noviembre de 1906 y orden comunicada de 5 de febrero de 1938.

Desde una perspectiva temporal, el TRLPE no establece un plazo para resolver los expedientes de revocación de concesiones, a diferencia de lo que

ocurre con los de caducidad (artículo 98.2). Debe entenderse que rige, por tanto, el plazo supletorio de 3 meses establecido en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el cual deberá contarse desde la fecha del acuerdo de iniciación.

[…]

(…) el precario en el Derecho administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho civil, no se refiere una situación meramente tolerada carente de todo título jurídico. Existe en la mayoría de los casos un negocio jurídico previo del que surgen una serie de derechos subjetivos para los administrados que impiden un arbitrio ilimitado por parte de la Administración que viene sometida a la Ley y obligada a velar por el interés público, que es precisamente el que justifica la existencia de esta cláusula. En efecto, la inclusión de la cláusula de precario en un determinado acto o negocio administrativo pretende garantizar el interés público prevalente, de tal manera que, ante un cambio sobrevenido de circunstancias, se posibilite la revocación del acto o negocio que devenga incompatible con dicho interés. Se trata, en definitiva, de un derecho débil, inestable (*affievolitto*) (dictamen número 942/2021, de 30 de junio de 2022), pues la cláusula de precario se concibe como «una reserva de revocación a favor de la Administración para los casos en que el uso exclusivo del dominio público sea incompatible con el interés público» (dictamen número 1.675/1996, de 18 de julio).

[…]

(…) el Consejo de Estado ha venido sosteniendo (entre otros, dictamen número 1.675/1996, de 18 de julio, y los que en él se citan) que la precariedad en el Derecho administrativo constituye «una declaración de voluntad que comporta una reserva de poderes en orden a extinguir la relación concesional por motivos de interés público», que «suele imponerse en los casos en que se prevea la posibilidad de que el uso exclusivo del dominio público sea incompatible, en el futuro, con el interés público en general o con un aprovechamiento del propio dominio de preferente interés público». Para permitir la extinción de la concesión al amparo de esta cláusula, este Alto Cuerpo Consultivo ha venido exigiendo, pues, la concurrencia de motivos de interés público suficientes, prevalentes e incompatibles con el mantenimiento y persistencia de aquella.

↻ *Dictamen 744/2023, de 20 de julio.*

11.2.2 **De dominio público**

Extinción del derecho a un aprovechamiento de aguas a derivar del río Tajo, en el término municipal de Calera y Chozas (Toledo) con destino a riego, siendo titular la Comunidad de Regantes de Tórtolas.

A juicio del Consejo de Estado, no procede en este momento acordar la extinción del aprovechamiento, sino proseguir la tramitación del expediente de modificación de las condiciones instado por la Comunidad de Regantes el 28 de enero de 2022.

(…) Este criterio ha sido mantenido por el Consejo de Estado en otros supuestos, como es el caso, en particular, del dictamen número 398/2020, de 24 de septiembre.

(…) El hecho de que, tras la presentación de una solicitud de modificación de condiciones del aprovechamiento, la Administración se apresure a iniciar un expediente de extinción por dicha modificación, no autoriza a suspender el primero de los procedimientos. Tampoco es relevante que, de forma previa a dicha solicitud, la propia Administración hubiera tramitado un expediente de extinción, pues este se archivó como consecuencia de su caducidad, disponiéndose en la resolución de archivo que este se acordaba «sin perjuicio de que por el Organismo de cuenca se proceda, en su caso, a la incoación de un nuevo procedimiento para declarar la extinción de la concesión, al que se podrán incorporar todos los actos y trámites cuyo contenido se hubieran mantenido igual de no haberse producido la caducidad del procedimiento».

[…]

Del expediente no resulta que ninguna de las modificaciones en las que se basa la tramitación de este procedimiento haya dado lugar a perjuicios para el interés público, ni tampoco que no puedan ser autorizadas, con las condiciones correspondientes; ello dicho, por supuesto, sin perjuicio del análisis más detenido que debe hacerse en el correspondiente procedimiento de modificación de las condiciones del aprovechamiento.

Así, en lo que hace en primer lugar al cambio del sistema de riego, de gravedad a aspersión, se ha señalado en diversos informes que supone un consumo menor de agua y que, además, el sistema de agua no constituye una condición esencial de la explotación, de conformidad con el artículo 144.2 del RDPH.

En lo que hace al cambio de superficie regable, ha informado la Subdirección General de Dominio Público Hidráulico e Infraestructuras, que no debe dar lugar a declarar la extinción de la concesión, pues no supone un aumento de dicha superficie, sino una disminución de las parcelas que son objeto de riego. En tales circunstancias, señala dicha Subdirección, lo que procedería sería, en su caso, incoar un expediente de revisión concesional de conformidad con el artículo 65.1.a) del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, pudiendo acordarse la modificación del título concesional, de conformidad con el artículo 158 RDPH.

Por último, en lo que hace a la modificación del punto de toma, resulta del expediente que este se ha cambiado, y no se toma ya el agua del punto inicialmente autorizado, sino, al parecer, de otro situado en la finca Silos, perteneciente a … S. L. En relación con dicho punto de toma, se expone en el expediente que exis-

ten dos contratos de cesión de derechos, autorizados por la Confederación, y que, como se ha indicado, no se han aportado al expediente. (…) [Ello] sugiere que dicha variación del punto de toma pudiera no ser contraria al interés general. Por ello, habiéndose solicitado la modificación de las condiciones de la concesión, lo procedente es resolver primero dicho expediente, como se ha indicado, y solo en el caso de que no concurrieran razones para su modificación, procedería iniciar un nuevo procedimiento de extinción.

↻ *Dictamen 1160/2023, de 2 de noviembre.*

Expediente de extinción del aprovechamiento de aguas públicas a derivar del río Tiétar, en el término municipal de Majadas de Tiétar (Cáceres), con destino a riego por aspersión, cuya titularidad corresponde al Ayuntamiento de Majadas de Tiétar.

La segunda causa de caducidad alegada es la modificación de determinadas características o condiciones esenciales de la concesión sin contar con la previa y preceptiva autorización del organismo de cuenca (…).

[…]

(…) El informe-propuesta del Área de Régimen de Usuarios (antecedente noveno) indica tres condiciones esenciales incumplidas (superficie regada, volumen máximo anual y caudal máximo instantáneo concedido (…).

[…]

(…) Lo cierto es que en el expediente solamente se ha acreditado la modificación de la superficie regada (…). En ningún documento del expediente se aportan datos o documentos que acrediten la modificación del volumen ni del caudal a derivar. (…) Simplemente se da por supuesto a partir de la constatación de la reducción de la superficie regable y del aumento (ni cuantificado ni probado) de la potencia instalada. Si bien en teoría sería plausible tal deducción, lo cierto es que la Administración actuante no ha desplegado una diligencia indagatoria suficiente como para acreditar dicho impacto en el volumen o en el caudal. Este razonamiento deductivo ya fue censurado por el dictamen número 399/2020, de 17 de septiembre, de este Consejo de Estado, en el que se concluyó que el mero aumento de la potencia instalada (…) no permitía deducir automáticamente un incremento del caudal derivado ni del volumen máximo anual, indicándose que estas circunstancias debían probarse por separado (…).

[…]

En este caso, la Administración actuante solamente ha probado la reducción de la superficie regada. Si bien por ministerio del artículo 144.2 del RDPH (antes citado) dicha superficie regada es una condición esencial de la concesión, en este caso no cabe apreciar que dicho incumplimiento revista la entidad suficiente como para ameritar una declaración de caducidad. En este

sentido, la concepción más extendida y clásica de la caducidad de las concesiones entiende que se trata de un supuesto de extinción del título por incumplimiento grave de las obligaciones o cargas esenciales o cualificadas que incumben al concesionario por determinación del título o de la ley. Esta nota de gravedad del incumplimiento no viene específicamente exigida por el TRLA pero sí por otras normas: así lo exige, con carácter general para todas las concesiones demaniales, el artículo 100.f) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En relación con la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, que también exige ese incumplimiento grave en su artículo 86.3, cabe recordar que la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2005 (recurso de casación número 3153/2002) invocó el principio de proporcionalidad, estimando que la desproporción entre lo proyectado en el título y lo ejecutado por el concesionario permitía determinar la gravedad del incumplimiento (…).

Pues bien, en el expediente sometido a consulta, este Alto Cuerpo Consultivo estima que no se han satisfecho las exigencias de este principio de proporcionalidad. La Administración actuante no ha motivado por qué la mera reducción de la superficie regada es causa de caducidad en tanto que perjuicio relevante para el interés público (aquí, la gestión racional de un recurso escaso como el agua), pues la concurrencia de una causa de caducidad implica una cierta insatisfacción relevante de los intereses públicos cuya salvaguardia justificó el otorgamiento de la concesión, como ha dicho en otras ocasiones este Consejo de Estado (por ejemplo en el dictamen número 952/2004, de 29 de abril). En este sentido, no es lo mismo que la superficie regada fuese mayor a la permitida (lo que, a priori, sí exigiría un mayor volumen de agua para su riego) que, como en este caso, sea menor (algo más de la mitad), por lo que escasa parece ser la lesión al interés público (si es que la hay). No hay aquí proporcionalidad entre el incumplimiento menor de una condición esencial y la consecuencia más gravosa que puede acordar la Administración (la declaración de caducidad). Tampoco se ha escogido el medio menos lesivo (o la medida menos restrictiva) para los derechos o intereses de los particulares (como le impone el principio *pro libertatis* o *favor libertatis*) que permita salvaguardar el interés público tutelado por la Administración, que en este caso sería el expediente de modificación de las características de la concesión.

↻ *Dictamen 206/2023, de 20 de abril.*

Caducidad de la concesión de la que es titular Heidelberg Materials Hispania Cementos, S. A., ubicada en el Puerto de Pasaia.

Verificado el hecho de la inactividad concesional durante 12 meses, debe determinarse si concurre alguna causa que lo ampare. En efecto, la

Autoridad Portuaria está facultada para declarar la caducidad si aprecia dicha concurrencia conforme con lo establecido en las reglas 13.ª y 17.ª del título concesional en consonancia con el actual artículo 98.1 letras c) y k) del TRLPEMM.

↻ *Dictamen 1195/2023, de 14 de diciembre.*

11.3 DECLARACIONES RESPONSABLES

Proyecto Real Decreto por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, el Reglamento de la Administración Pública del Agua, aprobado por Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, y el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.

En este precepto se regula la declaración responsable que debe presentarse en relación con la realización de ciertas actividades en la zona de policía. El apartado 3 determina lo siguiente:

> «3. El plazo para iniciar las actividades tras la presentación de la declaración responsable será de 1 mes, para todas las actuaciones, excepto para las que se desarrollen en espacios naturales protegidos y reservas hidrológicas, que será de 2 meses, salvo que junto con la declaración responsable se adjunte un informe favorable del servicio ambiental de la comunidad autónoma (…)»

La referencia al plazo puede ser equívoca. (…)

[…]

(…) de conformidad con el artículo 69.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), «las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.» Ello determina, pues, que, si se condiciona la actividad a una declaración responsable, el reglamento no puede establecer un plazo dentro del cual no se puede llevar a cabo dicha actividad o ejercer dicho derecho.

↻ *Dictamen 753/2023, de 6 de julio.*

Revisión de oficio de actos nulos, iniciada a solicitud de doña …

Realizada por su parte una declaración responsable de que cumplía con todos los requisitos para concurrir admitida como aspirante, superado el examen, y presentada la documentación, la resolución que ahora se impugna la excluyó del procedimiento de evaluación por no estar en posesión de título de licenciada o graduada en Derecho y, en consecuencia, se le denegó la expedición de título profesional de la Abogacía.

En opinión de este Consejo de Estado, el recurso extraordinario de revisión no puede prosperar porque no concurre error de hecho en la resolución recurrida: la señora… no estaba en posesión del título de licenciada en Derecho, graduada en Derecho o de otro título universitario de grado equivalente; la Administración estaba obligada a requerirle (…), para que presentara los documentos acreditativos tras la realización de la prueba. No puede decirse que la Administración actuara contra sus actos propios por el hecho de incluirla como aspirante y de proceder a corregir su examen después. Y es que el sistema, previa declaración responsable del aspirante, les permite realizar la prueba primero y acreditar el cumplimiento de los requisitos después.

A la vista de los hechos, se constata que no hay error de hecho evidente, indiscutible y manifiesto que resulte de los documentos incorporados al expediente: la resolución ahora impugnada no podía más que excluir a la aspirante del proceso de evaluación y declarar la improcedencia de la expedición del título profesional de la Abogacía. Y este hecho, no invalida –como aduce la reclamante– ni su título de licenciada en Derecho por la universidad de Perú ni la superación del máster de acceso en una universidad pública española.

↻ *Dictamen 1040/2023, de 11 de octubre.*

11.4 TÍTULOS NOBILIARIOS

Sucesión en el título de Marqués de la Vega Inclán.

Ciertamente, tal y como este Consejo de Estado viene reiteradamente señalando, en nuestro derecho nobiliario, la legitimidad de sangre jamás ha restringido por sí sola la facultad de ostentar un título nobiliario ni de obtenerlo por sucesión, salvo si así fuera determinado en la carta de fundación (…).

Por ello, no puede partirse de la existencia de una presunción de exigencia de legitimidad en la sucesión nobiliaria, ya que, como se deduce de nuestra más reciente doctrina, solo la inclusión expresa en la carta de concesión de la exigencia de filiación matrimonial hace operar el principio de legitimidad, de modo que cualquier duda sobre la exigencia o no de filiación matrimonial en la sucesión

nobiliaria ha de ser interpretada a favor de la no exigencia del carácter matrimonial de la filiación, en atención a la prevalencia del principio constitucional de igualdad. Así lo ha entendido este Consejo de Estado, por ejemplo, en casos en los que existe una clara contradicción en relación con esta cuestión entre las disposiciones sucesorias de la carta concesional otorgada por el monarca y otras disposiciones posteriores, como la escritura fundacional del correspondiente mayorazgo: si el requisito de la legitimidad solo se recoge claramente en uno de los dos instrumentos, este Consejo entiende que la interpretación conforme al principio de igualdad debe prevalecer (dictamen del expediente número 1.364/2022, de 27 de octubre). (…)

[…]

La legitimidad constitucional de la explícita exigencia, en la carta concesional del título, de la filiación matrimonial, ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tal y como se ha abordado en una reiterada doctrina de este Consejo de Estado (entre otros, dictámenes de los expedientes números 687/2012 y 688/2012, ambos de 7 de febrero de 2013; y 1.180/2014, de 26 de marzo de 2015).

También el Tribunal Supremo, confirmando esta doctrina, ha declarado que «cuando la carta de concesión ordene la sucesión en el título nobiliario exclusivamente a favor de hijos y descendientes de legítimo matrimonio, quedan excluidos los hijos extramatrimoniales por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional que estableció la inaplicación del principio constitucional de igualdad a las distinciones nobiliarias al no existir una disposición legal que establezca a estos efectos la igualdad de todos los hijos, como por el contrario sucede con la equiparación de sexos desde la Ley 33/2006, de 30 de octubre» (STS n.º 135/2016, de 8 de marzo). (…).

Igualmente, y sin perjuicio de las evidentes diferencias existentes entre los distintos sistemas comparados, esta doctrina está en línea con el criterio mantenido en otros países de nuestro entorno (…).

Por consiguiente, a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión (entre otras STC n.º 27/1982 y n.º 126/1997), y en tanto no se produzca una intervención del legislador en orden a declarar la igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales en la sucesión en las Grandezas de España y títulos nobiliarios con independencia de lo dispuesto en las respectivas cartas concesionales, no puede sino concluirse que resulta de plena aplicación el requisito de legitimidad incluido expresamente en la carta concesional de la merced cuya sucesión ahora se dictamina.

[…]

El Consejo de Estado no comparte esta interpretación de los efectos de la usucapión. Ciertamente, de acuerdo con una arraigada jurisprudencia y la doctrina de este Consejo de Estado, la posesión continuada y no interrumpida, pacífica

y pública por plazo de cuarenta años, genera la adquisición por usucapión del título, con cambio consiguiente de la línea posesoria y extinción de las posibles acciones de terceros de mejor derecho, pues dicha adquisición por usucapión extingue la acción para instar la declaración de mejor derecho. Sin embargo, más allá de esa creación de una nueva cabeza de línea, la usucapión no altera las reglas por las que se rige la sucesión del título.

(…). En resumen, la usucapión consolida el derecho preferente de esta nueva línea, pero no permite obviar la falta de capacidad para suceder de quienes pertenecen a ella por línea extramatrimonial.

↻ *Dictamen 743/2023, de 28 de septiembre.*

Rehabilitación en el título de Marqués del Surco.

Ahora bien, sentado lo anterior, cabe también señalar que el propio Consejo de Estado (con un criterio frecuentemente coincidente con la División de Derechos de Gracia y Otros Derechos y la propia Diputación de la Grandeza) ha aplicado en algunos casos semejantes un criterio algo menos exigente en la valoración de los méritos para la rehabilitación. Así, junto a los supuestos en los que se modula esa apreciación en atención a circunstancias como la niñez o la juventud del descendiente (dictámenes números 124/2013, de 28 de febrero, y 166/2019, de 30 de mayo), en varios casos este Consejo de Estado ha calificado méritos estrictamente profesionales de distintos solicitantes como extraordinarios y, por tanto, suficientes para acceder a la rehabilitación (dictámenes números 188/2019, de 11 de abril, y 413/2019, de 20 de junio).

Como ya se indicó en el dictamen número 474/2020, de 22 de octubre, esta y no otra es la interpretación del artículo 5 del Real Decreto de 8 de julio de 1922, que a juicio del Consejo de Estado debe prevalecer. Como se decía en ese dictamen, «la realidad de la actual sociedad española y los valores democráticos que en ella rigen impiden toda minusvaloración de los méritos relacionados con el trabajo, ocupación o quehacer profesional que el interesado en una rehabilitación pueda alegar. Este criterio se ha seguido en la propia concesión por S. M. el Rey de los nuevos títulos nobiliarios creados en el presente siglo, que vienen a reconocer el bien hacer en el terreno profesional de los respectivos concesionarios».

[…]

A este respecto, cabe reiterar la naturaleza graciable del acto real de la rehabilitación, de modo que la alegación y prueba de las condiciones exigidas, entre ellas las de los méritos, no tiene otra eficacia que la de colocar al interesado en situación de aptitud para que la rehabilitación sea acordada a su favor, siendo plenamente potestativa para la corona su concesión o denegación.

↻ *Dictamen 742/2023, de 28 de septiembre.*

Sucesión en el título de Marqués de Ciriñuela.

El artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 permite al poseedor de dos o más Grandezas de España o títulos del Reino «distribuirlos entre sus hijos o descendientes directos con la aprobación de S. M., reservando el principal para el inmediato sucesor». Desde un punto de vista formal, por tanto, además de la correspondiente aprobación regia que, en la práctica, resultará, en su caso, al expedir la Real Carta de Sucesión, la distribución de títulos nobiliarios requiere una declaración expresa, recogida en documento público, *inter vivos* o *mortis causa*.

Tratándose de una excepción al régimen general (las mercedes nobiliarias son propiedades vinculadas, que tienen sustraída una de las facultades típicas del dominio, como es la de disposición), y dadas sus importantes consecuencias jurídicas (la distribución crea una nueva cabeza de línea, excluyendo a los pre-llamados), esa declaración expresa debe plasmar de forma nítida e indudable la voluntad de distribución. (…)

En efecto, la distribución de títulos nobiliarios produce una novación de líneas sucesorias que vincula a los restantes descendientes, que pierden definitivamente todo derecho preferente a los títulos distribuidos (véase, por todos, dictamen número 1.055/2017, de 14 de diciembre).

[…]

Pues bien, en el presente caso no concurren las circunstancias a las que la jurisprudencia anuda la producción del efecto de cosa juzgada. La sentencia dictada a favor de don … en 1997 se limitó a reconocer el mejor derecho de este señor frente a su hermana, pero no creó una nueva cabeza de línea, no consolidó definitivamente los derechos al título en la línea genealógica por él iniciada excluyendo a los prellamados en sucesiones futuras.

[…]

En resumen, y a modo de recapitulación, en relación con esta controvertida cuestión, el Consejo de Estado considera necesario aclarar los siguientes puntos:

1.º La Ley 33/2006 se aplica a todas las sucesiones abiertas con posterioridad a su entrada en vigor; ello implica, en particular, que la valoración de la precedencia genealógica no puede efectuarse con aplicación de la preferencia del varón.

2.º Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con el apartado 1 de la disposición transitoria única de la Ley 33/2006, las transmisiones del título ya acaecidas no se reputarán inválidas por el hecho de haberse efectuado con aplicación del principio de preferencia del varón, salvo que hubiesen sido eficazmente contestadas en el plazo previsto en el apartado 3 de la misma disposición transitoria. Las posesiones basadas en el principio de varonía que no hayan sido contestadas se reputan, por tanto, válidas a todos los efectos.

3.º Sin embargo, lo anterior no significa que la sucesión del hermano menor en edad, acaecida en el pasado y no contestada, abra definitivamente una línea

con derecho genealógico preferente frente a una línea primogénita (sea masculina o femenina); para ello, deberá haberse producido la prescripción adquisitiva en esa línea, y producir efectos con respecto a la persona interesada que la invoque a su favor en el correspondiente expediente de sucesión.

↻ *Dictamen 737/2023, de 23 de noviembre.*

Rehabilitación en el título de Marqués de la Torre de las Sirgadas.

Ocurre, sin embargo, que, en este caso, los méritos que el solicitante ha invocado son y coinciden con los que le han sido ya previamente recompensados con la mencionada Cruz, por lo que no pueden ser tomados en consideración en la rehabilitación nobiliaria que ahora se dictamina.

Invoca también el interesado en su escrito de alegaciones la doctrina de la sucesión diferida, alegando la proximidad de su parentesco con el último poseedor legal de la merced. Sin embargo, como ya se indicó en el dictamen número 1.184/2015, esta doctrina se ha aplicado en casos muy excepcionales respecto a descendientes en quienes concurrían especiales circunstancias (como la niñez o la juventud) que permitieron al Consejo de Estado apoyar un criterio menos exigente respecto a los méritos que debían acreditar, y esas circunstancias especiales no se dan en el ahora solicitante, que ni es descendiente del último poseedor legal, ni reúne unas circunstancias personales que puedan justificar una dispensa de los méritos exigibles con carácter general.

↻ *Dictamen 937/2023, de 14 de diciembre.*

12. TRANSACCIÓN, ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

12.1 ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Resolución del contrato entre la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia y la empresa China Meheco Co. Ltd.

En todo caso, la ausencia en la LCSP de cualquier otra mención al arbitraje no puede en modo alguno interpretarse como una prohibición explícita de acudir a esta específica vía de resolución de los conflictos surgidos en relación con la interpretación o ejecución de los contratos. A este respecto, resulta reveladora la supresión, en la vigente ley, de la regla contenida en el artículo 50 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (…). La eliminación de una previsión que de forma clara limitaba la posibilidad de acudir a este mecanismo de resolución a entes que no tuvieran naturaleza de Administración pública –que, a su vez, procedía en su literalidad de la contenida en el artículo 320 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público– permite interpretar que, bajo la vigente LCSP, esta posibilidad no se encuentra vedada.

Tampoco puede ignorarse que el contrato ahora examinado se celebró en un contexto de excepcionalidad que justificaba acudir a la vía de la contratación de emergencia y que llegó incluso a determinar la sujeción de los contratos formalizados o ejecutados total o parcialmente en el extranjero «a las condiciones libremente pactadas por la Administración con el contratista extranjero» (así lo permitía el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19).

↻ *Dictamen 1176/2023, de 23 de noviembre.*

13. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

13.1 CUESTIONES GENERALES

Expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado n.º …, instruido a instancia de don …

(…) debe reiterarse que la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración no es el cauce adecuado para encauzar cualesquiera pretensiones y, en concreto, no tiene por finalidad la revisión de la legalidad de los actos administrativos firmes, sino la reparación de los daños que éstos hayan podido ocasionar (entre otros, dictámenes números 513/2022, de 29 de septiembre, o 781/2022, de 3 de noviembre).

↻ *Dictamen 1782/2022, de 12 de enero de 2023.*

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado n.º …, instruida a instancia de don …

Asimismo, debe recordarse, en línea con lo señalado por la propuesta de resolución, que el Consejo de Estado ha llamado la atención en otras ocasiones (además de en los citados por la propuesta de resolución, en los dictámenes números 409/2017, de 29 de junio o 1.917/2010, de 7 de octubre) sobre las reclamaciones cuya finalidad es estrictamente perturbadora y que, por carecer de todo fundamento, su planteamiento raya el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, proscritos por el artículo 7.2 del Código Civil. El número de reclamaciones formuladas por el Sr. … en el plazo de los últimos dos años y medio, todas ellas inadmitidas o desestimadas (el Consejo de Estado ha emitido dictamen en dos de esas reclamaciones –dictámenes número 693/2020, de 14 de enero de 2021, y 66/2021, de 15 de abril–), pone una vez más de relieve la conveniencia de arbitrar mecanismos para propiciar un adecuado empleo de los recursos públicos y evitar que peticiones carentes de fundamento y claramente abusivas puedan ser desechadas sin los costes de un largo procedimiento administrativo que no tiene otra finalidad que perturbar el buen funcionamiento de

los servicios públicos, todo ello en aras del cumplimiento de los principios de eficacia y economía que deben regir la actuación de la Administración, establecidos en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

↻ *Dictamen 1945/2022, de 9 de febrero de 2023.*

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado n.º …, instruida a instancia de don …

(…) como se recordaba en los dictámenes números 232/2022, de 28 de abril, y 1.781/2022, de 15 de diciembre, relativos a casos análogos, «no puede reclamarse en vía de responsabilidad patrimonial por aquello que ya fue expresamente resuelto en vía jurisdiccional, sin llegar a conceder a la parte recurrente lo que ahora pretende alcanzar por este nuevo procedimiento».

↻ *Dictamen 52/2023, de 23 de febrero.*

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado n.º …, instruida a instancia de don …

Respecto de los primeros, el Consejo de Estado ha señalado (entre otros, dictámenes números 234/2022, de 12 de mayo, o 591/2019, de 18 de julio, que la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración no es el cauce adecuado para hacer valer la disconformidad con la ejecución de una sentencia, sino que las pretensiones relacionadas con esa circunstancia han de plantearse por medio de un incidente de ejecución de sentencia.

↻ *Dictamen 51/2023, de 30 de marzo.*

Expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don … en nombre y representación de don …

(…) a través de la reclamación que ahora se informa, el interesado pretende en última instancia dejar sin efecto las actuaciones tributarias realizadas en el marco del procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria descrito, a pesar de que únicamente impugnó en la vía administrativa el precedente acuerdo de adopción de medidas cautelares, deviniendo firmes el acuerdo de derivación de responsabilidad tributaria y los actos dictados en la vía de apremio para el cobro de las deudas tributarias derivadas de dicho acuerdo. Es claro, por tanto, que no procede recurrir a la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración para privar de efectos jurídicos a unas actuaciones administrativas que han devenido firmes por no impugnadas, tal y como ha subrayado la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones (entre otras, sentencias de 3 de mayo de 2010 – recurso de casación n.º 3523/2008, 19 de julio de 2011 – recurso de casación n.º 4912/2007, y 5 de febrero de 2020 – recurso de casación n.º 1315/2019).

↻ *Dictamen 603/2023, de 21 de septiembre.*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento del Registro Civil, formulada por doña …

De ello se desprende que, aunque la reclamante ha invocado, en apoyo de su pretensión, el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, no se está ante un eventual supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito de esa Administración, sino ante un caso de eventual responsabilidad patrimonial de la Administración pública por funcionamiento de los servicios públicos, como son los de los registros civiles. Así se lo han puesto acertadamente de manifiesto los órganos instructores a la ahora reclamante, sin que esta última haya alegado de contrario.

↻ *Dictamen 1028/2023, de 11 de octubre.*

Expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado n.º …, instruido a instancia de don …

En este sentido ha de tenerse en cuenta el efecto de cosa juzgada y las obligaciones que resultan, entre otros, de los artículos 17.2 y 18.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «Las Administraciones Públicas, las autoridades y funcionarios, las corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes» y «Las resoluciones judiciales solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes».

Efectivamente, como ha venido señalando en múltiples dictámenes el Consejo de Estado, por todos los números 232/2022, de 28 de abril, y 1.781/2022, de 15 de diciembre, «no puede reclamarse en vía de responsabilidad patrimonial por aquello que ya fue expresamente resuelto en vía jurisdiccional, sin llegar a conceder a la parte recurrente lo que ahora pretende alcanzar por este nuevo procedimiento». Así, por ejemplo, en los casos de anulación judicial del acto administrativo de exclusión de un procedimiento selectivo, cuando se reclaman los salarios y retribuciones dejados de percibir y en sede jurisdiccional, fueron expresamente rechazadas las pretensiones económicas solicitadas (por todos, el dictamen número 52/2023/1.606/2022, de 23 de febrero).

En definitiva, no se cumplen los presupuestos necesarios para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración.

- *Dictamen 1041/2023, de 11 de octubre.*
- *Ver también dictamen 1018/2023, de 5 de octubre.*

Reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños y perjuicios sufridos en el desempeño de su trabajo como Letrada de la Administración de Justicia, sustituta en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Vinaroz, formulada por don …, en nombre y representación de doña …

A mayor abundamiento, cabe recordar que, en relación con el eventual reconocimiento de una indemnización por la responsabilidad de la Administración derivada de la existencia de acoso, el Consejo de Estado ha venido señalando (dictámenes números 900/2019, de 12 de diciembre, 746/2011, de 7 de julio, o 2.080/2022, de 2 de marzo de 2023, entre otros) que el procedimiento de responsabilidad patrimonial no es un instrumento adecuado para constatar y declarar, de forma autónoma, la existencia de un ilícito administrativo constitutivo de acoso. Las cuestiones relativas a la prueba fáctica del acoso y su calificación jurídica encuentran su vía adecuada a través de otros instrumentos. Señala así el Consejo de Estado en los dictámenes referidos que la prueba del acoso y su calificación jurídica encuentran acomodo en los procedimientos disciplinarios en los que se analice la eventual actuación acosadora de cargos o funcionarios públicos, o bien en procedimientos de impugnación de actos o decisiones que se entiendan acreditadores y reveladores de una situación de acoso.

En efecto, el acoso laboral es una conducta ilícita de la que no pueden derivarse responsabilidades cuando esta no ha sido declarada. Por ello, no cabe, a través de un expediente de responsabilidad patrimonial, el reconocimiento de una indemnización a favor de quien se considera agredido, sin las debidas garantías de los afectados, un juicio inquisitorio sobre las conductas o actuaciones desarrolladas en el seno de las Administraciones públicas y un reconocimiento explícito de que la conducta ilícita constitutiva del acoso ha tenido lugar.

Aunque la reclamante hace referencia a distintas denuncias y quejas formuladas por ella (y también contra ella, según se desprende de sus propias manifestaciones y de los antecedentes recabados), no consta que se haya declarado la efectiva existencia de conductas de acoso laboral de las que haya sido víctima la hoy reclamante. Por tanto, no puede concluirse que haya existido ninguna actuación constitutiva de acoso laboral que deba dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios pretendida por la reclamante.

- *Dictamen 1102/2023, de 8 de noviembre.*
- *Ver también dictámenes 1815/2022, de 16 de febrero de 2023 y 2080/2022, de 2 de marzo de 2023.*

13.1.1 **Requisitos**

Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la compañía Siever Spain 2000, S. L., derivada de la actuación de los servicios públicos dependientes del Ministerio del Interior y de la AEAT.

IV. Para el eventual reconocimiento de responsabilidad patrimonial a cargo de la Administración pública es necesario el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos a tal fin, esto es, la concurrencia de un hecho, acción u omisión que resulte imputable a aquella; la producción de un daño que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar, daño que debe ser efectivo y acreditarse; y la existencia de una relación de causalidad entre aquel hecho, acción u omisión y el mencionado daño o perjuicio, sin la intervención de elementos que pudieran alterar el nexo causal ni, en particular, la concurrencia de fuerza mayor.

Tales exigencias han sido precisadas por constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y reiterada doctrina del Consejo de Estado, y se regulan en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y, en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

↻ *Dictamen 1236/2023, de 20 de diciembre.*

13.1.2 **Vías específicas**

Solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración interpuesta por doña …

La naturaleza jurídica de los conciertos suscrito entre MUFACE y tales entidades es la propia de los «contratos de concesión de servicios», de forma que, en lo [no] previsto por la normativa especial de esta mutualidad, se rigen por lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público. Así lo prevé actualmente el apartado 1 de la disposición adicional decimonovena de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

[…]

Desde un punto de vista procedimental, las reclamaciones presentadas ante MUFACE por la asistencia sanitaria recibida en el marco de los conciertos suscritos con entidades privadas deben tramitarse a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado. El artículo 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, prevé la aplicación de dicho régimen (…).

Desde un punto de vista sustantivo, las reclamaciones formuladas contra MUFACE en relación con la asistencia sanitaria prestada en régimen de concierto debe resolverse aplicando el régimen de responsabilidad por daños a terceros previsto en la legislación de contratos del sector público, así en general como para los «contratos de concesión de servicios».

[…]

En el caso de los «contratos de concesión de servicios» (antes «contratos de gestión de servicios públicos») se reitera con otras palabras la misma regla, al preverse que el concesionario está obligado a «indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración» (artículo 288.c).

Aplicando este régimen legal a la reclamación sometida a consulta, el Consejo de Estado considera que procede su desestimación, toda vez que la responsabilidad de MUFACE, en cuanto titular de los conciertos, se ciñe a gestionar económicamente la financiación de la prestación sanitaria.

Mediante la técnica del concierto se facilita la asistencia sanitaria a los mutualistas y demás beneficiarios a través de entidades vinculadas, que son las que llevan a cabo las prestaciones sanitarias, sin que la mutualidad realice ningún tipo de actuación médica ni imparta instrucciones en cuanto a la naturaleza, forma o alcance de la asistencia prestada (…).

La actividad desarrollada por MUFACE es de mera gestión asistencial o, en los términos legales, es «acción protectora», pues se limita a articular la cobertura económica de las prestaciones sanitarias, sin integrarse en consecuencia, ni la entidad ni su actividad, en el Sistema Nacional de Salud (…).

Ha quedado acreditado además en el expediente que los daños alegados por la reclamante no han sido consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración.

↻ *Dictamen 751/2023, de 13 de julio.*

13.1.3 **Responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas**

Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada a instancia de la mercantil Corralzín, S.L. por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la aprobación del Plan Parcial SAU-LG-01 por el Ayuntamiento de Colunga (existencia de un cauce público que afecta a la finca objeto de edificación).

En el asunto sometido a consulta, Corralzín, S.L., reclama responsabilidad patrimonial frente a más de una Administración pública, lo que exige dilucidar,

con carácter preliminar, los términos en los que resulta aplicable el artículo 33 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, ya que este Alto Cuerpo Consultivo ha destacado (entre otros, en el dictamen número 1.681/2022, de 22 de diciembre) que este precepto distingue dos supuestos de hecho diversos, sometidos a un régimen jurídico distinto: aquel en el que la responsabilidad concurrente deriva de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación ejecutadas al amparo de un previo instrumento regulador, como puede ser un convenio de colaboración, al que aluden los apartados 1, 3 y 4 del mencionado precepto; y el resto de supuestos de responsabilidad concurrente entre Administraciones públicas, a los que presta atención el apartado 2.

Mientras que «para los primeros la regla que rige es la de solidaridad ad extra, para los segundos rige la mancomunidad y solo cabe aplicar la solidaridad de forma subsidiaria cuando no sea posible determinar la responsabilidad de cada una de las Administraciones implicadas atendiendo a los criterios señalados en el apartado 2. Esto determina que, en el primer caso, el interesado pueda dirigirse contra cualquiera de las Administraciones actuantes y la Administración competente para tramitar y resolver la reclamación deba consultar a las restantes a fin de que estas manifiesten lo que tengan por conveniente antes de dictar resolución. Por el contrario, en el segundo caso, la reclamación debe formularse contra todas las Administraciones involucradas en la actuación, debiendo cada una de ellas resolver y fijar su grado de responsabilidad en atención a los "criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención"».

El primer caso constituye, por lo tanto, «una regla excepcional que debe ser objeto de interpretación estricta» en el sentido de que, como recientemente ha matizado el dictamen número 1.179/2023//254/2023, de 16 de octubre, «es necesario que se den dos condiciones previas:

– primero, que exista una fórmula conjunta de actuación entre varias administraciones, como puede ser un convenio;
– y segundo, que la reclamante impute la responsabilidad a dichas administraciones por considerar que deriva de la gestión de dicha fórmula conjunta.

Solo, pues, cuando concurren ambas condiciones procederá aplicar el referido supuesto. En el correspondiente procedimiento deberá consultarse al resto de las administraciones que hayan participado en la fórmula conjunta de actuación, conforme el apartado 3 del mismo artículo 33.

En todo caso, para que pueda llevarse a cabo la declaración de la responsabilidad solidaria y concurrente de dichas administraciones, es necesario, además, que se estime que concurren los presupuestos para imputar la responsabilidad a dicha gestión conjunta. Ello implica, pues, que se aprecie que la lesión que ha sufrido el reclamante deriva en una relación causal de dicha actuación conjunta, en los tér-

minos previstos en el artículo 32 de la LSP. Cuando ello no sea así, esto es, cuando no se dan tales presupuestos de la responsabilidad, el alcance de la resolución de la administración que tramita el procedimiento deberá ceñirse a declarar la inexistencia de dicha responsabilidad solidaria y concurrente, y a acordar lo procedente sobre la responsabilidad de ella misma –la que tramita el expediente, que es la del Estado en este caso–, pero no podrá llevar a cabo pronunciamiento alguno sobre la eventual responsabilidad del resto de las entidades públicas.Y ello con independencia de la eventual responsabilidad que pudiera derivarse para alguna de dichas administraciones, al margen de la gestión conjunta».

La aplicación de esta doctrina general al caso concreto lleva a la conclusión de que el asunto sobre el que versa la presente consulta se rige por el apartado 2 del artículo 33 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y de que, por consiguiente, la Confederación Hidrográfica del Cantábrico únicamente debe pronunciarse acerca de su eventual responsabilidad patrimonial. En efecto, no existe una fórmula de gestión conjunta que cuente con un instrumento regulador específico, sino una mera concurrencia competencial sobre un mismo espacio físico –las competencias de las Administraciones autonómica y local en materia urbanística, por una parte, y las de la Administración hidráulica en materia de aguas, por la otra–. Por este motivo, el presente dictamen se va a centrar en la responsabilidad que, en su caso, quepa imputar al organismo de cuenca.

- *Dictamen 1140/2023, de 23 de noviembre.*
- *Ver también dictamen 1179/2023, de 16 de noviembre.*

Reclamación que formula don …, en representación de Constructora Puerto de Alcudia S. A., por los daños sufridos en la finca registral …, calificada como suelo urbano por las normas subsidiarias municipales del Alcudia (Illes Balears), cuantificados en 16.235.600 €, como consecuencia de su calificación como zona húmeda por el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Illes Balears.

En su escrito de reclamación inicial (antecedente primero de este dictamen), la compañía interesada reclama contra la Administración General del Estado, aduciendo que el PIHB [Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Illes Balears] 2019 que le causó perjuicio fue aprobado por esta mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros. La Administración hidrológica niega que los eventuales daños derivados de la aprobación de ese plan sean imputables a la Administración General del Estado: el informe de la Dirección General del Agua (antecedente segundo) y la propuesta de resolución (antecedente sexto) interpretan que el Real Decreto de aprobación del PHIB 2019 es un «acto debido», cuyo contenido material es configurado íntegramente por la comunidad autónoma (al tratarse de una cuenca intracomunitaria), limi-

tándose el Estado a darle validez formal mediante la aprobación del correspondiente instrumento normativo.

Se trata este de un procedimiento complejo en el que participan dos Administraciones territoriales diferentes, cuyas competencias deslinda claramente la normativa de aguas. Así, el artículo 40.6 del TRLA (y en sentido similar el artículo 83.4 del RPH) dispone:

> «Los planes hidrológicos de cuenca que hayan sido elaborados o revisados al amparo de lo dispuesto en el artículo 18 [planes de cuencas intracomunitarias] serán aprobados si se ajustan a las prescripciones de los artículos 40.1, 3 y 4 y 42, no afectan a los recursos de otras cuencas y, en su caso, se acomodan a las determinaciones del Plan Hidrológico Nacional.»

[…]

En el expediente sometido a consulta, la Administración General del Estado ha cumplido con las competencias que le incumben en este procedimiento, comprobando la conformidad del plan propuesto por el Gobierno balear con los tres extremos indicados en el artículo 40.6 del TRLA y publicando el real decreto correspondiente en el Boletín Oficial del Estado.

↻ *Dictamen 1961/2022, de 23 de marzo de 2023.*

13.2 LESIÓN

13.2.1 **Cuestiones generales**

Solicitud de indemnización por daños y perjuicios formulada por el Centro de Formación Aeronáutica Aerofan el 23 de noviembre de 2022, cuyo importe asciende a novecientos sesenta y nueve mil setecientos setenta euros (969.770 euros), como consecuencia del Acuerdo de inicio de suspensión del Certificado de Organización Aprobada, dictado por la Directora de Seguridad de Aeronaves de AESA el 16 de septiembre de 2021).

(…) no cabe apreciar la existencia de una lesión o un perjuicio antijurídico en los términos exigidos por el citado artículo 32, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Consejo de Estado (entre otros, en el dictamen número 360/2015, de 9 de julio), puesto que la resolución de 16 de septiembre de 2021 por la que la AESA acordó la suspensión de la «E-ATO-114 CENTRO DE FORMACIÓN AERONÁUTICO AEROFAN para realizar la formación de vuelo de los cursos aprobados en su

Certificado ATO» se adoptó a resultas de las inspecciones practicadas a dicha compañía de las que se desprendieron una serie de deficiencias que merecieron la calificación de nivel 2, y que según resulta del expediente no fueron subsanadas en ninguno de los Planes de Acciones Correctoras presentados por el reclamante, por lo que, tras la iniciación del procedimiento de suspensión del título habilitante, se acordó la medida provisional referida con el fin de garantizar la seguridad aérea.

↻ *Dictamen 972/2023, de 30 de noviembre.*

13.2.2 **Efectividad del daño**

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, instruida a instancia de don …

Es doctrina constante del Consejo de Estado que solo cabe considerar que existe un daño efectivo en el retraso en el acceso a la función pública cuando el interesado efectivamente consigue convertirse en funcionario. En otro caso, la reclamación debe considerarse basada en una simple expectativa y, por consiguiente, debe ser desestimada.

Como se indicaba en el dictamen número 204/2021, de 6 de mayo, y se recordaba también en el dictamen número 1.781/2022, de 15 de diciembre, el Consejo de Estado ha entendido que procede desestimar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial presentadas por quienes, habiendo visto reconocido su derecho a acceder a un proceso selectivo, no culminaron las fases de este y no consiguieron su nombramiento como funcionarios de carrera. Y que procedía entender presentadas en plazo, por el contrario, aquellas en las que los interesados perseveraron en su intención, recurrieron los actos, se incorporaron al proceso cuando fueron llamados y consiguieron ser nombrados funcionarios de carrera, consolidándose en este momento el daño efectivo al que aludían.

↻ *Dictamen 52/2023, de 23 de febrero.*
↻ *Ver también dictamen 801/2023, de 21 de septiembre.*

Responsabilidad patrimonial formulada por Clivia Quinta de Aves S. L. por los daños y perjuicios, cuantificados en 21.202.089,80 E, sufridos al quedar sus parcelas n.° … y n.° …, incluidas dentro de los límites de la zona de dominio público marítimo-terrestre, en el deslinde aprobado por la O. M. de 11 de junio de 2008, del entonces Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, posteriormente anulado judicialmente.

En el asunto sometido a consulta, el daño invocado por la mercantil interesada no es efectivo en el sentido requerido por el artículo 32.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dado que es jurisprudencia reiterada (sentada, entre otras, en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1997, recurso 670/1994, y de 12 de septiembre 2014, recurso 1.365/2012) que las meras expectativas –es decir, las ganancias dejadas de percibir que, aun siendo posibles, merecen el calificativo de dudosas o contingentes por derivar de resultados inseguros o desprovistos de certidumbre– no constituyen una manifestación del lucro cesante susceptible de ser indemnizado por la vía de la responsabilidad patrimonial.

En el ámbito urbanístico, ello ha llevado a la jurisprudencia a conectar el reconocimiento del derecho a ser indemnizados de los afectados por un cambio de la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o del correspondiente instrumento de planeamiento, a la patrimonialización de las facultades que integrarían el derecho urbanístico del que afirman haberse visto privados como consecuencia de la modificación normativa operada (véanse, por todas, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 de febrero de 2010, recurso 1.863/2008, y de 19 de mayo de 2010, recurso 3.679/2006).

Dicha patrimonialización consiste en la incorporación de las facultades previstas de manera genérica en la normativa y/o en el plan de ordenación urbanística al patrimonio del titular de unos terrenos que han sido calificados como suelo urbanizable y que, en función del momento en que el proceso urbanizador se encuentre, conllevarán la mera posibilidad de urbanizar, un aprovechamiento urbanístico concreto o el derecho a edificar. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha aclarado (entre otras, en las sentencias de 18 de julio de 2007, recurso 8.948/2003, y de 9 de julio de 2012, recurso 6.433/2010) que para que la patrimonialización tenga lugar, el propietario tiene que haber cumplido los deberes que le incumben en relación con el proceso urbanizador, pues solo entonces habrá contribuido a que sea posible el ejercicio de los contenidos que la norma, de modo artificial, añade a su derecho inicial.

Así, ha señalado que el «derecho a edificar (…) se materializa con la licencia urbanística, patrimonializándose en ese momento, con las consecuencias indemnizatorias que ello comporta. Antes del otorgamiento (…) existe una mera expectativa, un simple derecho a solicitarla, pero cualquier cambio normativo o de otra naturaleza que impida su otorgamiento, y, por consiguiente, la materialización del aprovechamiento que hasta ese momento pueda ostentar el suelo, no da derecho a ningún tipo de indemnización. La licencia [por el contrario] incorpora al patrimonio de su titular el derecho a edificarlo en los términos en ella autorizado, dentro del plazo de caducidad con el que, en su caso, se otorga» (véase, por todas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2016, recurso 2.324/2016).

Igualmente, ha advertido que el derecho al aprovechamiento urbanístico no puede considerarse incorporado al patrimonio del propietario en los casos en los que el plan parcial está aprobado, pero escasamente ejecutado (así, entre otras, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998, recurso 327/1993); y menos aún, cuando el reclamante ni siquiera ha especificado los gastos de urbanización en los que tendría que haber incurrido para transformar su derecho de propiedad (véase, por todas, la sentencia de la Sala lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 2009, recurso 944/2005).

Finalmente, ha aplicado esta doctrina a ámbitos ajenos al urbanístico, en los que la incorporación de una mera facultad al patrimonio del perjudicado, y su subsiguiente conversión en derecho consolidado, precisaba de algún acto ulterior que no se ha producido e impide apreciar la existencia de un daño indemnizable: por ejemplo, cuando se ha solicitado una subvención o ayuda pública cuya falta de concesión se vincula a un supuesto funcionamiento anormal de la Administración (en la sentencia de 5 de noviembre de 2010, recurso 1.767/2006) o cuando se ha instado la prórroga del plazo de una concesión minera cuya denegación se conecta con el funcionamiento de la autoridad administrativa ambiental –que ha rechazado el proyecto de explotación presentado– (en la sentencia de 25 de octubre de 2016, recurso 2.503/2015). En ambos casos, la Sala lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estimó que la ayuda y la prórroga solicitadas y posteriormente denegadas eran meras expectativas que no se habían incorporado al patrimonio de los afectados como derechos consolidados y que, en consecuencia, no podían dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios.

En el expediente remitido al Consejo de Estado, cuando Clivia Quinta de Aves, S. L., adquirió el 15 % de las parcelas … –que, con posterioridad, se vieron afectadas por el expediente de deslinde del tramo de costa comprendido entre el extremo norte de la calle Antonio Machado y las inmediaciones de las ruinas del antiguo Cuartel de Carabineros, junto a la playa de los Bajos de la Romanilla, en el término municipal de Roquetas de Mar–, poseía una mera expectativa a la urbanización y ulterior edificación de los terrenos, y no un auténtico derecho cuya privación, temporal o definitiva, tenga que ser económicamente compensada por la Administración a través del instituto de la responsabilidad patrimonial.

Es cierto, en este sentido, que dichos terrenos habían sido calificados como suelo urbanizable en el Plan General de Ordenación Urbanística que estaba vigente en el momento en el que se formalizó su compraventa. Pero no es menos cierto que, de conformidad con el informe del Ayuntamiento de la Corporación Municipal, de 6 de abril de 2022, (…) en la fecha en la que el primer expediente de deslinde fue incoado, el Ayuntamiento de Roquetas de Mar ni siquiera había aprobado el plan parcial que habría concretado el aprovechamiento urbanístico al

que la mercantil interesada hubiese tenido derecho, tras cumplir los deberes de urbanización que dicho instrumento de planeamiento le hubiera impuesto.

↻ *Dictamen 1942/2022, de 2 de marzo de 2023.*

Expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, instruido a instancia de don …, en nombre y representación de doña …

En el presente caso no ha quedado probado que la reclamante haya sufrido un daño efectivo.

La reclamante se limita a señalar en su escrito que mantenía un vínculo afectivo con su padre, el Sr. …, pero no aporta prueba alguna de dicha relación. Es llamativo que, en la declaración del cuñado del fallecido, el Sr. …, solo se mencione la relación que el finado mantenía con sus hermanas, pero ninguna alusión se haga a la hija del Sr. …, la cual no convivía con él y dejó transcurrir más de siete meses sin manifestar ninguna preocupación acerca de su paradero. Es más, fue el Sr. … quien acudió a la Comisaría de Distrito-Norte de Alicante para denunciar su desaparición y, con posterioridad, fueron las hermanas del finado las que acudieron para revisar sus pertenencias y decidieron no hacerse cargo de las mismas y autorizar su destrucción, sin que se tenga constancia de ninguna actuación por parte de la reclamante.

El Consejo de Estado ha tenido en cuenta en otras ocasiones (dictámenes números 1.260/2014, de 12 de febrero de 2015, o 203/1999, de 25 de marzo) para desestimar reclamaciones de responsabilidad patrimonial similares a la ahora analizada la diligencia mostrada por los familiares del fallecido para denunciar su desaparición y realizar las pesquisas necesarias para conocer su paradero, así como la realidad de los vínculos afectivos que mantenían con él, apreciando la existencia de un daño efectivo «si los vínculos familiares y afectivos son reales y las circunstancias y comportamientos de quienes alegan el daño resultan concordantes con su existencia, (…) siempre, por tanto, que no haya omisiones o dejadez de quien reclama que puedan ponerla en cuestión» (dictamen número 442/2014, de 22 de mayo y los que en él se citan).

En el presente caso, no puede considerarse probado el vínculo afectivo de la reclamante con el fallecido ni sus esfuerzos por conocer su paradero, sin que haya aportado, por lo demás, ninguna prueba del daño moral que efectivamente haya podido sufrir como consecuencia del retraso en el conocimiento de la muerte de su padre, como pudieran ser informes psicológicos.

Así las cosas, el Consejo de Estado considera que no concurren los requisitos legalmente necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en el presente caso, por lo que procede desestimar la reclamación formulada.

↻ *Dictamen 588/2023, de 15 de junio.*

13.2.3 **Anulación de disposiciones o resoluciones administrativas**

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado n.º …, instruida a instancia de don …

(…) constituye un criterio consolidado del Consejo de Estado que la responsabilidad patrimonial de la Administración no supone que la obligación nazca siempre que se produzca la anulación de un acto administrativo.

↻ *Dictamen 52/2023, de 23 de febrero.*

Expediente de responsabilidad patrimonial iniciado por don … en relación con los posibles daños ocasionados como consecuencia de la no renovación de la acreditación del título universitario oficial de Graduado o Graduada en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte y extinción del correspondiente plan de estudios.

De conformidad con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, «la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización» (…)

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido perfilando el alcance y significado de la anterior previsión. Así, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 14 de noviembre de 2016, se afirma lo siguiente: «La jurisprudencia de este Tribunal Supremo en orden a una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación –en sede administrativa o jurisdiccional– de un acto puede condensarse en los siguientes parámetros: I) La anulación no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella solo cuando concurran los requisitos exigidos con carácter general; II) El requisito esencial y determinante para que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial en estos casos es la antijuridicidad del perjuicio; III) Para determinar si un sujeto de derecho está obligado jurídicamente a soportar el daño que le ha infligido el funcionamiento de un servicio público, uno de los elementos a tomar en consideración es la naturaleza misma de la actividad administrativa: «no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en los que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador». Además, la doctrina jurisprudencial precisa que el examen de la antijuridicidad «no debe hacerse desde la pers-

pectiva del juicio de legalidad del acto que fue anulado, cuya antijuridicidad resulta patente por haber sido así declarada por el Tribunal correspondiente, sino desde la perspectiva de sus consecuencias lesivas en relación con el sujeto que reclama la responsabilidad patrimonial, en cuyo caso ha de estarse para apreciar dicha antijuridicidad a la inexistencia de un deber jurídico de soportar dichas consecuencias lesivas de acuerdo con el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 (precepto ya derogado que se corresponde con el artículo 32.1 de la Ley 40/2015)» (sentencias de 20 de febrero de 2012, recursos de casación números 6864/2010 y 462/2011).

Además, como recordaba el dictamen número 1.027/2019, de 23 de enero de 2020, para declarar la responsabilidad patrimonial en los supuestos de anulación judicial de resoluciones administrativas, es necesario distinguir aquellos supuestos en que la anulación se debe a una diferente interpretación de una norma jurídica en un asunto complejo, de aquellos otros en que habría habido un error o deficiente valoración de datos objetivos, de forma que solo en este último supuesto habría obligación de indemnizar, siempre que concurriesen todos los requisitos exigibles.

[…]

Según resulta de los antecedentes extractados, en el procedimiento iniciado a instancia de la Universidad Isabel I de Castilla para la renovación de la acreditación del título oficial de graduado o graduada en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte, se observaron las previsiones del artículo 27 bis del Real Decreto 1393/2007 y de su artículo 25, apartados 9 a 11, incluida la emisión por la Comisión de Garantías de la ACSUCYL de su informe de 22 de noviembre de 2018, exigido por el indicado artículo 25.9.

Dicho informe, sin embargo, no fue incorporado al expediente administrativo, ni (…) al expediente remitido a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con ocasión del recurso interpuesto por la universidad reclamante contra las mencionadas resoluciones del Consejo de Universidades. A juicio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, la falta de emisión del preceptivo informe (…) consumaba una infracción esencial del procedimiento (…) [que] viciaba de nulidad el informe posterior de la ACSUCYL, base jurídica de la resolución administrativa impugnada (…)

[…]

[De ello se sigue que] la omisión procedimental apreciada por la resolución judicial indicada constituye antes una incorrecta confección del expediente administrativo que una inadecuada conformación de las resoluciones administrativas cuestionadas, desde la perspectiva de su fundamentación jurídica. (…)

En definitiva, a juicio del Consejo de Estado, no puede considerarse que la actuación administrativa desarrollada en el presente supuesto constituya un título de imputación de responsabilidad patrimonial del Ministerio de Universidades, ni

que haya generado un perjuicio indemnizable a la universidad reclamante, procediendo la desestimación de la reclamación formulada.

↻ *Dictamen 56/2023, de 27 de abril.*

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, instruida a instancia de don …, en nombre y representación de Grupo H.S.P. de Seguridad, S.A.

Ciertamente «la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización» (artículo 142.4 de la Ley 30/1992, hoy reemplazado por el artículo 32.1 de la Ley 40/2015).

A este respecto es preciso traer a colación una consolidada línea doctrinal de este Consejo de Estado que, como recoge su Memoria del año 2018, de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2018, recurso n.º 5.006/2016) ha abandonado la llamada doctrina del «margen de tolerancia» fundamentada en el aspecto subjetivo de la actuación de la Administración, para desplazar el foco hacia el aspecto objetivo de la antijuridicidad del perjuicio (en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo).

Por tanto, como recoge, por todos, el dictamen número 360/2019, de 13 de junio, ha de abandonarse el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, la antijuridicidad de la lesión, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto y sin introducir, por tanto, el requisito de culpa o negligencia en la actuación jurídica de la Administración.

Uno de los criterios que se viene empleando por el Tribunal Supremo es el de la necesidad de examinar si la actuación en concreto debe considerarse como razonable y razonada, para lo cual es necesario atender a los términos de la justificación que se dé en la sentencia. Deben por tanto distinguirse aquellos supuestos en que la anulación de la resolución de la Administración se debe a una diferente interpretación de una norma jurídica en un asunto complejo, de aquellos otros en que habría habido un error o deficiente valoración de datos objetivos, de forma que solo en este último supuesto habría obligación de indemnizar, siempre que concurriesen los requisitos exigibles.

Siguiendo la línea marcada, entre otros, desde el dictamen número 142/2018, de 24 de mayo, este análisis basado en los parámetros de racionalidad exigibles en cada caso «puede ponerse en conexión con la «violación suficientemente caracterizada» exigida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito de la responsabilidad» que emplea un test de razonabili-

dad «que habría de quedar excluida en aquellos casos en que se aprecie una violación «manifiesta y grave» de las normas aplicables».

Como recoge la propuesta de resolución «no cabe duda que ha tenido lugar un funcionamiento anormal de la Administración que ha originado a la empresa reclamante unos daños, que podrían haberse evitado» si la Administración hubiera actuado correctamente a la hora de recibir y valorar la documentación aportada por la entidad reclamante. Empleando los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes aludidos (por todas, la sentencia de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, asuntos acumulados C-46/93 y 48/93), se ha producido un error inexcusable y la actuación administrativa ha contribuido a una infracción de la normativa aplicable que, en este caso, ha provocado graves daños a la entidad interesada. Estos daños se podrían haber evitado si la Administración hubiera obrado correcta y diligentemente. Como se desprende de la sentencia de la Audiencia Nacional, esto habría determinado la no cancelación de la inscripción de la entidad reclamante en el Registro de Empresas de Seguridad.

En definitiva, de lo expuesto hasta ahora se desprende la concurrencia de los requisitos para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

↻ *Dictamen 736/2023, de 13 de julio.*

13.2.4 **Demoras**

Expediente de responsabilidad patrimonial iniciado por don … en relación con los posibles daños ocasionados ante la falta de resolución de su solicitud, equivalencia de su título de Licence Lettres et Sciences Humaines, Mention Langues et Civilisations, Spécialité Anglais, obtenido en la Université Bordeaux 3 (Francia) al nivel académico de Grado en la rama de conocimiento de Artes y Humanidades.

Este Consejo de Estado ha señalado (entre otros, dictámenes números 259/2010, de 25 de marzo; 449/2012, de 21 de junio; o 1.008/2014, de 9 de octubre) que «para que sean imputables a la Administración los daños producidos en la tramitación de un procedimiento, es preciso que este exceda de un periodo de tiempo razonable, en atención a criterios como la complejidad del asunto, la duración normal de procedimientos similares, la actuación del órgano instructor, etc. Solo cuando, tras la evaluación de dichas circunstancias, se deduzca que la dilación del procedimiento puede calificarse como irregular o anormal, habrá lugar a concluir que los daños derivados de la misma son imputables a la Administración».

↻ *Dictamen 325/2023, de 6 de julio.*

13.3 RELACIÓN DE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN

13.3.1 **Cuestiones generales**

Responsabilidad patrimonial formulada a instancia de don …, por los daños y perjuicios ocasionados el pasado 17 de marzo de 2018, en la finca «Malabrigo», propiedad de don …, sita en la margen derecha de la carretera de Montilla a Montalbán (Córdoba), kilómetro 5,570, constituida por las parcelas: 23 del polígono 33 y 5 y 6 del polígono 34 y 199 de polígono 37, y de las cuales, la número 23 del polígono 33 y la número 5 del polígono 34, estaban siendo explotadas por la mercantil Hijos de Manuel del Pino S. L., por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de las lluvias acaecidas, que provocaron el desbordamiento del Arroyo Salado, a la altura del puente de la carretera de Montilla a Montalbán, que inundó las instalaciones y las tierras de cultivo del cortijo Malabrigo, solicitando una indemnización de 106.782,32 euros.

Descartada la concurrencia de una causa de fuerza mayor, se ha de precisar si cabría imputar la responsabilidad de la crecida del arroyo Salado a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y/o a la Mancomunidad de Municipios Campiña Sur Cordobesa.

Cabe recordar, en este sentido, que, de conformidad con una reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentada, entre otras, en la sentencia de 26 abril de 2007, rec. núm. 2.102/2003, F. D. 3), «[e]l deber de responder en el supuesto de desbordamiento de un cauce en circunstancias climáticas normales como consecuencia del incumplimiento de la Administración de mantenerlo en debidas condiciones o de evitar la actuación de terceros que puedan suponer un obstáculo al curso de las aguas no se manifiesta sólo (…) en la elaboración y ejecución de planes [hidrológicos de cuenca], sino también, y de modo quizá menos característico, pero más continuo, directo e inmediato, en la función de policía de aguas (…) [en cuyo ejercicio la Administración hidráulica ha de ejecutar labores de] limpieza y dragado de los cauces cuando la sedimentación progresiva, la acumulación de maleza u otras circunstancias puedan producir desbordamientos peligrosos».

En efecto, el artículo 23 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, puesto en relación con los artículos 42.1.n), 92 y 94.1 de dicho cuerpo normativo, atribuye a los organismos de cuenca, entre otras funciones, la elaboración de un plan hidrológico de cuenca que recoja criterios sobre estudios, actuaciones y obras para prevenir y evitar los daños debidos a inundaciones, avenidas y otros fenómenos hidráulicos, así como la administración y el control del dominio público hidráulico, protegiéndolo y ejer-

ciendo la policía de las aguas y de los demás elementos del dominio público, zonas de servidumbre y perímetros de protección. En un plano más concreto, el artículo 4.k) del Real Decreto 984/1989, de 28 de julio, por el que se determina la estructura orgánica dependiente de la Presidencia de las Confederaciones Hidrográficas, atribuye a la Comisaría de Aguas la ejecución de las obras de mera conservación de los cauces públicos.

Es cierto que, como ha puesto de manifiesto el Servicio de Actuaciones en Cauces de la zona de Córdoba de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, trayendo a colación varios dictámenes del Consejo de Estado, un informe del Defensor del Pueblo del año 2009 titulado «Aguas y Ordenación del Territorio» y la «Guía de buenas prácticas en actuaciones de conservación, mantenimiento y mejora de cauces» publicada por el ahora Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico en el año 2019, dicho deber de conservación no puede ser concebido como una suerte de garantía universal del correcto funcionamiento de los cauces públicos que permita imputar de manera automática al organismo de cuenca los daños derivados de las crecidas ordinarias o extraordinarias de los caudales que discurren por los mismos.

Como las dotaciones presupuestarias por definición son limitadas y rara vez cubren todas las necesidades inherentes a la administración y el control del dominio público hidráulico, las confederaciones hidrográficas se ven obligadas a ordenar las actuaciones pendientes de ejecución en función de su indispensabilidad para la protección del demanio público, priorizando aquellas cuya ejecución se estima que no puede esperar y postergando aquellas cuya urgencia se considera menor. Ello hace que se deba estar a las circunstancias de cada caso concreto para determinar si el organismo de cuenca debería haber realizado alguna actuación de conservación que habría evitado el desbordamiento del cauce público o si, por el contrario, no estaba obligado a hacerlo y, por lo tanto, los daños que dicho desbordamiento haya provocado no le pueden ser imputados, en aplicación de la jurisprudencia sobre el significado y alcance de la relación de causalidad mediando un comportamiento omisivo de los poderes públicos (véase, por todas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2012, rec. núm. 2.435/2011, F. D. 6).

↻ *Dictamen 1623/2022, de 26 de enero de 2023.*

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado instruida a instancia de doña …

En casos similares al presente, el Consejo de Estado ha venido sosteniendo (entre otros, dictámenes números 904/2003, de 3 de abril; 1.161/2008, de 25 de septiembre; 2.224/2010, de 27 de enero de 2011; 1.250/2015, de 14 de enero de 2016; o 255/2021, de 24 de junio) que los accidentes que se sufran en los edi-

ficios administrativos, y con ocasión de su entrada en ellos, no son imputables en principio a la Administración, que no es aseguradora universal de todos los accidentes que ocurran en tales inmuebles. Para que pueda imputarse responsabilidad a la Administración resulta necesario un elemento causal adicional que permita entender que ese accidente es atribuible directamente a la Administración (por ejemplo, por un mal estado de las instalaciones). No es suficiente, por tanto, que la lesión se produzca en el área del servicio público, sino que la existencia de una relación de causalidad es requisito imprescindible para la indemnizabilidad del daño, debiendo vincularse ese nexo causal con el funcionamiento normal o anormal del servicio público.

↻ *Dictamen 23/2023, de 23 de febrero.*

Responsabilidad patrimonial tramitada a instancia de doña …, en cuya posición han solicitado subrogarse sus herederos tras su fallecimiento.

El Consejo de Estado ha venido señalando (dictámenes número 1.501/2022, de 6 de octubre, o 1.750/2022, de 15 de diciembre) que «es cierto que toda infraestructura es mejorable, pero ello no puede conllevar la exigencia de riesgo cero como estándar o parámetro exigible a las instalaciones o edificios de los que sea propietaria la Administración, y ello, aunque la responsabilidad de la misma sea objetiva, cuando menos si es responsabilidad *propter rem*». Asimismo, el Tribunal Supremo (entre otras, en las sentencias de la Sala de lo Civil 837/2005, de 11 de noviembre, y 194/2006, de 2 de marzo) ha establecido que el comportamiento humano, en la generalidad de los casos y necesariamente, «implica soportar los pequeños riesgos que una eventual falta de cuidado y atención comporta en la deambulación por los lugares de paso». Así se ha manifestado también por el Consejo de Estado, que ha declarado en múltiples ocasiones que «la deambulación y el desplazamiento conllevan naturales riesgos de caídas que son –en primer lugar– imputables a las personas que los verifican» (dictamen número 934/2019, de 16 de enero de 2020, así como en otros muchos que lo citan, por ejemplo, los dictámenes números 825/2020, de 11 de febrero de 2021 o 329/2021, de 13 de mayo).

En cuanto a la adopción de medidas posteriores a la producción de un daño que lo hubieran hecho menos probable –en este caso, la reparación de la acera– no es admisible como prueba de culpa, negligencia o defecto del funcionamiento del servicio conforme a la denominada «*development risk clause*», a la que este Alto Cuerpo Consultivo se ha referido en numerosas ocasiones (entre otros, dictamen número 1.118/2017, de 8 de febrero de 2018).

↻ *Dictamen 2046/2022, de 23 de febrero de 2023.*

Responsabilidad patrimonial formulada por don … por la que solicita una indemnización por los daños causados por el producto sanitario Ala Octa empleado en una intervención quirúrgica e imputados al funcionamiento anormal de la Administración del Estado.

Como ya ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado en otros expedientes en los que ha tenido la oportunidad de conocer hechos análogos a los efectos provocados por productos sanitarios o medicamentos (*vid*., entre otros, dictámenes números 619/2022, de 7 de julio; y 1.155/2021, de 3 de marzo de 2022 con relación a este mismo producto Ala Octa; o los dictámenes números 286/2021, de 15 de julio; y 435/2013, de 11 de julio, con relación a los dispositivos ESSURE o implantes PIP o a otros supuestos de autorización de medicamentos como el caso de Agreal o el principio activo Thiomersal), el fabricante o el comercializador tratan de obtener –y de hecho obtienen– importantes beneficios con ellos, por lo que deben ser ellos mismos quienes respondan ante todo de los posibles efectos adversos de su ingesta o uso. Las reclamaciones que a tal efecto se formulen corresponderán a los juzgados ordinarios o, en su caso, penales y son distintas a la que motiva este expediente y dictamen.

La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria del Estado por la puesta en circulación de un fármaco o un producto sanitario, ha señalado el Consejo de Estado en los dictámenes citados, «sólo podría verse comprometida en el supuesto de que se acreditase que el mismo no debió ser autorizado o verificado favorablemente, o porque, después, no funcionaran debidamente los mecanismos de farmacovigilancia –a cargo de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios».

↻ *Dictamen 25/2023, de 20 de abril.*

Responsabilidad patrimonial tramitada a instancia de doña … por caída en rampa de la zona de intersección del aparcamiento privado y la glorieta de la CA-302 hacia la playa de San Juan de la Canal.

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de dictaminar numerosos expedientes de responsabilidad patrimonial en los que la reclamación se fundamenta en el accidente padecido por un particular en un edificio público, un terreno de dominio público o una dependencia de la Administración (por todos, el dictamen número 1.510/2022, de 24 de noviembre). En ellos, ha declarado que la Administración no es una aseguradora universal de todos los accidentes que suceden en sus instalaciones, sino que para que en estos casos se le pueda imputar responsabilidad patrimonial es preciso un elemento causal adicional que permita entender que el accidente es atribuible directamente a un funcionamiento, normal

o anormal, de los servicios públicos, siendo el usuario quien asume los riesgos normales del uso de las instalaciones.

En la misma dirección, el Tribunal Supremo (por todas, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de noviembre de 1994 y de 6 de julio de 2006) ha destacado que, con arreglo al artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, la Administración municipal tiene la obligación inexcusable de mantener las vías públicas abiertas a la circulación peatonal y viaria en unas condiciones tales que la seguridad de quienes las utilizan esté normalmente garantizada, de suerte que resulta inadmisible que las mismas presenten obstáculos, tales como agujeros o depósitos de arena y otros materiales, que puedan poner en peligro el natural deambular de los ciudadanos sin estar debidamente señalizadas o sin que se hayan adoptado otras medidas con virtualidad para prevenir posibles eventos dañosos. Dicho de otro modo, para que los daños sufridos por un particular como consecuencia de una caída en la vía pública sean antijurídicos, es necesario que el riesgo inherente a la utilización de la infraestructura viaria de titularidad municipal haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad que resultan exigibles conforme a la conciencia social.

En la forma indicada, constituye un criterio consolidado del Consejo de Estado que la responsabilidad patrimonial de la Administración no supone que la obligación nazca siempre que se produce dicha lesión durante el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sino que es preciso que entre la lesión y el funcionamiento exista un nexo de causalidad, del que resulte que aquella lesión es consecuencia de este funcionamiento.

Esta relación de causalidad se ha apreciado en dictámenes como el número 23/2023, de 23 de febrero, en el que quedó acreditado que la caída de la reclamante se debió a la descompensación no señalizada de la altura de un escalón con respecto a la regularidad del resto.

En cambio, aplicando los mismos criterios empleados en otros dictámenes como el número 1.510/2022, de 24 de noviembre, el 1.750/2022, de 15 de diciembre o el 239/2023, de 20 de abril, no es posible anudar la lesión al mal estado de la vía pública.

Como en aquellos casos, en el presente ha de tenerse en cuenta que la caída se produjo de día, sin existir circunstancias meteorológicas adversas, en una calle en la que los supuestos defectos del pavimento no habían sido denunciados anteriormente (más allá de las quejas por falta de movilidad para las personas con discapacidad, que se atendieron construyendo una rampa) ni se tiene constancia de que se hayan producido otros accidentes. Igualmente, los testigos cuya declaración se ha incorporado como prueba reconocen que no vieron o no saben cómo se produjo la caída.

↻ *Dictamen 655/2023, de 29 de junio.*

Expediente instruido por el Ayuntamiento de Cartes relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial tramitado a instancia de doña …, por los salarios dejados de percibir durante los últimos cuatro años.

A la hora de valorar la concurrencia de estos requisitos, debe tenerse en cuenta que el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por funcionamiento de sus servicios públicos, regulado en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, no es –como en reiteradas ocasiones ha señalado el Consejo de Estado– una vía alternativa para plantear pretensiones a las que nuestro ordenamiento jurídico asigna otros cauces para ser consideradas.

En el presente caso, no consta que la Sra. … haya hecho uso de los mecanismos legales que tenía a su disposición ante el aducido incumplimiento por parte del Ayuntamiento de Cartes (…).

En efecto, no impugnó el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cartes de 27 de julio de 2011, por el que se aprobó una modificación de la relación de puestos de trabajo (…).

Asimismo, no reaccionó contra la inactividad del Ayuntamiento de Cartes una vez que este, pese a haber reconocido en el acuerdo del Pleno de 27 de julio de 2011 que estaba «pendiente» la valoración del puesto de trabajo de Secretaría de segunda clase –punto cuarto de dicho acuerdo–, se abstuvo de realizarla (…).

Y, en fin, tampoco recurrió el acuerdo del Pleno de dicho ayuntamiento de 25 de marzo de 2022, por el que se aprueba la valoración del puesto de trabajo de Secretaría de segunda clase y se le asigna un nuevo complemento específico con efectos económicos retroactivos desde el 1 de enero de 2022 (…).

En definitiva, la Sra. … no ha empleado ninguna de las vías de recurso legalmente previstas para el control de la actuación administrativa del Ayuntamiento de Cartes. Este aquietamiento no permite apreciar la concurrencia de un nexo causal entre el funcionamiento de dicha entidad local en el asunto sometido a consulta y el daño aducido por la reclamante, ni afirmar la existencia de un daño que esta no tenga la obligación de soportar, por lo que la reclamación de responsabilidad patrimonial de la interesada debe ser desestimada.

↻ *Dictamen 1050/2023, de 19 de octubre.*

Expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don …, contra la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por los daños y perjuicios ocasionados en el cultivo de ajos de su propiedad, sita en el polígono … del paraje Las Palomas, en el término municipal de Chauchina (Granada), contigua al río Genil, la cual se encuentra arrendada y como consecuencia, presuntamente, de

la rotura, ocurrida el 29 de mayo de 2021, de una tubería que atraviesa dicha parcela de este a oeste, titularidad de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, y que fue instalada como consecuencia de las obras 393-GR Canal de Cubillas trozo III Pieza 1 a Chauchina, que ocasionó la inundación de la finca con el consiguiente enlodamiento y arrastre de ajos, daños por los que solicita una indemnización por importe de 55.012,48 euros.

En el asunto sometido a consulta, ha quedado acreditado que el 29 de mayo de 2021 se produjo la rotura de una tubería que formaba parte del Canal de Cubillas, cuya titularidad corresponde a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, y que ello provocó una fuga de agua que anegó los terrenos que D. … dedicaba al cultivo de ajos. El perjudicado y el organismo de cuenca discrepan, sin embargo, acerca de la causa de dicha rotura: este último la imputa al incumplimiento del deber de mantenimiento que pesa sobre el titular de la infraestructura, mientras que el primero niega que tal incumplimiento haya existido, advirtiendo que se trataría de un caso fortuito a cuya materialización podría haber contribuido el interesado si hubiese circulado frecuentemente con maquinaria agrícola por encima de la tubería enterrada.

Cabe destacar, en este sentido, que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha declarado con carácter general (entre otras, en la sentencia de 21 de diciembre de 2020, rec. n.º 803/2019) que «la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo».

Por el contrario, resulta imprescindible que el daño invocado sea consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal del servicio público. En los supuestos en los que la lesión sufrida se conecte con la inactividad de la Administración, no basta pues con razonar que la intervención administrativa hubiera impedido la lesión, dado que tal entendimiento de la relación de causalidad conduciría a «una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial»; «[e]s necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración (…) [y ese dato ha de ser] la existencia de un deber jurídico de actuar» –como pudiera ser el deber de mantenimiento que pesa sobre el gestor de toda infraestructura pública– (así, por todas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009, rec. n.º 2441/2005).

Por último, no puede concurrir factor alguno que rompa la relación de causalidad que vincula el comportamiento omisivo de la Administración con el daño soportado por el particular; según una reiterada jurisprudencia (sentada, entre otras, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013, rec. n.º 779/2012), tales circunstancias son, en exclusiva, los hechos que comportan fuerza mayor y «el comportamiento de la víctima en la producción o padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta». La prueba de ambas corresponde a la Administración, ya que «no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó al daño procedió con negligencia, ni aquélla cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quién padeció el perjuicio actuó con prudencia» (véase, por todas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007, rec. n.º 67/2006).

La aplicación de esta doctrina general al caso concreto permite concluir que media una relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y el daño sufrido por el reclamante. En efecto, ha quedado acreditado que la finca que el Sr. … dedicaba al cultivo del ajo, al amparo del contrato de arrendamiento que ha aportado, quedó inundada como consecuencia de la rotura de una tubería que la atravesaba y formaba parte del Canal de Cubillas, cuya titularidad y gestión correspondía al organismo de cuenca. El hecho de que la tubería estuviese enterrada no eximía a la Administración de la obligación de mantenimiento que pesaba sobre ella. Y, aunque es cierto que se desconoce la causa última de la rotura, no lo es menos que esta se produjo en la órbita del servicio público y que la confederación hidrográfica no ha probado fehacientemente que en su materialización interviniese un elemento ajeno al servicio con virtualidad para determinar la ruptura de la relación de causalidad –bien una causa de fuerza mayor como pudiera ser la presencia de lluvias torrenciales, bien la conducta del perjudicado, que simplemente se ha afirmado que podría haber contribuido a la producción del daño si hubiese utilizado maquinaria pesada durante la ejecución de sus labores agrícolas–.

Dicho en otros términos, habiéndose producido la rotura de una tubería que formaba parte de una infraestructura cuya titularidad y gestión correspondía a la Administración de Aguas, con el deber de mantenimiento que ello conlleva, y no habiendo quedado acreditada la concurrencia de un factor externo que haya alterado el curso causal de los hechos, cabe entender que los daños ocasionados por la fuga de agua derivada de la rotura de la mencionada tubería son consecuencia directa e inmediata del funcionamiento del servicio.

Como ha reconocido el propio jefe de servicio de Proyectos y Obras II en su informe de 19 de enero de 2022 (extractado en el antecedente de hecho tercero del presente dictamen), estaríamos ante un caso fortuito, del que la Administración debe responder, a la vista de una jurisprudencia plenamente

consolidada y habida cuenta del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial. Efectivamente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (véase, por todas, la sentencia de 6 de marzo de 2003, rec. n.º 9783/1988), ha caracterizado el caso fortuito, por contraposición a la fuerza mayor en tanto que circunstancia exoneradora de la responsabilidad de la Administración, como sigue: en el caso fortuito hay «indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»)» e «interioridad (…) del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización»; mientras que en la fuerza mayor hay «indeterminación absolutamente irresistible (…), es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista» y «exterioridad (…), lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio».

La rotura de la tubería que formaba parte del Canal de Cubillas y la subsiguiente inundación de la finca por la que aquella discurría fue consecuencia de una «falta del servicio que se ignora», esto es, de una causa indeterminada, aunque directamente conectada con el funcionamiento de la infraestructura pública que la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir tenía el deber de mantener en su condición de titular y gestor de la misma. Concurren pues, en este caso concreto, los presupuestos que determinan el nacimiento de la responsabilidad patrimonial del organismo de cuenca.

↻ *Dictamen 1269/2023, de 14 de diciembre.*

13.3.2 **Imputación subjetiva y objetiva a la Administración**

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado instruida a instancia de doña …

Frente al argumento de que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial supone que cualquier acontecimiento ocurrido en un centro penitenciario determina el nacimiento de una obligación de indemnización, cabe decir –como ha señalado en muchas otras ocasiones el Consejo de Estado– que de la obligación que la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, atribuye a la Administración pública en su artículo 3.4, a tenor del cual: «La administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos», no cabe deducir un título de imputación autónomo en materia de responsabilidad patrimonial para cubrir las consecuencias lesivas de todos los acontecimientos desafortunados o las enfermedades que pudieran afectar a los internos (por todos, dictamen número 81/2023, de 9 de marzo).

Por lo demás, como también señalara el Consejo de Estado en su dictamen número 1.084/2022, de 17 de noviembre, el fallecimiento es «… consecuencia directa de la propia conducta del fallecido, por lo que es este quien debe asumir las consecuencias de sus propios actos, sin que exista título legítimo alguno para trasladarlas a los poderes públicos (dictámenes números 2.081/2006, de 11 de enero de 2007; 2.492/2006, de 1 de febrero de 2007; 2.682/2006, de 22 de febrero de 2007; 614/2013, de 18 de julio, y 133/2017, de 20 de abril)».

Es constante la jurisprudencia conforme a la cual se exige analizar si el suicidio resultaba o no previsible a la vista de los antecedentes del paciente, por cuanto si atendidos estos podía resultar previsible lo ocurrido, hubiera devenido necesario adoptar las medidas de atención y cuidado, habida cuenta de que se ha de partir de que «no se puede impedir al cien el cien el suicidio de un interno cuando este tiene la firme y decida voluntad de quitarse la vida, a menos que se adoptara la medida extrema de sometimiento a una vigilancia de tal severidad y rigor que se atente gravemente contra los derechos del interno como persona, lo que supondría, además, un evidente paso atrás en la finalidad de reinserción del penado» (sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, recurso n.º 2347/2019).

Es decir, como se recordara en el dictamen número 1.084/2022, de 17 de noviembre, «ha de verificarse si la Administración tenía que haber sido capaz de prever o de advertir tendencias suicidas en la concreta víctima, a partir de lo cual se deduciría un deber de actividad, o de puesta de medios, concretada en que la vigilancia sea inmediata, continua, eficaz o adecuada, a lo que hay que unir la apreciación de circunstancias que hacen anormal la prestación del servicio público como, por ejemplo, lo inadecuado de la celda o habitación o la falta de control médico (sentencias, entre otras, de 1 de junio de 1996, de 5 de mayo y de 8 de julio de 1998, de 12 de julio y de 4 de octubre de 1999)».

- *Dictamen 209/2023, de 27 de abril.*
- *Ver también dictámenes 81/2023, de 9 de marzo, 423/2023, de 25 de mayo y 480/2023, de 11 de mayo.*

Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don …, en nombre y representación de la compañía Pera Shipping LTD, derivada de la actuación de los servicios púbicos del Ministerio de Justicia y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

A) El abordaje, traslado a puerto y registro del buque fue autorizado por sendos autos del Juzgado Central de Instrucción n.º 6, de fechas 10 y 11 de octubre de 2017 (…).

En tales circunstancias, las consecuencias derivadas del abordaje, traslado y registro del buque, en ejecución de tales resoluciones judiciales, son el resultado de

un normal funcionamiento de la Administración de Justicia y constituyen una carga que la entidad reclamante está obligada a soportar en ausencia de una declaración de error judicial obtenida en la forma prevista en el artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

B) La difusión de un vídeo del abordaje, por su parte, se realizó en la plataforma de internet YouTube (…).

[…]

La propuesta de resolución rechaza cualquier responsabilidad en este punto, destacando que el video no ha sido publicado a través de un canal oficial de Agencia Estatal de la Administración Tributaria sino en una plataforma de titularidad privada.

Tal circunstancia no basta para excluir la imputación de la difusión del vídeo a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria ni la responsabilidad patrimonial del Estado. El visionado del video en cuestión evidencia que fue tomado desde una patrullera del Servicio de Vigilancia Aduanera y, por tanto, por personal dependiente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que actuaba en ejercicio de sus funciones públicas. Los actos que realizan los empleados públicos en tal condición son imputables a los organismos públicos de los que dependen y, por ello, pudieran llegar a comprometer la responsabilidad de dicho organismo público, especialmente cuando tales empleados contravienen las obligaciones que les incumben –las actuaciones judiciales habían sido declaradas secretas en este asunto–, si con sus actos causan daños y perjuicios antijurídicos a terceras personas.

[…]

Con independencia de esta conclusión desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada, el Consejo de Estado considera necesario subrayar la obligación de que la Agencia Estatal de Administración Tributaria adopte todas las medidas que estén a su alcance para evitar que en el canal de YouTube «Aduanas-Vigilancia Aduanera», o en otros similares, sigan difundiéndose vídeos tomados con ocasión de las intervenciones que sus agentes realizan, máxime de aquellas que no han permitido acreditar los hechos que las motivaron.

↻ *Dictamen 307/2023, de 22 de junio.*

Expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, instruido a instancia de doña …

Frente al argumento de que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial supone que cualquier acontecimiento ocurrido en un centro penitenciario determina el nacimiento de una obligación de indemnización, cabe decir –como ha señalado en muchas otras ocasiones el Consejo de Estado– que de la obligación que la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, atribuye a la Administración pública en su artículo 3. Cuatro, a tenor del cual: «La

administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos», no cabe deducir un título de imputación autónomo en materia de responsabilidad patrimonial para cubrir las consecuencias lesivas de todos los acontecimientos desafortunados o las enfermedades que pudieran afectar a los internos (por todos, los dictámenes números 81/2023, de 9 de marzo y 423/2023, de 25 de mayo).

[…]

Ciertamente el artículo 25 de la Constitución Española establece como fin del sistema penitenciario la reeducación y reinserción social y garantiza el respeto a los derechos fundamentales del interno. Esto se concreta en las correspondientes obligaciones de la Administración penitenciaria, que es consciente de que el logro de la finalidad de reinserción puede verse afectado por los comportamientos adictivos y la drogadicción. En razón de este dato, el artículo 116 del Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, dispone que todo interno con dependencia de sustancias psicoactivas que lo desee debe tener a su alcance la posibilidad de seguir programas de tratamiento y deshabituación, asimismo, establece que en los centros penitenciarios se realizarán los programas de atención especializada en drogodependencias que precisen los internos que voluntariamente lo soliciten.

Sin embargo, la Administración penitenciaria no puede anular la voluntad y la libertad de los internos, que pueden optar por cooperar y decidir aprovechar los programas y servicios que se le brindan, pero también pueden, como ocurre en este caso, rehusar esas ayudas y las oportunidades que se le ofrecen para reconducir esos comportamientos nocivos.

↻ *Dictamen 829/2023, de 14 de septiembre.*

Expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don …, en nombre y representación de Radio Autonómica de Aragón, SA.

(…) no se reclaman los costes de los avales presentados en vía económico-administrativa para suspender la ejecución de la deuda tributaria (los cuales ya han sido objeto de reembolso parcial), sino otros gastos –las primas de los contratos de contragarantía suscritos con el Gobierno de Aragón– que, se afirma por la entidad reclamante, fueron indispensables para la concesión de los mencionados avales al ser exigida esa contragarantía por la entidad de crédito avalista.

Supuesto lo anterior, no cabe entender que tales gastos sean consecuencia de las actuaciones tributarias que se encuentran en el origen de la reclamación formulada. El dato fundamental es que la suscripción de los contratos de contragarantía es un hecho ajeno a la relación entre la Administración tributaria y la sociedad contribuyente, en tanto que responde únicamente a las estipulaciones que se hubieran acordado entre la sociedad recurrente y las entidades de crédito avalistas

y no trae causa de la actuación administrativa (en el mismo sentido, dictámenes números 78/2017, de 20 de abril, y 1.097/2019, de 6 de febrero de 2020). (…). La causación de tales gastos no guarda conexión alguna con las actuaciones administrativas descritas ni se deriva directamente de la obligación legal de constituir una garantía para obtener la suspensión de la deuda tributaria (artículo 233 de la Ley General Tributaria), sino que obedece exclusivamente a la decisión de la entidad de atender la exigencia de contragarantía realizada por las entidades de crédito para la concesión de los avales solicitados y responde únicamente a los acuerdos alcanzados en ese ámbito (en el mismo sentido, dictámenes números 830/2016, de 24 de noviembre, y 78/2017, de 20 de abril).

Dictamen 843/2023, de 21 de septiembre.

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado instruida a instancia de don …

Finalmente, cabe decir –como ha señalado en muchas otras ocasiones el Consejo de Estado– que de la obligación que la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria atribuye a la Administración pública en su artículo 3.4, a tenor del cual: «La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos», no cabe deducir un título de imputación autónomo en materia de responsabilidad patrimonial para cubrir las consecuencias lesivas de todos los acontecimientos desafortunados o las enfermedades que pudieran afectar a los internos.

Dictamen 830/2023, de 11 de octubre.

Expediente núm. …, relativo al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por don …, en representación del Centro Portuario de Empleo del Puerto de la Bahía de Cádiz, S. A., así como de los socios que la componen.

En el presente caso, se pretende el reconocimiento de una indemnización por unos daños, como consecuencia de la indemnización a la que fue condenada la Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de la Bahía de Cádiz, por sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Cádiz de 26 de septiembre de 2018 (confirmada por la posterior sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 5 de noviembre de 2020), por los daños y perjuicios sufridos por un trabajador que contrajo una grave enfermedad, que provocó su fallecimiento, por su exposición al amianto cuando prestaba sus servicios como estibador para la Organización de Trabajos Portuarios (OTP).

[…]

En efecto, tal y como exponen los órganos preinformantes, la declaración acerca de la responsabilidad derivada de los daños causados por la OTP durante el tiempo en que aquel trabajador prestaba sus servicios fue planteada, discutida, examinada y resuelta en el marco del proceso judicial entablado al efecto, y con sucesivas resoluciones que decidieron sobre ello, a partir de las cuestiones planteadas por quienes fueron parte en aquellas actuaciones, incluida la sociedad hoy reclamante. Si los hoy reclamantes consideraban que aquellos perjuicios debían ser imputados a otra entidad como consecuencia de la naturaleza de la Organización de Trabajos Portuarios (y su condición de organismo autónomo dependiente de un departamento ministerial), allí debía haberse planteado. No es aceptable que pretendan ahora derivar esa responsabilidad declarada en vía judicial hacia un tercero que no fue condenado en aquel proceso judicial.

Por otra parte, y como razonan tanto el servicio instructor como la Abogacía del Estado, el perjuicio por el que se reclama no puede considerarse como un daño antijurídico, tal y como deriva no solo de las previsiones legales que determinaron la sucesión del OTP, sino también en cuanto ha sido corroborada esa obligación de indemnizar por las sentencias a que se ha hecho referencia.

↻ *Dictamen 922/2023, de 11 de octubre.*

13.3.3 **Concurrencia de causas**

Responsabilidad patrimonial formulada a instancia de don …, por los daños y perjuicios ocasionados el pasado 17 de marzo de 2018, en la finca «Malabrigo», propiedad de don …, sita en la margen derecha de la carretera de Montilla a Montalbán (Córdoba), kilómetro 5,570, constituida por las parcelas: 23 del polígono 33 y 5 y 6 del polígono 34 y 199 de polígono 37, y de las cuales, la número 23 del polígono 33 y la número 5 del polígono 34, estaban siendo explotadas por la mercantil Hijos de Manuel del Pino S. L., por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de las lluvias acaecidas, que provocaron el desbordamiento del Arroyo Salado, a la altura del puente de la carretera de Montilla a Montalbán, que inundó las instalaciones y las tierras de cultivo del cortijo Malabrigo, solicitando una indemnización de 106.782,32 euros.

En el asunto sometido a consulta, la zona de los Llanos de Malabrigo posee unas características peculiares que aconsejaban un especial celo conservador por parte de la Administración hidráulica: tal y como se desprende de la documentación que obra en el expediente, se trata de una zona con muy poca pendiente, erosión potencial media-alta y gran arrastre de sedimentos que reducen la sección hidráulica del cauce. Esta situación natural se ve agravada por el efecto presa gene-

rado por el puente que cruza el arroyo Salado para dar continuidad al camino de la Monclova o del Jarata. Como dicha infraestructura fue construida por la Mancomunidad de Municipios Campiña Sur Cordobesa, por encargo del Ayuntamiento de Montilla, resulta necesario dilucidar, en primer lugar, quién es el responsable de la correcta ejecución y el buen estado de conservación de las obras de paso con arreglo a la legislación de aguas, para determinar, en segundo lugar, si ello incide de algún modo en el eventual reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir.

El artículo 126 ter del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, dispone, a este respecto, que «los puentes en caminos vecinales, vías y caminos de servicio y otras infraestructuras de baja intensidad de tráfico rodado, deberán tener, al menos, la misma capacidad de desagüe que el cauce en los tramos inmediatamente aguas arriba y aguas abajo (…)» (apartado 4); y aclara que «los titulares de estas infraestructuras deberán realizar las labores de conservación necesarias (…) no pudiendo realizar actuaciones que disminuyan la capacidad de drenaje de las infraestructuras» (apartado 6). La ejecución de estas obras requerirá la obtención de una autorización o concesión administrativa con carácter previo a su iniciación, en virtud de lo establecido en el artículo 126 del mencionado cuerpo normativo.

Así, la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir autorizó a la Mancomunidad de Municipios Campiña Sur Cordobesa a construir el puente que cruza el arroyo Salado con fecha 15 de noviembre de 2007. La mencionada autorización advierte que «[e]n ningún caso, las actuaciones a realizar supondrán un impedimento a la capacidad de desagüe del cauce, (…) ni disminuirán la sección del cauce, (…)» (condición específica primera); que «[e]l titular de [la] autorización será el responsable del mantenimiento y limpieza de los marcos, así como del cauce, (…) en el tramo de influencia del mismo (…)» (condición específica tercera); que el titular también «será el responsable de cuantos daños se puedan producir a terceros por las deficiencias tanto durante la construcción como por la deficiente conservación y mantenimiento de la obra» (condición específica cuarta); y que «[e]l peticionario será responsable de cuantos daños puedan ocasionarse a[l] interés público o privados (…) como consecuencia de las actuaciones autorizadas, quedando obligado a su indemnización» (condición específica décima).

Del examen conjunto de estas previsiones normativas y cláusulas administrativas cabe inferir dos conclusiones: 1.) que las obras de paso del arroyo Salado no se acomodan a la resolución de autorización concedida en la medida en que impiden el normal discurrir de las aguas –resulta muy llamativo el hecho de que el Servicio de Actuaciones en Cauces de la zona de Córdoba del organismo de cuenca haya aseverado en su informe, descrito en el antecedente tercero de este dictamen, que la infraestructura se ajusta a la resolución de autorización, al tiempo

que ha reconocido que las mismas generan un efecto presa que, por definición, vulneraría la condición específica primera de dicha resolución–; y 2.) que la Mancomunidad de Municipios Campiña Sur Cordobesa ha incumplido su deber de mantenimiento y limpieza de los marcos y del cauce y ha de responder, en consecuencia, de los daños que ello haya causado a terceras personas.

Resta dilucidar si ha de responder íntegramente, como única responsable de la producción del evento lesivo, como parece entender el organismo de cuenca, o junto con la Administración hidráulica, como sostienen los reclamantes y parecen confirmar los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia. A juicio de este Alto Cuerpo Consultivo, la documentación que obra en el expediente evidencia que la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir conocía perfectamente la vulnerabilidad de la zona y las causas que la originaban, pero no adoptó medidas definitivas de conservación, mantenimiento y restauración del cauce del arroyo Salado hasta una fecha posterior a la crecida de la que trae causa el presente expediente.

Antes (…) había acometido algunos trabajos en la zona, pero se trataba de trabajos menores (…), ninguno de ellos localizado en el término municipal de Montilla –en el que está ubicada la finca Malabrigo– y alejados en el tiempo del citado desbordamiento –la última actuación finalizó en octubre de 2016 y la crecida tuvo lugar en marzo de 2018–. Poco después de la avenida, en julio de 2019, la Empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA) inició la ejecución del encargo de las obras de urgencia para la reparación del dominio público hidráulico en la cuenca del arroyo Salado, en el tramo comprendido entre el término municipal de Montalbán y su desembocadura en el río Genil, en el que hasta la fecha de emisión del informe del Servicio de Actuaciones en Cauces de la zona de Córdoba antes citado, se habían invertido 1.400.872,41 euros.

[…]

Procede concluir, en definitiva, que la Administración hidráulica tenía el deber de actuar y que no lo hizo, por lo que cabe apreciar un supuesto de concurrencia de causas al que se le ha de aplicar el principio de compensación de responsabilidades que una constante jurisprudencia (sentada, entre otras, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997, rec. núm. 8.879/1992, F. D. 7) ha definido. En concreto, siguiendo el criterio de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2017 (rec. núm. 273/2012) antes citada, se cabe fijar la responsabilidad de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir en un 50 % del daño causado y la responsabilidad de la Mancomunidad de Municipios Campiña Sur Cordobesa en el 50 % restante.

↻ *Dictamen 1623/2022, de 26 de enero de 2023.*

13.4 FUERZA MAYOR

Responsabilidad patrimonial formulada a instancia de don … por los daños y perjuicios ocasionados el pasado 17 de marzo de 2018, en la finca «Malabrigo», propiedad de don …, sita en la margen derecha de la carretera de Montilla a Montalbán (Córdoba), kilómetro 5,570, constituida por las parcelas: 23 del polígono 33 y 5 y 6 del polígono 34 y 199 de polígono 37, y de las cuales, la número 23 del polígono 33 y la número 5 del polígono 34, estaban siendo explotadas por la mercantil Hijos de Manuel del Pino, S.L., por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de las lluvias acaecidas, que provocaron el desbordamiento del Arroyo Salado, a la altura del puente de la carretera de Montilla a Montalbán, que inundó las instalaciones y las tierras de cultivo del cortijo Malabrigo, solicitando una indemnización de 106.782,32 euros.

Es jurisprudencia reiterada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentada, entre otras, en la sentencia de 7 de marzo de 2018, rec. núm. 139/2017) y doctrina consolidada del Consejo de Estado (véase, por todos, el dictamen del expediente número 446/2022, de 5 de mayo), que la fuerza mayor es aquel suceso que resulta imprevisible e inevitable, que se sitúa fuera del ámbito de actuación del agente y que, por ello, genera una ruptura del nexo causal que impide imputar responsabilidad patrimonial a la Administración. Como tal causa exoneradora, ha de ser probada por la Administración que la invoca.

En el presente caso, ha quedado acreditado que el 17 de marzo de 2018 se registraron 49,20 mm de precipitaciones en la zona en la que se sitúa la finca Malabrigo. El organismo de cuenca sostiene que este volumen de lluvias es muy superior al que habitualmente tiene lugar en la zona: en el informe del Servicio de Actuaciones en Cauces de la zona de Córdoba referido en el antecedente tercero de este dictamen, alega que durante el mes de marzo del año 2018 se produjo una precipitación de 317,8 mm y que esta cifra es muy superior a la registrada en los meses inmediatamente anteriores y posteriores, lo que le lleva a afirmar que la crecida del arroyo Salado acaecida el 17 de marzo de 2018 fue extraordinaria y puede ser técnicamente calificada como un supuesto de fuerza mayor.

El Consejo de Estado no comparte este parecer por dos razones. En primer lugar, porque, al construir su hilo argumental, la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir no ha atendido al volumen de precipitaciones existente en la fecha exacta en la que tuvo lugar la avenida a la que los perjudicados vinculan su pretensión indemnizatoria, sino que alude genéricamente a las lluvias que se produjeron en un periodo de tiempo mucho más amplio –todo el mes de marzo de 2018–, el cual excede del ámbito temporal al que ha quedado constreñida la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada.

Y, en segundo lugar, porque obran en el expediente algunos datos que permiten concluir que el nivel que alcanzaron las precipitaciones el 17 de marzo de 2018 no era inusual en la zona: así lo avala el informe pericial aportado por los reclamantes y, sobre todo, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que resolvieron los recursos interpuestos contra la desestimación de las reclamaciones presentadas por D. … con ocasión de otros desbordamientos del arroyo Salado que habían anegado su finca con anterioridad. Las sentencias de 8 de octubre de 2010 (rec. núm. 109/2009) y de 21 de julio de 2017 (rec. núm. 273/2012), en concreto, estimaron que las lluvias del 20 de noviembre de 2007 y del 6 y el 27 de diciembre de 2010, respectivamente, no eran insólitas o imprevisibles, torrenciales o excepcionales.

↻ *Dictamen 1623/2022, de 26 de enero de 2023.*

Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don …, por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la rotura de la mota-cauce del río Segura, en el término municipal de Almoradí (Alicante), en el mes de septiembre de 2019, por las lluvias acaecidas y la consecuente crecida del río.

Fuerza mayor es, en efecto, aquel suceso que resulta imprevisible e inevitable, que se sitúa fuera del ámbito de actuación del agente, y que, por ello, genera una ruptura de la relación de causalidad que impide imputar responsabilidad patrimonial a la Administración (así, entre otras, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018, Rec. 139/2017, y el dictamen del Consejo de Estado del expediente número 1117/2021). Las fuertes precipitaciones derivadas de la DANA que alcanzó la Península Ibérica en septiembre de 2019 pueden ser calificadas como un suceso de fuerza mayor, desde el momento en que su excepcional virulencia provocó una desproporción entre el caudal del río y la capacidad de su cauce que hizo inevitable la rotura del muro de la mota del río y la subsiguiente inundación del término municipal de Almoradí.

↻ *Dictamen 1082/2023, de 5 de octubre.*

13.5 ANTIJURIDICIDAD

Responsabilidad patrimonial formulada a instancia de don …, por los daños y perjuicios ocasionados el pasado 17 de marzo de 2018, en la finca «Malabrigo», propiedad de don …, sita en la margen derecha de la carretera de Montilla a Montalbán (Córdoba), kilómetro 5,570, constituida por las parcelas: 23 del polígono 33 y 5 y 6 del polígono 34 y 199

de polígono 37, y de las cuales, la número 23 del polígono 33 y la número 5 del polígono 34, estaban siendo explotadas por la mercantil Hijos de Manuel del Pino, S.L., por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de las lluvias acaecidas, que provocaron el desbordamiento del Arroyo Salado, a la altura del puente de la carretera de Montilla a Montalbán, que inundó las instalaciones y las tierras de cultivo del cortijo Malabrigo, solicitando una indemnización de 106.782,32 euros.

No afecta a esta conclusión la circunstancia de que la finca Malabrigo esté situada, en su práctica totalidad, en las Zonas de Flujo Preferente e Inundable T 500 años del arroyo Salado, según la cartografía de Zonas Inundables de los Mapas de Peligrosidad y Riesgos publicados por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, ya que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha declarado en numerosas ocasiones (véase, por todas, la sentencia de 19 de enero de 2022, rec. núm. 148/2018, F. D. 6) que «no cabe negar sin más carácter antijurídico a los daños padecidos en fincas por inundaciones en las cuencas de los ríos por el mero hecho de que se encuentren en «zona inundable», según el Sistema Nacional de Cartografía de Zonas Inundables, so pretexto de que la propia naturaleza del terreno favorecería la producción del daño.

↻ *Dictamen 1623/2022, de 26 de enero de 2023.*

13.5.1 **Deber jurídico de soportar**

Responsabilidad patrimonial promovida por la entidad Cementos Portland Valderribas, S. A., por la que se solicita una indemnización por importe de 636.676,93 Euros, más los intereses legales, como consecuencia de los gastos soportados a efectos de suspender judicialmente la ejecución de la sanción impuesta por resolución de 5 de septiembre de 2016, emitida por la CNMC en el marco del expediente sancionador …, anulada por la Audiencia Nacional mediante sentencia firme de 14 de diciembre de 2020.

Con independencia de los principios de ejecutividad y presunción de validez de los actos administrativos, si con posterioridad a que se dicte un acto de tal naturaleza, como es en este caso una resolución de imposición de sanción por parte de la CNMC, queda establecido en sede judicial que no existió plan preconcebido y que los elementos probatorios de la conducta infractora fueron insuficientes hasta el punto de no permitir la imputación de las prácticas anticompetitivas, puede concluirse que no existe el deber jurídico de soportar los efectos de la ejecutividad del actuar administrativo que posteriormente resultó anulado total o parcialmente.

Por lo demás, la prestación en su momento de una garantía ha de concebirse –según lo dicho antes– como una carga para evitar la ejecutividad de la sanción impuesta, de forma que la eficacia y presunción de validez de la actuación administrativa (que primó en su momento) deban ceder ahora, una vez declarada la insuficiencia de la prueba para afirmar la existencia de la conducta infractora, ante el derecho a ser indemnizada de la entidad reclamante por los daños causados.

↻ *Dictamen 101/2023, de 27 de abril.*

Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don …, en representación de Naturgy Generación S. L. U., por los daños y perjuicios cuantificados en 17.328.534,19 €, por la pérdida de producción eléctrica causada por la exigencia de la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil, del cumplimiento de los caudales ecológicos determinados por el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Miño-Sil, aprobado por el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro; alegando la supuesta pérdida de producción de energía eléctrica sufrida en ocho centrales hidroeléctricas desde distintas fechas de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2019.

La falta de incorporación de una obligación expresa en relación con el mantenimiento de los caudales ecológicos en los títulos administrativos en los que se amparen los usos preexistentes, no exonerará al concesionario de su cumplimiento (artículos 26.3 de la Ley del Plan Hidrológico Nacional y 49 quáter.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico), «sin perjuicio –añade el primero de los preceptos citados– del posible derecho de indemnización establecido en el artículo 63.3 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas». Este es, el derecho que el perjudicado por la revisión de una concesión que venga motivada por su adecuación a la planificación hidrológica, tiene derecho a percibir de conformidad con lo dispuesto en la legislación de expropiación forzosa (artículos 65, apartados 1.c) y 3, del texto refundido de la Ley de Aguas y 156.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico).

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha aclarado, a este respecto, que la indemnizabilidad de los daños que eventualmente deriven de la revisión de la concesión tiene carácter excepcional, en primer lugar, porque las concesiones de aguas se otorgan teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos (artícu-

los 59.2 del texto refundido de la Ley de Aguas y 96.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico), y, en segundo lugar, porque los planes hidrológicos son vinculantes y no crean por sí solos derechos a favor de los particulares, de suerte que su modificación no da lugar a indemnización salvo en el caso reseñado con anterioridad (artículos 40.4 del texto refundido de la Ley de Aguas y 90.1 del Reglamento de la Planificación Hidrológica).

Quiere ello decir que los planes no pueden predeterminar los supuestos en los que los concesionarios tendrán derecho a percibir una indemnización por las adaptaciones que tengan que realizar en sus títulos administrativos habilitantes para dar cumplimiento a sus previsiones; esta cuestión se habrá de resolver caso por caso, en el marco de los expedientes de revisión que eventualmente se incoen tras la aprobación del plan correspondiente (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2014, rec. 329/2013, de 20 de enero de 2015, rec. 360/2013, y de 14 de marzo de 2019, rec. 4.413/2016, entre otras) o incluso en los supuestos en los que se haya producido «una concreta afectación patrimonial derivada de unas aportaciones superiores a las impuestas o pactadas con anterioridad» sin que medie una revisión del título concesional, en la medida en que dichas aportaciones «constituyen un elemento externo –posiblemente perjudicial para la recurrida– que se sitúa fuera de la relación concesional largamente mantenida entre la Administración concedente y la hidroeléctrica concesionaria» (sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2020, rec. 4.805/2018).

En estos supuestos, el concesionario podrá acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial para solicitar el abono de una indemnización compensatoria que la mencionada sentencia de 14 de mayo de 2020 parece constreñir a los casos en los que no se haya llevado a cabo «un reparto equivalente o igualitario» de las restricciones derivadas de los caudales ecológicos entre todos los usos preexistentes; es decir, en los que se detecte un «trato discriminatorio» para uno de los concesionarios afectados por el establecimiento de un nuevo régimen de caudales ecológicos. En un sentido similar, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de julio de 2022 (rec. 2.611/2021) exige que se hayan producido «daños y perjuicios reales», advirtiendo que «no en todos los casos procede la indemnización, sino que habrá que acreditar (…) que se han cumplido los caudales de mantenimiento desde la fecha que determina el PGDCFC y que se dan los requisitos que la normativa exige para poder reconocer una responsabilidad patrimonial».

La aplicación de este corpus normativo y jurisprudencial al asunto sometido a consulta conduce a la conclusión de que procede desestimar las cinco reclamaciones de responsabilidad patrimonial presentadas por Naturgy Generación, S.L.U., en tanto que las restricciones que la modificación del régimen de caudales ecológicos operada por el plan hidrológico del Miño-Sil de 2016 impuso a los

usos industriales que la misma venía desarrollando en diversas centrales hidroeléctricas constituyen una carga general o colectiva que aquella tenía el deber jurídico de soportar, y no una carga singular que haya dado lugar a un daño efectivo e individualizado por el que tenga derecho a ser indemnizada.

En efecto, el artículo 12 y el apéndice 6.5 del plan hidrológico de la demarcación hidrográfica del Miño-Sil, contenido en el anexo III del Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, establecieron los caudales ecológicos de desembalse que debían respetar las centrales hidroeléctricas cuyos saltos empleaban masas de agua muy modificadas por la presencia de embalses, de acuerdo con los estudios realizados y el proceso de concertación llevado a cabo. Estos caudales serían exigibles desde la fecha de entrada en vigor del plan –el 20 de enero de 2016– en todas las centrales enumeradas en el apéndice 6.5, entre las que se encontraban las presas de Belesar y Os Peares, Albarellos, As Conchas, Salas y Velle, Castrelo y Frieira, titularidad de la mercantil interesada, y otras veintiocho centrales hidroeléctricas.

[…]

La sociedad reclamante ha acreditado que la observancia de los caudales ecológicos de desembalse especificados en el apéndice 6.5 de plan hidrológico del Miño-Sil de 2016 le ha obligado a reducir la cantidad de energía eléctrica que venía produciendo en las centrales de Belesar y Os Peares, Albarellos, As Conchas, Salas y Velle, Castrelo y Frieira hasta la entrada en vigor del plan, pero no ha demostrado que tales restricciones sean superiores a las que han tenido que soportar los titulares de los demás aprovechamientos afectados por el nuevo régimen de caudales ecológicos de desembalse y que, por lo tanto, la carga que dicho plan le ha impuesto sea singular y los perjuicios de ella derivados puedan ser calificados como daños reales, efectivos e individualizados, en los términos fijados por el artículo 32, apartados 1 y 3, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. En suma, la falta de antijuridicidad del daño invocado determina la procedencia de desestimar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial sobre las que versa la presente consulta.

↻ *Dictamen 506/2023, de 22 de junio.*

Expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don …

(…) para que exista una lesión resarcible se requiere que el detrimento patrimonial sufrido sea antijurídico no ya porque la conducta del autor sea contraria a derecho (antijuricidad subjetiva) sino porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cosa que tampoco sucede en el presente caso ya que las medidas cautelares adoptadas por la AEAT se amparaban en el artículo 81.1 de la LGT que dispone «para asegurar el cobro de las deudas para cuya recaudación sea competente, la Administración tributaria podrá adoptar medidas cautelares de

carácter provisional cuando existan indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se vería frustrado o gravemente dificultado» siendo, por tanto, una carga general del administrado que estaba obligado a soportar. Lo mismo puede afirmarse respecto de la constitución de las hipotecas puesto que la parte reclamante optó voluntariamente por formalizarlas y así obtuvo la suspensión de las deudas derivadas evitando desembolsar la cantidad correspondiente, de tal modo que desaparece la antijuricidad del supuesto daño y surge la obligación de soportarlo.

↻ *Dictamen 840/2023, de 21 de septiembre.*

Responsabilidad patrimonial instruida para sustanciar la solicitud de indemnización formulada por doña … por daños y perjuicios ocasionados por la no suscripción del contrato de trabajo temporal según convocatoria de 28 de octubre de 2021 de la Subsecretaría de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (MITMA) de proceso selectivo para la cobertura de dos plazas del grupo profesional M3. Investigación, sujeto al IV Convenio Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, en el Instituto Geográfico Nacional (IGN).

En contraste con la DT 4.ª citada, que utiliza la expresión «celebración» de los contratos, la Disposición Transitoria 2.ª del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, que regula el «Régimen de ejecución de los programas de políticas activas de empleo regulados por bases reguladoras, convocatorias e instrumentos jurídicos aprobados antes de 31 de diciembre de 2021», establece que «durante el año 2022, los contratos temporales vinculados a programas de políticas activas de empleo que respondan a bases reguladoras, convocatorias o instrumentos jurídicos del correspondiente programa, aprobados antes de 31 de diciembre de 2021, podrán concertarse con el plazo previsto en las bases reguladoras, convocatorias o instrumentos jurídicos correspondientes». Es decir, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021, cuando el legislador ha querido que determinados contratos (en este caso, contratos temporales vinculados a programas de políticas activas de empleo) se rijan por la normativa vigente al tiempo de la convocatoria anterior a 31 de diciembre de 2021, lo ha señalado expresamente. A sensu contrario, en el resto de supuestos respecto de los que no hay una previsión análoga, ha de estarse a la normativa vigente al tiempo de celebrar el contrato que, en el presente caso, impide celebrar contratos de obra o servicio determinados por un plazo previsible de 3 años.

Por este motivo, dado el sometimiento de la Administración Pública al principio de legalidad contemplado en el artículo 103.1 de la Constitución y 3.1 de la

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la Administración no podía celebrar un contrato por un plazo superior a seis meses tras la entrada en vigor de la Reforma pues la Administración está sujeta a las prescripciones del ordenamiento jurídico que lo impedían. Siendo, por tanto, el cambio de la duración máxima del contrato una consecuencia estricta de una modificación normativa, no cabe apreciar una actuación inadecuada de la Administración generadora de una lesión antijurídica pues no se ha producido en el particular un sacrificio especial y singular, excesivamente gravoso o desigual, sino que debe ser considerado una carga general que tiene el deber jurídico de soportar como consecuencia del sometimiento a las facultades innovadoras del ordenamiento jurídico.

↻ *Dictamen 782/2023, de 5 de octubre.*

13.5.2 **Conocimiento de la ciencia o de la técnica**

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado instruida a instancia de don …

Por lo demás, como reiteradamente ha señalado este Alto Cuerpo Consultivo, en los casos de daños supuestamente asociados a una asistencia o tratamiento médico no puede entenderse que toda lesión a la salud conectada con la intervención sanitaria pública sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, a efectos de su indemnización en concepto de daños y perjuicios. Por supuesto, existen daños que son resultado de procesos patológicos, aun sujetos a tratamiento, en los cuales solo una omisión médica debidamente constatada puede erigirse en fundamento de la responsabilidad patrimonial, si tiene entidad suficiente para erigirse en causa determinante del padecimiento. Además, incluso cuando la lesión sea provocada por el propio acto terapéutico, solo cabrá aplicar esta institución para indemnizar cuando tal acto se haya separado de los patrones aplicables al ejercicio profesional, que suelen denominarse con la expresión latina *«lex artis»* (por todos, cabe citar el dictamen número 222/2020, de 17 de septiembre).

↻ *Dictamen 1946/2022, de 2 de febrero de 2023.*

Expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, instruido a instancia de doña …

Debe recordarse en este sentido que, según doctrina reiterada del Consejo de Estado (entre otros, dictamen número 1.129/2021, de 24 de febrero de 2022), los conocimientos sobrevenidos y los avances tecnológicos o científicos posteriores a un hecho no pueden ser tenidos en cuenta, ni para valorar la actuación de los servicios admi-

nistrativos en un momento anterior, ni para determinar su *standard* de funcionamiento en ese tiempo, sino que ha de estarse al estado de conocimiento y de la ciencia en los días en que dicha actuación se produjo. Conforme a esta doctrina, y a la vista de la información obrante en el expediente, no cabe concluir que la actuación de los cuerpos policiales en la investigación del fallecimiento del hijo de los reclamantes fuera negligente por no haber conseguido identificar a las huellas halladas en el lugar del crimen.

↻ *Dictamen 32/2023, de 9 de marzo.*

13.6 PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

13.6.1 **Competencia**

Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don … derivada de la actuación de los servicios púbicos del Ministerio de Justicia y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

La reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado concierne –como ya se ha dicho– al funcionamiento de la Administración de Justicia y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Por tal razón, el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial ha sido objeto de tramitación separada por el Ministerio de Justicia, en el primer caso, y por la propia Agencia, en el segundo, en razón de las competencias que tienen legalmente atribuidas al efecto. La instrucción se ha realizado correctamente, incorporando los informes preceptivos y dando audiencia en su caso al reclamante. La ministra de Justicia y el director de la Agencia Estatal de Administración Tributaria han remitido sus respectivas propuestas de resolución al Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, a cuyo titular corresponde resolver la reclamación, a propuesta de aquellos, de acuerdo con el artículo 24.1.f) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. A tal fin, el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática ha formulado una propuesta de resolución en la que se analiza, de forma conjunta, el funcionamiento de los servicios públicos involucrados.

↻ *Dictamen 307/2023, de 22 de junio.*

Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don …, en representación de Naturgy Generación S. L. U., por los daños y perjuicios cuantificados en 17.328.534,19 €, por la pérdida de producción eléctrica causada por la exigencia de la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil, del cumplimiento de los caudales ecológicos determinados por el Plan

Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Miño-Sil, aprobado por el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro; alegando la supuesta pérdida de producción de energía eléctrica sufrida en ocho centrales hidroeléctricas desde distintas fechas de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2019.

Estima el Consejo de Estado que corresponde a la autoridad consultante –y no al organismo de cuenca– la competencia para la tramitación y ulterior resolución del presente procedimiento, puesto que, en puridad y pese a lo alegado por Naturgy Generación S. L. U., su pretensión indemnizatoria se conecta con la fijación de un nuevo régimen de caudales ecológicos por el plan hidrológico del Miño-Sil de 2016, más que con unos requerimientos que se limitaron a recordarle que dicho régimen resultaba obligatorio desde la fecha en la que aquel entró en vigor por mor de lo establecido en los artículos 40.4 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y 12.4 del plan hidrológico de la demarcación hidrográfica del Miño-Sil, contenido en el anexo III del Real Decreto 1/2016, de 8 de enero. Dicho en otros términos, porque la obligatoriedad del nuevo régimen de caudales ecológicos no deriva de los requerimientos efectuados por el organismo de cuenca, sino de la propia naturaleza jurídica del plan, y, por ende, los daños invocados por la sociedad perjudicada están potencialmente vinculados a la actuación de la Administración central del Estado, y no a la actividad de la confederación hidrográfica.

↻ *Dictamen 506/2023, de 22 de junio.*

Expediente de responsabilidad patrimonial formulada por la entidad Divina Pastora de Seguros, Mutua de Seguros, en relación con el funcionamiento de la Dirección Electrónica Habilitada.

La reclamación se dirige al Ministerio de Hacienda y Función Pública, aunque, por su contenido, también concierne al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (…). Por tal razón, el procedimiento de responsabilidad patrimonial ha sido objeto de tramitación separada en ambos departamentos ministeriales, cuyos titulares han remitido sus respectivas propuestas de resolución al Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, a cuyo titular corresponderá resolverla, a propuesta de los ministros interesados, de acuerdo con el artículo 24.1.f) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

↻ *Dictamen 1152/2023, de 20 de diciembre.*

Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don …, derivada de la actuación de los servicios públicos dependientes del Ministerio del Interior y de la AEAT.

III. La competencia para resolver la presente reclamación de responsabilidad patrimonial corresponde al ministro de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes –de conformidad con los artículos 1 y 3 del Real Decreto 829/2023, de 20 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales–, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24.1.f) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que previene que cuando la disposición o resolución afecte a varios departamentos revestirá la forma de Orden del Ministro de la Presidencia, dictada a propuesta de los ministros interesados. En este caso, las actuaciones que se consideran lesivas para el interesado, se imputan al Ministerio del Interior (por las actuaciones de la Guardia Civil) y a los servicios dependientes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

↻ *Dictamen 1236/2023, de 20 de diciembre.*

13.6.2 **Legitimación**

Responsabilidad patrimonial tramitada a instancia de doña …, en cuya posición han solicitado subrogarse sus herederos tras su fallecimiento.

Pese a no haberse cuantificado los daños por los que se reclamaba con anterioridad a la muerte de D.ª…, por considerar que las lesiones sufridas todavía no se encontraban estabilizadas, cabría admitir la subrogación de sus herederos en la posición de la reclamante, puesto que, al haber ejercitado la acción de responsabilidad patrimonial antes de su muerte, los daños personales que había sufrido se convierten en una expectativa de reparación, de carácter económico y susceptible de integrarse en el caudal hereditario y ser transmitida a sus herederos.

Sin embargo, debe hacerse notar que la condición de herederos de los hijos de la Sra. … no ha quedado acreditada en el expediente, pues se limitan a aportar copia del libro de familia, sin añadir ningún documento relativo a la sucesión *mortis causa* de su madre, lo que determina que no pueda considerarse legitimados a D.ª …, D.ª …, D. … y D. … para reclamar una indemnización por los daños sufridos por su madre, D.ª …

↻ *Dictamen 2046/2022, de 23 de febrero de 2023.*

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado instruida a instancia de don …

La primera cuestión que debe analizarse es la relativa a la legitimación de la parte reclamante, que son los sobrinos del fallecido (todos los hermanos ya habían muerto con anterioridad al finado), que basan tal legitimación en su condición de herederos *ab intestato*, que ha sido debidamente acreditada y aportada al procedimiento.

Ahora bien, el hecho de ser heredero no implica *per se* que se adquiera automáticamente la condición de parte legitimada para reclamar en supuestos de este tipo, pues se trata de dos situaciones jurídicas que operan en diferentes planos: el heredero es la persona que es llamada a suceder en sus derechos y obligaciones a otro a título universal (*ex* artículo 660 del CC); mientras que el legitimado para una reclamación de responsabilidad patrimonial debe ostentar la condición de interesado en los términos exigidos por la Ley 39/2015.

En este sentido, hay que recordar que, en las reclamaciones de responsabilidad derivadas de fallecimiento, se admite sin dificultad la legitimación de cónyuge, padres e hijos del difunto, pero la legitimación de otros parientes como hermanos, tíos y sobrinos, tal y como afirmaba el dictamen número 643/2019, de 3 de octubre, con cita del dictamen número 2.445/2007, de 14 de febrero de 2008, requiere de la prueba de una especial relación con el finado, circunstancia esta que no concurre en el presente expediente.

Se decía en aquel dictamen número 643/2019: «Cuando una persona fallece, se ocasiona un daño moral a sus familiares más cercanos. Ahora bien, el ámbito de los afectados desfavorablemente por la muerte, desde un punto de vista emocional o del aprecio o cariño, es mucho más amplio. En efecto, un cierto perjuicio moral por el óbito puede alcanzar a la familia más allá de las personas más cercanas, en sucesivos círculos de trato y afecto, a los amigos, a compañeros de trabajo o de diversas actividades, a vecinos, y a un número grande de personas. No todos ellos, sin embargo, pueden probar un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, susceptible de ser indemnizado. En Derecho, este daño se configura con estos caracteres, sin necesidad de prueba, en el conjunto más cercano de familiares, pues resulta indudable que su daño es real y muy intenso en la generalidad de los casos. Por este motivo, cuando se reclama responsabilidad patrimonial por la muerte de un interno que carece de cónyuge y de descendientes, como parece ser el supuesto sometido a consulta, se acepta sin ulterior exigencia de prueba la legitimación de sus padres. No puede decirse lo mismo de los hermanos y medios hermanos, que por la propia naturaleza de la privación de libertad no podían convivir con el fallecido. Salvo una prueba de una relación especial, más allá de la fraternidad, no cabe reconocerles legitimación activa para pretender una indemnización en concurrencia con sus padres. Tal es, por lo demás, la

solución a que llega la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. Estas consideraciones coinciden con las expuestas en el dictamen de este Alto Cuerpo Consultivo, de 15 de septiembre de 2005 (expediente número 1.128/2005)».

Puede servir también de orientación la regulación contenida en el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que reconoce junto a los perjudicados (cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos), la figura definida como allegado, que es definida en el artículo 67.1 como «aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad».

De acuerdo con la legislación y doctrina expuesta, en el supuesto sometido a consulta ha quedado acreditada en sede jurisdiccional la existencia de una pareja estable del fallecido (habiendo sido, por lo demás, determinante para tal reconocimiento el testimonio de una de las sobrinas reclamantes, doña …). Existiendo esa pareja estable, y no habiendo aportado la parte reclamante prueba alguna de una relación especial con su tío, ni en sede jurisdiccional ni en la vía administrativa, no es posible reconocérsele la debida legitimación, por lo que procede la desestimación de la presente reclamación de responsabilidad patrimonial.

↻ *Dictamen 395/2023, de 25 de mayo.*

Solicitud de indemnización formulada por doña …, por daños por pérdida de producción y terreno afectado por inundaciones atribuidas a las obras (12-LU-4620. A) de la autovía Lugo-Santiago, A-54, enlace de Melide (Sur)-enlace Palas de Rey (Lugo).

Por lo que respecta a doña …, tampoco ha quedado suficientemente acreditado la titularidad de la(s) parcelas. El testamento aportado, que se limita a instituirla heredera, no es título bastante para la adquisición de las fincas. Para que esta se produzca es precisa la aceptación de la herencia y su adjudicación, a título de dueño, a favor de la interesada. En el expediente no existe esa documentación. Por otra parte, la presentación de un modelo 650 de autoliquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones tampoco se erige en título acreditativo de la propiedad de los bienes supuestamente adquiridos. Así las cosas, la falta de acreditación de la condición de dueñas o titulares de otros derechos sobre las fincas n.º 121 y n.º 125 en las que se dice que se han producido los daños justifica de por sí la desestimación de la reclamación formulada en relación con ambas parcelas.

↻ *Dictamen 518/2023, de 6 de julio.*

Solicitud de indemnización formulada por Axa Seguros Generales S. A., don … y Logitrans Zaragoza S.L. por daños materiales en camión con matrícula … ocasionados por una junta de dilatación de un puente que se levanta a su paso por la autovía A-52, punto kilométrico 294+950, término municipal de Pontevedra.

Distinta es la situación de Logitrans. Esta no es la titular del vehículo, según la documentación que obra en el expediente. Ha abonado a su propietario, don …, el montante correspondiente a la franquicia del seguro. En virtud del artículo 1158 del Código Civil, también esta entidad se ha subrogado en la posición del lesionado. Nada impide el pago de un tercero por cuenta de otro. Ahora bien, en estos casos, el ejercicio de la acción de reembolso por el tercero pagador está supeditada a la concurrencia de dos requisitos: de una parte, la inexistencia de una voluntad expresa del deudor –en este caso, la Administración– de que no hiciera el pago, según previene expresamente el párrafo segundo del artículo 1158 del Código Civil y, de otro lado, según el criterio doctrinal y jurisprudencial, que el lesionado satisfecho reconozca expresamente que el pago recibido lo ha sido en nombre y por cuenta del deudor.

El primer requisito concurre en el caso presente. El pago hecho por Logitrans, S. A. tiene la consideración de pago por tercero, en concreto, por cuenta de la Administración. Es irrelevante que esta haya tenido conocimiento del abono según previene el párrafo primero del artículo 1158 del Código Civil. Lo único determinante es la inexistencia previa por su parte de una voluntad expresa de no hacerlo. En este caso, falta esa oposición.

La segunda exigencia señalada se formaliza en el correspondiente documento de reconocimiento del lesionado de haber sido satisfecho en su pretensión indemnizatoria. En el caso presente, no consta sin embargo en el expediente, razón por la cual, antes de procederse al pago de la indemnización deberá solicitarse de la entidad Logitrans, S. A. a fin de que la aporte.

↻ *Dictamen 523/2023, de 6 de julio.*

13.6.3 **Plazo de prescripción**

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, instruida a instancia de don …

En el presente caso, tal y como resulta de los antecedentes, es claro que el interesado fue declarado indebidamente excluido en el proceso selectivo convocado para el ingreso en el cuerpo de la Guardia Civil, en resolución posteriormente anulada en vía judicial, varios años después. Durante este tiempo, el reclamante ha perseverado en su intención de incorporarse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad,

presentando los recursos oportunos e ingresando como alumno en cuanto tuvo oportunidad de hacerlo. El interesado ha sido nombrado funcionario de carrera, guardia civil, por orden de 4 de julio de 2022, fecha en la que debe considerarse que el daño es efectivo.

En consecuencia, la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el 23 de octubre de 2021 no se ha ejercitado de manera extemporánea. Pudiera considerarse, en cambio, que se ejercitó de forma prematura, aunque el posterior ingreso del Sr. … en la función pública ha hecho viable ese ejercicio anticipado, de manera que la reclamación ha de considerarse tempestiva.

↻ *Dictamen 1018/2023, de 5 de octubre.*

Expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, instruido a instancia de don …

La propuesta de resolución invocando la doctrina del Consejo de Estado, en particular el dictamen 1.909/2006, de 19 de octubre, considera que no se cumplen los requisitos para entender que el plazo de prescripción del artículo 67 de la Ley 39/2015 se ha visto interrumpido por el ejercicio de la acción penal, ya que esta no se dirigió frente a la Administración General del Estado sino frente a otros sujetos intervinientes en los hechos (varios vigilantes de seguridad privada y agentes de la Policía Local de Gijón).

Esta solución, que supone que no cabe atribuir virtualidad interruptiva a los procedimientos penales que no se dirigen frente al titular del servicio o frente a las personas vinculadas o al servicio de la Administración General del Estado, ha sido reiterada en numerosos dictámenes, entre otros el 612/2007, de 3 de mayo, o el 2.584/2010, de 21 de diciembre.

La cuestión fundamental que se plantea es si, en el presente caso, el proceso penal seguido contra los vigilantes de seguridad y los agentes de la Policía Local de Gijón, constituye una pieza esencial y determinante de la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, en la que se incardinan el Ministerio del Interior y, vinculado al mismo, la Policía Nacional.

La respuesta ha de ser necesariamente negativa. Con independencia de cuál pudiera ser el resultado del proceso penal, en el expediente y, en particular, en las actuaciones y diligencias que se realizaron en el seno de dicho proceso penal, no consta ningún elemento que haga pensar en una intervención o actuación de algún agente de la Policía Nacional o de alguna persona vinculada o al servicio de la Administración General del Estado. Esto es coherente con el hecho de que, como indica el informe de la Jefatura Superior de la Policía Nacional en Asturias, la Dirección General de la Policía no fue parte del proceso penal instruido en relación con los hechos ni tuviera conocimiento de las resoluciones recaídas.

En definitiva, cabe concluir que la acción ha prescrito, sin que sea necesario atender a fechas ulteriores, incluida la de la inadmisión a trámite el recurso de amparo que, a mayor abundamiento, tampoco podría ser considerada teniendo en cuenta la doctrina reiterada del Consejo de Estado (por todos el dictamen 95/2021, de 25 de marzo) que niega la virtualidad interruptiva del recurso de amparo pues éste «trata de corregir la supuesta vulneración de derechos fundamentales, mientras que el objeto de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado es la obtención de una indemnización compensatoria de los daños que el particular haya sufrido y cuyo derecho prescribirá al año desde el día en que pudo ejercitarse, por lo que debe concluirse que el recurso de amparo no puede interrumpir el plazo de prescripción dada su diferente finalidad».

↻ *Dictamen 1159/2023, de 8 de noviembre.*

13.6.3.1 *Momento inicial del cómputo*

Responsabilidad patrimonial formulada por don …, en representación de Clivia Quinta de Aves S.L., los daños y perjuicios, cuantificados en 21.202.089,80 E, sufridos al quedar sus parcelas n.° 25.397 y n.° 50.858, incluidas dentro de los límites de la zona de dominio público marítimo-terrestre, en el deslinde aprobado por la O. M. de 11 de junio de 2008, del entonces Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, posteriormente anulado judicialmente.

(…) el Consejo de Estado no comparte la tesis de la Subdirección General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con Administración de Justicia del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, según la cual el daño invocado por la sociedad reclamante quedó individualizado en el momento en el que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (sentencia de 3 de febrero de 2012) anuló la Orden Ministerial de 11 de junio de 2008 que aprobó el deslinde del tramo de costa comprendido entre el extremo norte de la calle Antonio Machado y las inmediaciones de las ruinas del antiguo Cuartel de Carabineros, junto a la playa de los Bajos de la Romanilla, e incorporó las dos parcelas sobre las que [la reclamante] ostentaba derechos dominicales al dominio público marítimo-terrestre.

Con posterioridad a este acontecimiento, la mercantil interesada ejercitó otras acciones judiciales encaminadas a dilucidar el estatuto jurídico de las fincas de su copropiedad: (…) el 10 de diciembre de 2014, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la legalidad de la revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Roquetas de Mar, que había recalificado los terrenos afectados por el deslinde como suelo no urbanizable de especial protección por legislación específica;

el 27 de septiembre de 2016, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería declaró que dichas fincas eran propiedad privada de las comunidades de condominios en las que participaba la entidad perjudicada y, correlativamente, condenó a la Administración General del Estado a adoptar las medidas necesarias para restituir su posesión a sus legítimos propietarios; por último, el 20 de marzo de 2019, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo inadmitió los recursos que la representación procesal de la Administración General del Estado había interpuesto frente a la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería antes citada, la cual devino firme y pasó en autoridad de cosa juzgada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

A juicio de este Alto Cuerpo Consultivo, en aplicación del principio *pro actione*, el *dies a quo* del plazo de prescripción legalmente establecido debe ser la fecha en la que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó el auto de inadmisión de 20 de marzo de 2019, ya que fue en ese momento cuando Clivia Quinta de Aves, S. L., pudo conocer, con certeza, el estatuto jurídico de las parcelas originariamente afectadas por el deslinde aprobado mediante Orden Ministerial de 11 de junio de 2008 y, por lo tanto, dilucidar si existía un daño individualizado susceptible de ser reclamado. Así lo prueba el hecho de que la Orden Ministerial de 9 de marzo de 2022, que puso término al segundo expediente de deslinde, excluyese tales parcelas del dominio público marítimo terrestre, en cumplimiento del auto de ejecución de la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, de 27 de septiembre de 2016, que la Administración afirma «acatar, pero no compartir».

↻ *Dictamen 1942/2022, de 2 de marzo de 2023.*

Expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, instruido a instancia de don …, en representación de don …

La reclamación de responsabilidad, con arreglo a la teoría de la «*actio nata*», pudo ser ejercitada desde que se le notificó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia el 14 de octubre de 2020.

En efecto, como señalara el dictamen número 991/2015, de 14 de enero de 2016 y recordase recientemente el dictamen número 906/2022, de 15 de diciembre:

> «… el criterio del auto de firmeza fue expresamente rechazado por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 25 de enero de 2011.
>
> No es ocioso añadir –como hace esta última sentencia del Tribunal Supremo– que, desde el punto de vista del derecho de defensa, lo verdaderamente importante para que comience a correr el plazo de prescripción de la reclama-

> ción de responsabilidad patrimonial de la Administración es, tal como ha tenido ocasión de subrayar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000 (asunto Miragall y otros contra España), el momento en que el interesado tiene conocimiento de la sentencia, dado que es entonces cuando sabe que el evento lesivo se ha consumado y, por tanto, cuando debe considerar si ejercer su derecho a indemnización por daños.»

La fecha determinante del *dies a quo*, pues, ha de ser aquella en que se conoció el hecho lesivo (en el presente caso, cuando se notificó la sentencia el 14 de octubre de 2020) puesto que desde entonces pudo reclamar responsabilidad patrimonial (con independencia de la fecha de firmeza de dicha sentencia).

Establecen así de forma concorde los dictámenes números 1.054/2013, de 28 de noviembre; 142/2014, de 10 de abril; y 241/2014, de 10 de abril; así como el 514/2015, de 25 de junio:

> «En definitiva, la fecha relevante para poder ejercer la acción –y, por tanto, dies a quo para computar el plazo de prescripción– es la de la notificación de la sentencia o de la resolución que permite al interesado entablar la acción de responsabilidad, y no la fecha de su firmeza ni de la notificación.»

Siendo ello así, y resultando que la reclamación se formuló el 15 de noviembre de 2021, fecha en la que tuvo entrada en el Registro General del Ministerio del Interior, la acción de responsabilidad patrimonial fue ejercitada extemporáneamente.

↻ *Dictamen 134/2023, de 23 de marzo.*
↻ *Ver también dictamen 51/2023, de 30 de marzo.*

Responsabilidad patrimonial de la administración del Estado n.º …, instruida a instancia de don …, don …, y doña …

Los reclamantes han alegado que la reclamación se ha formulado en plazo porque los daños que sufre el Sr. … son daños continuados, que no llegan a estabilizarse, por lo que el plazo para reclamar se mantiene abierto de forma permanente.

Como ha señalado el Consejo de Estado en diversas ocasiones (entre otros, dictámenes números 316/2021, de 15 de julio, o 740/2014, de 9 de octubre), la jurisprudencia viene distinguiendo entre los daños continuados, que como tales no permiten conocer los efectos definitivos de una lesión, pues se produce un agravamiento paulatino de los mismos sin solución de continuidad, y los daños permanentes, que se refieren a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas consecuencias resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo, así, cuantificables, de suerte que los tratamientos paliativos

ulteriores, encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2011 –recurso n.º 1638/2009).

En relación con estos últimos, la jurisprudencia ha señalado que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad, siguiendo el principio de la *actio nata*, ha de ser aquel en el que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o en el que se objetiven las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, ya que una vez establecido dicho alcance definitivo de la enfermedad y sus secuelas, los tratamientos posteriores encaminados a mejorar la calidad de vida del paciente o a evitar ulteriores complicaciones en su salud o la progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 –recurso n.º 1896/2011– o de 28 de febrero de 2007 –recurso n.º 5536/2003).

En el presente caso, no existe en el expediente ningún documento que acredite que estamos ante daños continuados en el tiempo (…)

[…]

De todo lo anterior se deriva con claridad que estamos ante un supuesto de daños permanentes, en el que, a falta de más datos en el expediente (en concreto, datos médicos relativos a la fecha del alta médica o al diagnóstico de las diferentes patologías), el *dies a quo* para reclamar por una eventual responsabilidad de la Administración debe fijarse, en una interpretación *pro actione*, en el 21 de julio de 2014, fecha de la sentencia en la que se reconoció al interesado la dependencia de grado II, nivel I. A partir de ese momento, no consta ningún otro dato en el expediente que ponga de manifiesto que su situación haya podido verse agravada. Debe hacerse notar que, incluso si se tomase la fecha de la última sentencia relativa al procedimiento seguido para el reconocimiento del derecho a percibir la prestación extraordinaria por jubilación (sentencia del TSJ de Madrid de 11 de diciembre de 2020), la reclamación presentada el 17 de agosto de 2022 sería extemporánea.

↻ *Dictamen 394/2023, de 25 de mayo.*

Responsabilidad patrimonial promovida por Atiga Ingeniería y Urbanismo S. L.

Con carácter previo al análisis del fondo de la cuestión planteada, resulta preciso en este caso examinar si la acción ha sido deducida dentro del plazo de un año legalmente establecido al efecto, toda vez que el órgano instructor ha apreciado la extemporaneidad de la reclamación.

1. En relación con este extremo, cabe recordar que la reclamación se fundamenta en la anulación en vía jurisdiccional de la resolución por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto frente a un acuerdo de derivación de responsabilidad al que la entidad interesada imputa los daños cuya reparación solicita.

Siendo ello así, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, antes citada, a cuyo tenor:

> «En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.»

De la letra de la norma citada se infiere que la fecha que ha de tomarse como *dies a quo* para el cómputo del plazo es la de notificación de la sentencia por la que se anula el acto, notificación que en este caso tuvo lugar el 8 de marzo de 2021, tal y como consta en el certificado expedido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de A Coruña (punto tercero de antecedentes).

Atendiendo a ese dato, el servicio instructor concluye que la reclamación es extemporánea, al haberse formulado el 23 de marzo de 2022, esto es, una vez transcurrido el plazo de un año desde la notificación de la sentencia, que fue el momento en que la interesada tuvo conocimiento de la anulación del acto al que imputa los perjuicios cuya indemnización pretende.

Este es el criterio que en numerosos dictámenes ha mantenido el Consejo de Estado, tomando en consideración que la fecha de notificación de la sentencia determina el momento a partir del cual la persona que pretende reclamar dispone «de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar» (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 13 de enero de 2015), lo que, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual y en la patrimonial administrativa se concreta «en que la acción se puede ejercer –y por tanto comienza su plazo de prescripción– desde que el lesionado tiene cabal conocimiento del hecho causante del daño y de las consecuencias derivadas de él» (dictamen número 529/2020, de 4 de febrero de 2021). Se acoge, así, de manera expresa, la teoría de la «*actio nata*», con arreglo a la cual se entiende que el plazo de prescripción debe comenzar a computarse desde el momento en que puede ejercerse la acción.

Una manifestación concreta de esta línea de interpretación del precepto citado se encuentra en el dictamen número 910/2017, de 20 de diciembre, que pone de manifiesto que dicho artículo «establece, para los casos en que la reclamación deriva de la anulación de un acto o disposición en vía administrativa o contencioso-administrativa, que «el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notifi-

cado la resolución administrativa o la sentencia definitiva», es decir, no tiene en consideración la fecha de la firmeza de la sentencia».

Idéntico criterio se sigue en el dictamen número 609/2019, de 19 de septiembre, en el que se afirma al respecto lo siguiente:

> «En efecto, con arreglo a la teoría de la «*actio nata*» perfilada por una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, entre otras, las sentencias de 31 de marzo de 2014, 20 de noviembre de 2015 y 2 de junio de 2016), en el asunto sometido a consulta, el plazo legalmente establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración ha de computarse desde la fecha en que la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 27 de marzo de 2013, fue notificada a la interesada, en la medida en que fue entonces cuando pudo conocer en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios padecidos como consecuencia de la anulación de las resoluciones del Ministerio de Sanidad y Consumo de 28 de octubre de 2004 y de 3 de marzo de 2005.»

En el mismo sentido se pronuncia el dictamen número 840/2019, de 5 de diciembre, que entiende que «no cabe acoger el argumento de la entidad reclamante según el cual el plazo de prescripción no puede empezar a computarse sino desde el momento en el que el daño quedó definitivamente determinado, lo cual no sucedió, a su entender, bien hasta el 29 de mayo de 2017 (fecha en la que se ordenó la devolución de las cantidades indebidamente embargadas y que la interesada menciona en su escrito de reclamación inicial) o bien hasta el 7 de agosto de 2017 (fecha en la que se llevó a cabo el pago de esas cantidades y que la reclamante considera como *dies a quo* en el escrito presentado en el trámite de audiencia). En aplicación de la doctrina de la *actio nata* –y como bien señalan el informe de la Abogacía del Estado y la propuesta de orden–, resulta claro que el daño patrimonial por el cual se reclama se puso de manifiesto para la interesada desde el momento en que tuvo conocimiento de la sentencia anulatoria de la revocación parcial del préstamo».

Más recientemente, el criterio apuntado ha sido aplicado en el dictamen número 302/2021, de 10 de junio, que de forma clara sostiene que «la fecha que ha de tomarse como *dies a quo* para el cómputo del plazo de un año previsto en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es el 8 de septiembre de 2015, momento en que fue notificada la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Madrid de 10 de julio de 2015. Pues, en efecto, fue entonces cuando el reclamante tuvo conocimiento de que la deuda cuyo pago se le exigió mediante la resolución de 22 de marzo de 2013 se encontraba prescrita y debía ser anulada (…). La reclamación se apoya en la exis-

tencia de la referida sentencia, lo que determina que sea la fecha de notificación de dicha resolución judicial la que deba tomarse como momento a partir del cual comienza a computarse el mencionado plazo de un año para la interposición de la correspondiente reclamación».

Y cabe, en fin y sin ánimo de agotar la relación de dictámenes que siguen el mencionado criterio, citar el dictamen número 349/2021, de 15 de julio, que recuerda que «el Consejo de Estado (por todos, dictamen número 991/2015, de 14 de enero de 2016) tiene una doctrina consolidada al respecto, entendiendo que el plazo para reclamar ha de computarse, como regla general, desde la fecha de la notificación de la sentencia que pone fin al procedimiento, puesto que desde ese momento puede el interesado ejercer su derecho a reclamar una indemnización»; a lo que añade que, en todo caso, transcurrido el plazo para impugnar la sentencia, esta ha devenido firme y es conocida por el interesado, que puede, por tanto, ejercer su pretensión indemnizatoria, aun cuando no se haya declarado esa firmeza. Y recuerda que, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2011, «la declaración de firmeza de la sentencia es una mera constatación y nada añade a la circunstancia determinante de aquélla, que es la falta de impugnación tempestiva de la sentencia cuando ello sea posible».

A la vista de lo anterior, el dictamen llegaba a la conclusión de que «el supuesto perjuicio padecido por la entidad reclamante habría quedado constatado desde el momento de la notificación de la sentencia anulatoria (…), pudiendo haber ejercitado la acción de reclamación de daños y perjuicios desde ese momento, conforme al artículo 67.1 de la Ley 39/2015» (el dictamen coincidía en este punto con el parecer expresado por la Abogacía del Estado en su informe de 21 de abril de 2021, en el que sostenía que «siguiendo la dicción literal del artículo 67.1 de la Ley 39/2015, el derecho a reclamar prescribiría al año de haberse notificado la sentencia definitiva, por lo que el plazo inicial del cómputo empezaría el día 20 de diciembre de 2016, fecha en la que la sentencia fue notificada a la reclamante. No es, por consiguiente, el *dies a quo* aquel en el que la sentencia ganó firmeza, tal y como entiende la propuesta de resolución remitida, sino que ha de serlo el día en que aquella fue notificada a la parte actora y ahora reclamante, si se sigue una interpretación ad litteram del artículo 67.1 de la LPACAP»).

2. Frente a este criterio, la Abogacía del Estado sostiene, en este caso concreto, que el plazo de prescripción debe comenzar a computarse a partir de la firmeza de la sentencia, entendiendo que esta se produce por el transcurso del plazo legalmente establecido para la interposición del correspondiente recurso –y no, por tanto, con la notificación de declaración de firmeza, como pretende en este caso la entidad reclamante.

Esta interpretación de la regla contenida en el artículo 67.2 de la Ley 39/2015 fue expresamente acogida por el Consejo de Estado en el dictamen núme-

ro 903/2019, de 4 de junio de 2020, en el que, ante una disparidad entre las posiciones mantenidas por los órganos preinformantes idéntica a la que se produce en el asunto ahora examinado, se opta por considerar que «hasta que se alcanza la firmeza no se puede determinar con certeza la responsabilidad derivada de la anulación pronunciada».

En apoyo de esta interpretación, la Abogacía del Estado invoca la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2018 (recurso n.º 1548/2017), cuyo fundamento de derecho quinto recuerda que «en el supuesto de autos, la Sección Primera de la Sala, mediante auto de fecha 12 de junio de 2017 (…), procedió a la admisión del recurso de casación preparado, declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar: «el dies a quo del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial por anulación mediante sentencia de acto administrativo, cuando la ejecución de la sentencia implica la demolición de lo construido». Por otra parte, el auto señala como norma que deberá ser objeto de interpretación «los artículos 139.2 y 142.4 y 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

En respuesta a la cuestión así planteada, la sentencia considera «como interpretación más acertada de los artículos 139.2 y 142.4 y 5 de la LRJPA –en los supuestos en los que la ejecución de la sentencia implica la demolición de lo construido– la que señala que, como regla general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de tal anulación, sin que pueda ser considerada como tal la fecha de la demolición del inmueble construido al amparo del acto o disposición impugnado. Esta, pues, es la doctrina que, con carácter general, resulta procedente establecer».

Añade que esa misma interpretación fue la que acogieron tanto la STS 662/2018, de 24 de abril (recurso n.º 18/2017), como la anterior STS de 19 de marzo de 2010 (recurso n.º 5437/2005), en la que se advierte que el artículo 142.5 de la antigua Ley 30/1992 «no precisa el momento inicial del cómputo, sino que lo anuda de modo genérico al hecho de existir sentencia definitiva en que se ordena la anulación»; la sentencia citada entiende que ello es «compatible con el mandato del artículo 4.2 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en el que se precisa que «el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devengado firme», firmeza que, hasta que se alcanza, según puede leerse en la sentencia de referencia, impide determinar «con certeza la responsabilidad derivada de la anulación pronunciada, pues el pronunciamiento podría ser modificado por vía de recurso».

A la vista de todo lo anterior, la STS de 10 de julio de 2018 llega a la conclusión de que «es la sentencia anulatoria –y no la orden concreta de demolición, o la demolición misma–, la que constituye una declaración ejecutiva respecto de la demolición del inmueble, no debiendo olvidarse que, entre otras muchas en las STS de 7 de febrero de 2000 y 15 de octubre de 2001, el Tribunal Supremo (…) señaló que «la demolición de lo construido es la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística». Esta es, pues, la interpretación que –insistimos–, como regla general, procede realizar de los preceptos concernidos, en relación con la determinación del momento de inicio del cómputo del plazo anual de prescripción para la reclamación de la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación jurisdiccional de un acto o disposición determinante de la demolición de un inmueble».

A la luz de esta jurisprudencia, el servicio jurídico del Estado llega a la conclusión de que no cabe apreciar la extemporaneidad de la reclamación, al haberse formulado el 23 de marzo de 2022, es decir, antes de que transcurriera el plazo de un año desde que la sentencia anulatoria devino firme, circunstancia que acaeció una vez vencido el plazo de quince días previsto para la interposición del recurso de apelación, es decir, el 30 de marzo de 2021.

3. Aun cuando la conclusión anterior puede encontrar fundamento en la sentencia citada, no cabe ignorar que la doctrina que en ella se fija se encuentra referida, como expresamente se señala en ella, a los supuestos de anulación de licencias urbanísticas de los que resulta la obligación de demoler un inmueble, supuestos en los que lo que se discutía era si el derecho a reclamar podía ejercerse una vez firme la sentencia anulatoria o si, por el contrario, era preciso esperar a que se ejecutara dicha sentencia para entender determinado el alcance del daño y, en consecuencia, para poder interponer la correspondiente reclamación.

En efecto, la cuestión que presentaba interés casacional para la formación de jurisprudencia y que el Tribunal Supremo dilucidó consistía, como ha quedado expuesto, en determinar el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de un acto en virtud de una sentencia que obliga a la demolición de lo construido. Se trata, por tanto, de una sentencia que, al igual que las anteriores que en ella se citan, da respuesta a un problema concreto y muy específico en un determinado ámbito como es el de las licencias urbanísticas anuladas en vía jurisdiccional. En ese específico ámbito, la disyuntiva que resuelven las sentencias citadas no es la que contrapone, a efectos de determinar el momento en que debe comenzar a computarse el plazo de la acción de responsabilidad patrimonial, la fecha en que se dicta la sentencia anulatoria y la fecha en que tal sentencia deviene firme; antes bien, la alternativa que se plantean las mencionadas resoluciones es la que existe entre la fecha en que la sentencia adquiere firmeza y la fecha en que se ejecuta, pues existía una línea

jurisprudencial que interpretaba que solo con la ejecución de la sentencia –y, por tanto, con la demolición de la edificación– se materializaba el daño indemnizable y, en consecuencia, quedaba fijado su alcance. Con arreglo a esta interpretación, las reclamaciones formuladas antes de ese momento debían considerarse prematuras, criterio que expresamente ha rechazado el Tribunal Supremo.

Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto, en definitiva, que el criterio sentado en las sentencias citadas ha sido establecido atendiendo a las particularidades de la cuestión que en ellas debía dilucidarse.

4. No puede ignorarse, además, que dicho criterio no guarda plena correspondencia con el que más recientemente ha sentado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de noviembre de 2022 (recurso n.º 6834/2021).

Tal y como se indica en su antecedente de hecho tercero, el auto de admisión, de 23 de marzo de 2022, precisó que «la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación judicial de un acto administrativo de concesión de subvención».

Conviene recordar que el recurso fue interpuesto por un ayuntamiento que invocó, precisamente y entre otros argumentos, una infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 10 de julio de 2018 antes citada, que, en los supuestos de anulación de licencias urbanísticas «sitúa el *dies a quo* del plazo prescriptivo de la acción ejercitada en la firmeza de la sentencia anulatoria, sin que sea posible diferir el inicio del plazo prescriptivo al momento en que efectivamente se haya materializado la demolición derivada de aquella anulación» (antecedente de hecho segundo). Con arreglo a dicho criterio, el recurrente considera que debe admitirse que «la acción para reclamar la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de la resolución de concesión de una subvención nació tras la firmeza de la sentencia que la anuló, con independencia del momento en que se hiciera o se haga efectivo el reintegro de aquella, toda vez que la obligación de reintegro nace automáticamente de la ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones».

Así delimitado el objeto del recurso, la sentencia aborda en su fundamento de derecho segundo el «examen de la cuestión casacional», recordando que «la finalidad de este recurso extraordinario» consiste en «la fijación de la jurisprudencia» en relación con tal cuestión. Advierte que la sala de instancia no considera en modo alguno «que el procedimiento, en el caso de autos, se haya iniciado de manera extemporánea», sino que lo que razona en su sentencia es que, «siendo la efectividad del daño un requisito esencial de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones (…), no se había ocasionado daño alguno al Ayuntamiento porque (…) no se había efectuado devolución alguna de la subvención». Entiende el Tribunal Supremo que ello implica sostener implícitamente «que no basta la reso-

lución o la sentencia que anule el acto administrativo a que se imputa el daño para reclamar la indemnización por responsabilidad patrimonial, sino que éste se haya ocasionado real y efectivamente; es decir, que se haya cumplido lo ordenado en la referida resolución o sentencia, que será cuando la lesión, en sentido técnico-jurídico de daño antijurídico, será real y efectivo».

Entiende, por ello, la sentencia que «lo que en realidad se suscita por las partes (…) es si es suficiente la mera «anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general», para estimar que se ha ocasionado la lesión, en su sentido técnico-jurídico de daño antijurídico de que no exista deber de soportar el perjudicado; o si, por el contrario, ha de esperarse a la ejecución de dicha sentencia o resolución administrativa para estimar que se alcanza esa efectividad del daño». Y considera que «así planteado el debate (…), es lo cierto que la cuestión casacional, en la forma en que se delimita en el auto de admisión, aparece ya resuelta en el mencionado artículo 67 1.º, párrafo segundo, al declarar de forma taxativa que el derecho a reclamar, que el mencionado precepto le confiere un plazo de un año, dispone que dicho plazo se empieza a contar desde que se haya «notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva»; de donde cabe concluir que es desde la notificación de la sentencia o resolución administrativa a que se impute el daño y no desde la ejecución de dicha resolución. Y ello sin perjuicio de las peculiaridades que dicha conclusión comporta en el caso de anulación de subvenciones, como pasaremos a examinar seguidamente».

Esta es, pues, «la respuesta a la cuestión casacional suscitada», tal y como declara el fallo de la sentencia en su segundo punto.

La lectura de los párrafos transcritos pone de manifiesto que la solución que la sentencia da a la cuestión suscitada es similar a la que ofrece la sentencia de 10 de julio de 2018 antes citada e invocada en el informe de la Abogacía del Estado en apoyo del criterio sostenido en él, pero no es plenamente coincidente con ella. En ambos casos se trataba de determinar, a través de la fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción de responsabilidad patrimonial, el momento a partir del cual se entiende delimitado el alcance del daño cuya reparación se pretende. Nuevamente en la sentencia de 4 de noviembre de 2022 se concluye que no es preciso esperar a la ejecución de la resolución anulatoria, pero, a diferencia de lo declarado en la meritada sentencia de 2018, en la más reciente se fija como momento inicial para el cómputo del plazo de prescripción la fecha de notificación de la sentencia, sin efectuar mención alguna a su firmeza. De este modo, una aplicación estricta y literal de la doctrina recogida en ella llevaría a afirmar que el plazo de prescripción de la acción comienza a transcurrir desde la fecha de notificación de la sentencia anulatoria, pues es claro que la sentencia entiende que ya a partir de ese momento existen elementos de juicio suficientes para determinar el alcance del daño sufrido y formular la correspondiente reclamación.

Desde esta perspectiva, el criterio sentado en la citada resolución judicial resulta conforme con la posición que ha mantenido al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que interpreta que «el derecho de acción o de recurso debe ejercerse a partir del momento en el que los interesados pueden efectivamente conocer las sentencias judiciales que les imponen una carga o podrían vulnerar sus derechos o intereses legítimos»; y recuerda, a este respecto, que «la notificación, en cuanto acto de comunicación entre el órgano jurisdiccional y las partes, sirve para dar a conocer las decisiones de los tribunales así como los fundamentos que las motivan, para, dado el caso, permitir a las partes recurrirlas» (sentencia de 25 de enero de 2000, asunto *Miragall y otros contra España*).

En definitiva y atendiendo al criterio que adopta la sentencia de 4 de noviembre de 2022, lo esencial para que comience a transcurrir el plazo de prescripción de la responsabilidad patrimonial es el momento en que el interesado tuvo conocimiento de la sentencia anulatoria del acto, pues es entonces cuando tiene constancia de que el evento lesivo se ha consumado y, por tanto, cuando debe considerar si formular reclamación o no.

5. Ahora bien, sin perjuicio de la claridad de la conclusión alcanzada en la sentencia citada, no puede obviarse que, del mismo modo en que en la STS de 2018 se fija el criterio para el cómputo del plazo para formular una reclamación como consecuencia de la anulación de una licencia urbanística, en la más reciente STS de 2022 se establece el que determina el *dies a quo* del plazo para reclamar tras la anulación de una subvención, sin que en ninguna de ellas se alcance, por tanto, un criterio genéricamente aplicable a las reclamaciones derivadas de la anulación de cualesquiera actos.

Ambas sentencias tienen también en común que en ellas se adopta una solución orientada a evitar que se obligue al perjudicado a esperar a que la resolución judicial se ejecute, permitiendo, en cambio, que plantee su pretensión resarcitoria una vez firme la sentencia (STS de 10 de julio de 2018) o una vez notificada (STS de 4 de noviembre de 2022). Pero no es ese el problema que se ha suscitado en el presente expediente, en el que la dialéctica no se plantea entre notificación o firmeza, por un lado, y ejecución de la sentencia, por otro, pues no se trata de determinar si la acción fue ejercida o no de forma prematura –problema al que las dos sentencias dan respuesta–. Al contrario, lo que debe resolverse en el asunto sometido a consulta es si la fecha que debe tomarse como inicio del cómputo del plazo de prescripción tras la anulación de un acto en vía jurisdiccional es la de notificación de la sentencia o la de firmeza, y ello a efectos de determinar si la acción fue ejercida tempestivamente o de forma extemporánea.

Así delimitada la cuestión que debe resolverse y en ausencia de un criterio jurisprudencial que de manera clara e inequívoca dé respuesta a la específica problemática que aquí se plantea, el Consejo de Estado entiende que debe mante-

nerse la doctrina que de forma mayoritaria se ha seguido hasta el momento, lo que lleva a sostener que el plazo de prescripción de la acción para reclamar debe comenzar a computarse a partir de la fecha de notificación de la resolución o sentencia definitiva que anula el acto del que se derivan los perjuicios cuya reparación se pretende.

Esta solución no solo es la que resulta del tenor literal del artículo 67.1 de la Ley 39/2015 y la que, como ha quedado expuesto, se acomoda a la teoría de la «*actio nata*» y se ha aplicado de manera inveterada, sino que es también la que permite adoptar un criterio cierto, objetivo y fácilmente acreditable, algo que resulta esencial cuando se trata de establecer los mecanismos de cómputo de los plazos para el ejercicio de acciones, habida cuenta de su carácter preclusivo.

Frente a la certeza que ofrece este criterio –que resulta, además, plenamente conforme con la jurisprudencia del TEDH antes citada–, el de firmeza de la sentencia lleva a hacer depender la determinación del *dies a quo* de las reglas que disciplinan el régimen de recursos que en cada caso resulte de aplicación, reglas que varían considerablemente no solo en función de cuál sea la concreta sentencia que se haya dictado (primera instancia, apelación, casación), sino también en función de los criterios de admisión de recursos, cuyo conocimiento por los ciudadanos puede resultar complejo, dificultándose con ello la identificación del momento exacto a partir del cual pueden ejercer la acción.

La complejidad apuntada se manifiesta de forma clara en el asunto sometido a consulta, en el que, como se ha indicado, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de A Coruña, de 4 de marzo de 2021, hacía constar que frente a ella cabía interponer recurso de apelación en el plazo de quince días, siendo así que, de conformidad con la interpretación que, en materia de derivación de responsabilidad, el Tribunal Supremo ha hecho del artículo 81.1.a) de la LJCA –que preceptúa que no cabe apelación en los asuntos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros–, dicha resolución no era susceptible de impugnación (así se explica en los antecedentes tercero y sexto de este dictamen).

La dificultad de determinar apriorísticamente las reglas de impugnación de las resoluciones judiciales evidencia por sí sola que el criterio de la firmeza de la sentencia introduce un elemento de incertidumbre que no es compatible con el principio de seguridad jurídica, ni con la exigencia que de él se deriva de establecer normas y criterios de aplicación de tales normas que permitan a los ciudadanos tener un conocimiento cabal y anticipado de la legislación en vigor y de las consecuencias de sus acciones y omisiones. En efecto, en palabras del Tribunal Constitucional, la seguridad jurídica debe entenderse «como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, F. J. 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho

(STC 36/1991, de 14 de febrero, F. J. 5), como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo, F. J. 4)» (STC 104/2000, de 13 de abril, y 83/2005, de 7 de abril).

Aplicado este principio al concreto ámbito de la prescripción de acciones, cabe sostener que la determinación de las reglas de cómputo de plazos debe realizarse con arreglo a criterios claros y objetivos que permitan establecer de forma sencilla y fácilmente acreditable el momento en que tales plazos comienzan a correr. Ocurre, sin embargo, que la fijación de la fecha en que una resolución adquiere firmeza depende, como se ha indicado, de las normas procesales en cada caso aplicables y del modo en que estas sean interpretadas por los órganos jurisdiccionales, a quienes corresponde adoptar la decisión de admitir o inadmitir el recurso con arreglo a los criterios que corresponda seguir.

Siendo ello así, cabe concluir que la exigencia de certeza y predictibilidad que se deriva del mencionado principio de seguridad jurídica no queda suficientemente atendida si se impone el criterio de firmeza de la sentencia, criterio que, como se ha razonado, no viene impuesto por la sentencia que el informe de la Abogacía del Estado de 24 de febrero de 2023 invoca.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado entiende que la fecha que debe tomarse como momento inicial del cómputo del plazo de prescripción es la de la notificación de la sentencia de 4 de marzo de 2021 por la que se anuló la resolución impugnada de la entidad reclamante, es decir, el 8 de marzo de 2021, lo que conduce a apreciar la extemporaneidad de la reclamación, al haberse formulado el 23 de marzo de 2022.

Por lo demás, no puede dejar de apuntarse que, incluso si se apreciasen razones suficientes para modificar el criterio que hasta ahora se ha seguido en esta cuestión y sostener que el *dies a quo* del cómputo del plazo debe ser el de la fecha de firmeza de la sentencia, la reclamación formulada por «Atiga Ingeniería y Urbanismo, S. L. L.» seguiría siendo extemporánea, toda vez que, al no admitir recurso alguno, la sentencia anulatoria ya era firme en el momento en que fue notificada.

↻ *Dictamen 263/2023, de 1 de junio.*

Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don …, en representación de Naturgy Generación S. L. U., por los daños y perjuicios cuantificados en 17.328.534,19 €, por la pérdida de producción eléctrica causada por la exigencia de la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil, del cumplimiento de los caudales ecológicos determinados por el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Miño-Sil, aprobado por el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla,

Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro; alegando la supuesta pérdida de producción de energía eléctrica sufrida en ocho centrales hidroeléctricas desde distintas fechas de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2019.

La solicitud ha sido formulada por persona legitimada para ello, la cual ha actuado a través de un representante con poder bastante, dentro del plazo de prescripción de un año, contado desde el día en que se produzca el hecho o el acto que motive la indemnización o en que se manifieste su efecto lesivo, que fija el artículo 67.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en tanto que los daños invocados tienen carácter continuado en el sentido de que derivan de una unidad de acto que se prolonga en el tiempo y origina perjuicios de forma sostenida y que, en tales supuestos, es doctrina consolidada del Consejo de Estado –sentada, entre otros, en los dictámenes de los expedientes números 1.008/99, de 24 de junio; 606/2007, de 26 de abril; 204/2016, de 5 de mayo, y 316/2021, de 15 de julio– que el plazo de prescripción se computa desde que se estabilizan los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante y se conoce de forma definitiva el quebranto padecido por el mismo.

Aunque, en puridad, los daños alegados por la sociedad perjudicada no cesaron hasta que el plan hidrológico del Miño-Sil de 2016 fue revisado y derogado por el nuevo plan de la demarcación hidrográfica aprobado por el Real Decreto 35/2023, de 24 de enero –plan que ha establecido un nuevo régimen de caudales ecológicos que teóricamente estará vigente hasta finales de 2027–, entiende este Alto Cuerpo Consultivo que nada obsta a que aquella ciña su pretensión indemnizatoria a los perjuicios ocasionados hasta el 31 de diciembre de 2019 y que, en consecuencia, en el seno de este procedimiento se resuelva si por tales daños cabe imputar a la Administración General del Estado responsabilidad patrimonial alguna.

↻ *Dictamen 506/2023, de 22 de junio.*

Reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños y perjuicios sufridos en el desempeño de su trabajo como Letrada de la Administración de Justicia, sustituta en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Vinaroz, formulada por don …, en nombre y representación de doña …

Lógicamente, la fecha de inicio del plazo de prescripción no puede situarse en la fecha de la emisión del informe médico-pericial, realizado unos días antes de la presentación de la reclamación, el 19 de junio de 2020, puesto que

ello sería tanto como dejar en manos de la interesada el inicio del cómputo de dicho plazo; antes bien, aquel plazo ha de computarse desde última de las fechas de los informes y documentos de que se sirve ese informe pericial para la «cuantificación de las lesiones temporales y las secuelas». Así las cosas, en la medida en que tanto las lesiones temporales como el alcance de las secuelas a que se refiere el informe pericial habrían quedado determinadas el 3 de abril de 2019 (fecha del alta médica), habría que concluir que la reclamación que está en el origen del expediente, presentada el día 26 de junio de 2020, ha de considerarse extemporánea.

↻ *Dictamen 1102/2023, de 8 de noviembre.*

Propuesta de resolución por la que se inadmite por extemporánea, la reclamación presentada por …, frente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), en el contexto de la oferta pública de adquisición voluntaria de acciones y obligaciones convertibles de Natra, S. A., presentada por World Confectionery Group, S.á. R. L. (WCG), por la que solicita, cuanto menos, una indemnización por importe de 663.796 euros, por los daños que entiende le fueron producidos como consecuencia del anormal funcionamiento de la CNMV, al haber habilitado a WCG para el ejercicio de unas ventas forzosas de las acciones de Natra, S. A. manifiestamente ilegales.

(…) teniendo en cuenta que en el presente caso los perjuicios cuya indemnización se reclama se anudan a la supuesta ilegalidad de la venta forzosa de las acciones propiedad de los accionistas minoritarios de (…), el Consejo de Estado coincide con lo señalado por la Abogacía del Estado y considera que el «*dies a quo*» a efectos del cómputo del plazo de prescripción debe situarse en la fecha en que se hizo efectivo el acuerdo del Consejo de la CNMV de 12 de junio de 2019, que autorizaba la oferta pública de adquisición e incorporaba el precio de un euro por acción, lo que se produjo en el momento de la venta forzosa de las acciones de (…) el siguiente día 22 de agosto. En ese momento, se concretaron definitivamente los perjuicios cuya indemnización se reclama, en tanto que el importe ingresado evidenciaba la pérdida sufrida por el accionista titular de acciones objeto de la compraventa forzosa considerada contraria a derecho.

↻ *Dictamen 1048/2023, de 14 de diciembre.*

↻ *Ver también dictamen 1031/2023, de 30 de noviembre.*

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado instruida a instancia de don …

Es doctrina reiterada del Consejo de Estado (así se establece, en la Memoria del Consejo de Estado del año 2018 y, entre otros, en el dictamen número 883/2019, de 19 de diciembre, o en los dictámenes número 51/2023 y 134/2023/30/2023, ambos de 23 de marzo) que el plazo de un año de prescripción de las acciones de responsabilidad patrimonial ha de computarse desde la notificación de la sentencia definitiva, con independencia del momento en se dicte la resolución judicial que declare la firmeza o de cuándo sea notificada dicha resolución.

Tampoco es válido el criterio que pretende hacer valer el interesado al referirse a la fecha de efectivo cumplimiento de la sentencia, en este caso el 24 de enero de 2022, cuando se le notificó la resolución que acordó su pase a la situación de servicio activo.

Se acoge en cambio en este ámbito la teoría de la «*actio nata*», con arreglo a la cual se entiende que el plazo de prescripción debe comenzar a computarse desde el momento en que puede ejercerse la acción y a la que, con abundantes citas jurisprudenciales y de la doctrina del Consejo de Estado, se refiere el dictamen número 263/2023, de 1 de junio. En este sentido, cabe recordar lo recogido, de forma más sintética, en el antecitado dictamen 134/2023/30/2023: «el criterio del auto de firmeza fue expresamente rechazado por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 25 de enero de 2011».

No es ocioso añadir –como hace esta última sentencia del Tribunal Supremo– que, desde el punto de vista del derecho de defensa, lo verdaderamente importante para que comience a correr el plazo de prescripción de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración es, tal como ha tenido ocasión de subrayar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000 (asunto Miragall y otros contra España), el momento en que el interesado tiene conocimiento de la sentencia, dado que es entonces cuando sabe que el evento lesivo se ha consumado y, por tanto, cuando debe considerar si ejercer su derecho a indemnización por daños.

La fecha determinante del dies a quo, pues, ha de ser aquélla en que se conoció el hecho lesivo (…) puesto que desde entonces pudo reclamar responsabilidad patrimonial».

En el presente caso, el *dies a quo* para el cómputo del plazo para la interposición de la reclamación debe fijarse en el 5 de mayo de 2021, fecha en que la sentencia fue notificada a D …. De esta manera, el plazo para la formulación de la reclamación finalizaría el 5 de mayo de 2022, por lo que, habiendo sido presentada el 17 de octubre del mismo año, debe considerarse extemporánea.

↻ *Dictamen 1373/2023, de 20 de diciembre.*

13.6.3.2 *Interrupción*

Reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta contra el organismo autónomo Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición por don …, en nombre y representación de la mercantil Orencio Hoyo, S. L.

Cierto es que la reclamante debió formular su pretensión indemnizatoria a través de medios electrónicos, y cierto es también que el artículo 68.4 de la Ley 39/2015 antes citado establece que, en caso de no observarse inicialmente dicha obligación, debe tomarse «como fecha de presentación de la solicitud» la de la presentación electrónica.

Ahora bien, a juicio del Consejo de Estado, la interpretación de esta regla no conduce necesariamente a entender que esa sea la fecha que debe tenerse en cuenta a efectos del cómputo del plazo de prescripción de la acción y no es, tampoco, la que se infiere de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que se cita en la propuesta de resolución.

[…]

(…) a efectos del cómputo del plazo de prescripción, ha de tomarse en consideración la fecha del escrito inicialmente presentado, por más que no se haya cumplido con la obligación de interponerlo electrónicamente.

Esta interpretación resulta, además, compatible con la literalidad del precepto examinado (…).

Así entendida la regla contenida en el artículo 68.4 in fine, no existiría obstáculo legal alguno para tomar como «*dies a quo*» del plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad la fecha en que se presenta la reclamación de manera presencial. Esta interpretación no solo es conforme con el principio «*pro actione*», que obliga a actuar de manera favorable a la acción y a interpretar las normas de manera flexible, dando preferencia a las cuestiones de fondo respecto de las de carácter adjetivo y erigiéndose, así, en garantía a favor de los administrados, sino que es también la que mejor se acomoda al significado último de la prescripción extintiva: una institución que, con fundamento en el principio de seguridad jurídica y en la necesidad de delimitar el alcance temporal de las relaciones jurídicas, penaliza la falta de ejercicio de un determinado derecho durante un lapso dilatado con su extinción, poniendo con ello fin a situaciones de incertidumbre jurídica y a una pasividad abusiva. La prescripción extintiva pretende, en efecto, evitar que se perpetúen conductas pasivas de dejación de derechos y estimular su ejercicio diligente y de ahí que, con carácter general, se reconozca eficacia interruptiva de la prescripción a las conductas orientadas a hacer valer el ejercicio de un derecho. Así lo reconoce el Código Civil en su artículo 1973, a cuyo tenor «la prescripción de las acciones se interrumpe (…) por reclamación extrajudicial del acreedor», que pone fin a su pasividad y, en definitiva, a la falta de ejercicio de sus derechos y acciones.

En definitiva, a la luz de los razonamientos expuestos, el Consejo de Estado considera que, en el asunto sometido a consulta, la interposición de la reclamación de manera presencial –que tuvo lugar (…) dentro del plazo legalmente establecido– interrumpió la prescripción extintiva, no pudiendo por ello apreciarse extemporaneidad.

↻ *Dictamen 719/2023, de 27 de julio.*

Reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta contra el organismo autónomo Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición por don …

Habiéndose presentado la reclamación el 23 de marzo de 2022, parece claro que no resulta extemporánea. Cierto es que la reclamación se presentó en papel en una oficina de Correos, y que el abogado del interesado estaba obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración, por lo que fue requerido al efecto, y él empleó este medio de comunicación el 7 de abril de 2022 (…). Sin embargo, la prescripción se interrumpe por la reclamación extrajudicial del acreedor (artículo 1973 del Código Civil), que pone fin a su pasividad y, en definitiva, a la falta de ejercicio de sus derechos y acciones. Por tanto, en el asunto consultado se ha de entender interrumpida la prescripción extintiva el 23 de marzo de 2022, sin que quepa apreciar extemporaneidad.

↻ *Dictamen 756/2023, de 13 de julio.*

Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, interpuesta por los familiares de don …, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del accidente, con resultado de muerte, que el citado vigilante de seguridad de la empresa Gomsegur S. L. sufrió, en el Archivo de la Corona de Aragón (Barcelona), el día 2 de noviembre de 2020.

Hay que tener en cuenta también el artículo 37.2 de la Ley 40/2015 que establece que «La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial». De este precepto se desprende que la iniciación de un proceso penal por unos hechos que pueden ser relevantes para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración interrumpe el plazo anual de prescripción para exigirla y que esa interrupción deja de operar, iniciándose de nuevo dicho plazo, una vez que la resolución que pone fin a aquel proceso se notifica a

quienes, personados o no en él, tienen la condición de interesados por resultar afectados por ella (vid., entre otras, sentencia n.º 407/2020, de 14 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo).

Por tanto, el plazo de un año para exigir la responsabilidad patrimonial, por el fallecimiento del Sr. …, tras el desplome de la puerta del Archivo de la Corona de Aragón el 2 de noviembre de 2020, quedó interrumpido desde el momento en el que se iniciaron las diligencias previas n.º 1282/2020, seguidas ante el Juzgado de Instrucción n.º 31 de Barcelona (…).

↻ *Dictamen 1079/2023, de 30 de noviembre.*

13.7 INDEMNIZACIÓN

Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado n.º … instruida a instancia de don …

Por lo demás, cabe recordar que para actuar en la vía administrativa no es preceptiva la asistencia letrada, por lo que no procede abonar indemnización alguna por tal concepto, y que los eventuales gastos de abogado y procurador devengados ante el orden contencioso-administrativo se liquidan a través del sistema de costas procesales.

↻ *Dictamen 52/2023, de 23 de febrero.*

14. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

14.1 CUESTIONES GENERALES

Propuesta de Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se resuelven cien solicitudes de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador, con sustento en la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 182/2021, de 26 de octubre, en relación con el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

En el caso sometido a consulta, los reclamantes fundamentan su reclamación en la señalada declaración de inconstitucionalidad operada por la tantas veces citada STC 182/2021, de 26 de octubre (relativa al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana), y, por ello, el presente dictamen sigue el criterio establecido en el dictamen número 1.278/2022, de 22 de septiembre, que fue el primer dictamen del Consejo de Estado que examinó la responsabilidad patrimonial del Estado legislador a la luz de dicha sentencia. En el posterior dictamen número 1.827/2022, de 12 de enero de 2023, ha dictaminado en igual sentido la propuesta de acuerdo de Consejo de Ministros por el que se resuelven cincuenta y cinco solicitudes asimismo acumuladas de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en esta materia.

En esta última sentencia, a diferencia de las dos anteriores, el Tribunal Constitucional ha introducido una limitación objetiva a los efectos de su declaración de inconstitucionalidad, en los siguientes términos de su fundamento jurídico sexto, apartado b):

> «Por otro lado, no pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la presente sentencia aquellas obligaciones tributarias devengadas por este impuesto que, a la fecha de dictarse la misma, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme. A estos exclusivos efectos, tendrán también la consideración de situaciones consolidadas (i) las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y (ii) las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada ex art. 120.3 LGT a dicha fecha (…)»

De acuerdo con esta limitación, no procede reconocer la indemnización instada por la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador con amparo en la STC 182/2021, pues todos los reclamantes obtuvieron una sentencia desestimatoria firme de su pretensión con anterioridad a la meritada STC (en virtud de las respectivas sentencias del orden contencioso-administrativo).

↻ *Dictamen 115/2023, de 20 de abril.*

Responsabilidad patrimonial del Estado legislador interpuesta por el Ayuntamiento de Valencia, con sustento en la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 182/2021, de 26 de octubre, en relación con el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

(…) ha de concluirse en este caso que el Ayuntamiento de Valencia actúa como persona jurídico pública en relación con el IIVTNU, y carece por ello de legitimación para formular una reclamación de responsabilidad frente al legislador estatal, por los perjuicios que entiende derivados de la anulación judicial de liquidaciones que giró por dicho impuesto.

↻ *Dictamen 198/2023, de 4 de mayo.*

Propuesta de Acuerdo de Consejo de Ministros, por el que se resuelve la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador, interpuesta por el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, con sustento en la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 182/2021, de 26 de octubre, en relación con el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Se plantea en este caso si el Ayuntamiento reclamante está legitimado como «particular» para pretender la indemnización de los daños causados en sus bienes y derechos; o si, por el contrario, debe entenderse que actuó como persona jurídica pública que ostenta competencias de gestión y liquidación del impuesto y no como un sujeto susceptible de ser afectado patrimonialmente por la actuación del legislador.

En la doctrina del Consejo de Estado (cfr. por todos el dictamen número 830/2007 y los que cita, el dictamen número 387/2013 y el reciente dictamen número 781/2022), este supremo órgano consultivo ha partido de que la progresiva ampliación del término «particulares», que puede llegar hasta el punto de incluir bajo aquella expresión a las Administraciones públicas (STS, Sala Tercera, de 16 de marzo de 2016), no puede flexibilizarse en cambio hasta el extremo de

que todos los ayuntamientos deban tener la condición de particulares a los efectos de presentar una reclamación por responsabilidad patrimonial. Por el contrario, resulta imprescindible que el ayuntamiento comparezca «como un particular más, en defensa de sus propios intereses y con aplicación de las mismas reglas jurídicas que protegen en nuestro ordenamiento los patrimonios de terceros frente a los daños sufridos como consecuencia del llamado giro o tráfico de las Administraciones Públicas» (dictamen número 42/1994). Por ello, no parece posible admitir esa legitimación de una entidad local cuando ésta ha actuado desde una posición activa, como persona de Derecho público, no como «sujeto pasivo de una lesión» que le haya sido directamente inferida por la Administración o por el legislador estatal.

Concretamente, en materia de haciendas locales y de la anulación de ponencias de valores que repercutieron en una menor exacción del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, el dictamen número 373/2013 sostuvo que tal impuesto es un tributo local, cuya liquidación y exacción es competencia de la corporación local correspondiente; y ello sin perjuicio de que la primera fase de dicho procedimiento, encaminada a la determinación de la base imponible mediante la fijación de las ponencias de valores pertinentes y a la notificación de los valores catastrales, corresponda fundamentalmente a la Administración del Estado (Dirección General del Catastro), pues también tienen participación en dicho procedimiento las entidades locales. De este modo, el ayuntamiento aparece, en relación con el procedimiento de gestión y recaudación de un tributo del que es titular, como persona jurídica pública, y no como particular a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En efecto, volviendo a la perspectiva antes apuntada respecto a la condición del Ayuntamiento como persona jurídico pública en relación con el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, esta cuestión ya fue objeto de examen en el dictamen número 1111/2019, de 30 de enero de 2020.

En dicho dictamen se señaló que «este impuesto es un tributo de titularidad municipal de carácter potestativo, de modo que corresponde a cada ayuntamiento decidir su establecimiento y, tras regulación por ordenanza fiscal, gestionarlo y recaudarlo en favor de las arcas municipales. Así, compete a los ayuntamientos, de acuerdo con el TRLHL, establecer en su caso una reducción del valor del terreno cuando se modifiquen los valores catastrales como consecuencia de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general; determinar el porcentaje anual con arreglo al cual se determina el incremento de valor de cada operación gravada por el impuesto; determinar el tipo impositivo del tributo; y establecer, en su caso, determinadas bonificaciones en su cuota. La gestión del impuesto corresponde asimismo al ayuntamiento donde radica el inmueble objeto de la transmisión».

A la vista de todo ello, y como puso de relieve el dictamen citado, ha de concluirse que en este caso el Ayuntamiento de Zaragoza actúa como persona jurídi-

co-pública en relación con el IIVTNU, y carece por ello de legitimación para formular una reclamación de responsabilidad frente al legislador estatal, por los perjuicios que entiende derivados de la anulación judicial de liquidaciones que giró por dicho impuesto.

↻ *Dictamen 193/2023, de 18 de mayo.*

Responsabilidad patrimonial instruida para sustanciar la solicitud de indemnización formulada por don …, don …, doña …, don …, don …, don … y don … por el perjuicio sufrido por el sector del taxi de Valencia, atribuido a la inactividad en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración Pública entre los años 2009 y 2018, así como a la actuación del Estado Legislador en referencia a la Ley 25/2009 y el Real Decreto Ley 13/2018.

(…) lo que subyace en la reclamación formulada es la pretensión de los taxistas de que se reconozca que tenían derecho a la existencia de una determinada regulación que impusiera una ratio de licencias VTC/taxi de 1/30, cuando en ningún caso esto es así (…)

[…]

Ni ha existido ni existe una obligación del legislador de regular el sector del transporte urbano de viajeros en vehículos tipo turismo en el sentido pretendido por los reclamantes, por lo que procede concluir que tampoco concurren los requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, debiendo desestimarse la reclamación formulada».

↻ *Dictamen 699/2023, de 5 de octubre.*

14.2 RESPONSABILIDAD POR ACTUACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don …, derivada de la actuación de la Oficina del Defensor del Pueblo en la tramitación de unas quejas.

En lo concerniente al procedimiento, debe llamarse la atención sobre dos cuestiones acerca de los procedimientos de responsabilidad patrimonial frente a la actuación de la institución del Defensor del Pueblo, como son su régimen jurídico (i) y la determinación del órgano competente para resolver el asunto (ii).

(i) La disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que la actuación admi-

nistrativa del Defensor del Pueblo se regirá por su normativa específica, lo que podría dar lugar al entendimiento de que la misma, en tanto que extra muros de la norma general y por razón de la especial configuración del Defensor del Pueblo, puede sustraerse del régimen general de responsabilidad patrimonial que consagra el artículo 106.2 de la Constitución Española. Sin embargo, como puso de relieve el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de noviembre de 2009 (STS 7515/2009-ECLI: ES: TS:2009:7515) –que ahora se expondrá con mayor detenimiento– «no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad» y «el Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna».

Ello es así, como señala la referida sentencia, porque la Constitución «ofrece a los ciudadanos una garantía para resarcirse de toda lesión que les cause la actuación del Defensor del Pueblo en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas».

[…]

(ii) La determinación del órgano competente para conocer de una eventual reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de la actuación del Defensor del Pueblo, obliga, como ya expuso el Consejo de Estado en su dictamen número 566/2021 ya citado, a tomar como premisa la peculiar naturaleza de la institución (…).

Por ello, en tanto que institución singular entre las que conforman los poderes públicos españoles, ajena a la Administración General del Estado e inserta en el ámbito parlamentario, –la Constitución la configura en su artículo 54 como «alto comisionado de las Cortes Generales»–, son las Cámaras parlamentarias las que designan a su titular, aprueban su Reglamento de Organización y Funcionamiento, y su presupuesto.

Es por ello que, como señaló el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de noviembre de 2009 (STS 7515/2009-ECLI: ES: TS:2009:7515), a la vista de la especial naturaleza de la institución, las reclamaciones se deben resolver por el órgano que personifica el poder ejecutivo en su máximo rango: el Consejo de Ministros. Así lo concluyó también en el Consejo de Estado en el dictamen referido y así se reitera en el presente.

[…]

Al respecto, es oportuno recordar que el TJUE se ha ocupado de la responsabilidad extracontractual que podría generar el comportamiento del Defensor del Pueblo Europeo (…), y en su sentencia de 4 de abril de 2017, *Defensor del Pueblo Europeo contra Claire Staelen,* asunto C-337/15 P, si bien recordó la obligación de diligencia inherente al principio de buena administración, advirtió que el incumplimiento de esta obligación por el Defensor del Pueblo «no constituye automáticamente un comportamiento ilícito que genere la responsabilidad», de forma que «para considerar que existe una infracción suficientemente caracterizada como consecuencia del incumplimiento de la obligación de diligencia que pesa sobre el

Defensor del Pueblo, es pues necesario demostrar que al no actuar con toda la minuciosidad y la prudencia debidas, éste rebasó de manera manifiesta y grave los límites impuestos a su facultad de apreciación en el contexto del ejercicio de las facultades de investigación de que dispone».

Por otro lado, resulta relevante poner de manifiesto que los procedimientos que el Defensor del Pueblo tramita en el ejercicio de las funciones de supervisión que tiene atribuidas, no obligan en cuanto a su resultado y menos aún, al éxito de su actuación (…).

↻ *Dictamen 779/2023, de 13 de julio.*

15. RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

15.1 FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

15.1.1 **Cuestiones generales**

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

A esa conclusión, estrictamente referida a la citada reclamación, ha de añadirse una reflexión sobre la relevancia de la actuación de los jueces y magistrados en los casos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Dispone en ese sentido el artículo 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, una vez satisfecha la indemnización al perjudicado por un funcionamiento de ese tipo, la Administración General del Estado podrá exigir en vía administrativa al juez o magistrado que hubiere incurrido en dolo o culpa grave generador de los prejuicios indemnizados el reembolso de lo pagado.

A la vista de esa previsión legal, entiende este Consejo que procede recabar del Consejo General del Poder Judicial que lleve a cabo las oportunas averiguaciones de todas las circunstancias que concurrieron en los retrasos a los que se han asociado la indemnización reconocida a favor del reclamante para estar en condiciones de decidir si se dan los requisitos recogidos en ese artículo 296 para recabar el reembolso de la aludida indemnización.

↻ *Dictamen 182/2023, de 8 de junio.*

15.1.2 **Procedimiento**

15.1.2.1 *Plazo de prescripción*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

Siendo ello así, el criterio general que este Consejo tiene sentado respecto de la admisibilidad temporal de ese tipo de reclamaciones es atender a la fecha en que concluyó el procedimiento jurisdiccional en cuestión, ya que, en primer lugar, puede ocurrir que, en el curso del mismo, quede subsanado su funcionamiento anormal y, en segundo lugar, que sus eventuales consecuencias lesivas para los afectados no queden definitiva y claramente delimitadas hasta que concluyan las actuaciones judiciales.

Al aplicar esa directriz general al concreto caso que ahora se dictamina, ha de notarse que el proceso a que se refiere la reclamación del interesado concluyó con una fase ejecutoria que afectó a dos inmuebles, finalizando la ejecución judicial del segundo de ellos con un decreto de aprobación de la cesión de su remate, de 27 de octubre de 2020. Por lo tanto, resulta que, incluso en la fecha en que el Sr. … presentó su reclamación (16 de julio de 2020), no había todavía concluido la fase final del proceso penal a que se refirió. Tal fase final –ejecutoria– era, por otra parte, relevante para la pretensión indemnizatoria del interesado (…).

En consecuencia, entiende este Consejo que la reclamación del Sr. … se dedujo dentro del plazo de un año que le era exigible ex artículo 293, número 2 «in fine», de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

↻ *Dictamen 182/2023, de 8 de junio.*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de doña …

Conforme establece el artículo 293.2, segundo inciso, de la LOPJ: «El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse». En lo referente a la determinación exacta del término inicial de este plazo o *dies a quo*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acuñado la teoría de la *actio nata*, conforme a la cual «el cómputo del plazo para ejercerla sólo puede comenzar cuando ello es posible», por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios sufridos; es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2014).

[…]

De este modo, el *dies a quo* queda fijado en el 18 de octubre de 2019, debiendo tenerse en cuenta la suspensión de los plazos administrativos acordada por la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que tuvo lugar entre su fecha de entrada en vigor (14 de marzo de 2020) y la fecha de su pérdida de la misma (21 de junio de 2020). Por todo ello, la acción se ejercitó en plazo.

↻ *Dictamen 1029/2023, de 11 de octubre.*

↻ *Ver también dictamen 1031/2023, de 30 de noviembre.*

15.1.3 **Supuestos concretos**

15.1.3.1 *Dilaciones indebidas*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

En primer término, quiere el Consejo de Estado destacar, como se hacía en el dictamen número 97/2021, de 15 de abril, la importancia –en particular en los procesos judiciales como el que está en el origen de la reclamación– del derecho al respeto de la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), así como la necesidad de que los poderes públicos adopten las medidas necesarias y adecuadas para prevenir las consecuencias de una separación demasiado prolongada entre un menor y sus progenitores (en este caso, *mutatis mutandis*, entre un menor y sus abuelos), incluso medidas coercitivas suficientemente sistemáticas o severas (STEDH de 11 de enero de 2011, as. *Bordeianu c. Moldova*); o la posibilidad de que implique la puesta en marcha de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar los derechos legítimos de los interesados, sin que la falta de cooperación entre padres separados dispense a las autoridades competentes de utilizar todos los medios susceptibles de permitir el mantenimiento del vínculo familiar (STEDH de 2 de noviembre de 2010, as. *Piazzi c. Italia*); y todo ello, teniendo en cuenta también el superior interés del menor, que es necesario ponderar en este tipo de asuntos. Ello ha de ser presupuesto y punto de partida de las consideraciones que a continuación se realizarán.

[…]

Conviene recordar que el Consejo de Estado ha considerado –en línea con la jurisprudencia del TEDH mencionada más arriba– que no puede rechazarse la responsabilidad patrimonial del Estado en un caso de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por el hecho de que el obligado a su cumplimiento se haya resistido al mismo. Así, ha señalado el Consejo de Estado que «la posibilidad de imponer la ejecución de una resolución judicial no obstante la resistencia del obligado a su cumplimiento constituye una verdadera premisa y fundamento de la exigencia de sometimiento de los conflictos privados a la heterotutela judicial» (dictamen número 619/2016, de 6 de octubre). Ahora bien, el hecho de que no llegue a imponerse la ejecución de una resolución judicial puede ciertamente derivar de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (p. ej., por paralización o por dilaciones en su adopción); pero también puede derivar del concreto contenido de las medidas adoptadas (p. ej., por haberse denegado expresamente la adopción de unas medidas o por haber decidido el órgano judicial

adoptar unas y no otras) o de otros factores ajenos a los títulos de imputación generadores de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia. Ello debe llevar a examinar si, en el presente caso, se produjeron dilaciones indebidas en esa fase de ejecución de la sentencia, y si se produjo un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que determinara la inaplicación del régimen de visitas recogido en la sentencia.

[…]

Ciertamente, cabría plantearse si hubieran podido o debido adoptarse otras medidas, como pudieran ser multas coercitivas con la finalidad de impedir las conductas obstativas que se imputaban al padre de los menores y llevar así a efecto el régimen de visitas aceptado por las partes y recogido en la sentencia. En este sentido, cabe recordar la ya citada exigencia de que los poderes públicos dispongan de un arsenal jurídico suficiente para asegurar los derechos de los interesados, sin que la falta de cooperación de uno de los progenitores dispense a las autoridades de utilizar medidas suficientemente severas, en línea con lo que recoge la jurisprudencia del TEDH, en las sentencias ya citadas de 11 de enero de 2011 (as. *Bordeianu c. Moldova*), o de 2 de noviembre de 2010 (as. *Piazzi c. Italia*).

Ahora bien, también en este punto el auto de 26 de septiembre de 2022 resulta ilustrativo, al indicar como el Sr. … (hoy reclamante) solicitó mediante escrito de 9 de septiembre de 2021, la imposición de multas coercitivas al padre del menor, a fin de dar cumplimiento al régimen de visitas; pero ello fue denegado por el juzgado (…).

[…]

A la vista de todo ello, entiende el Consejo de Estado que, en esta fase posterior a la sentencia de 2 de abril de 2018, no puede apreciarse la existencia de dilaciones indebidas ni un aquietamiento del juzgado; antes al contrario, se observa una actuación diligente del órgano judicial una vez interpuesta la demanda ejecutiva, sin perjuicio de que la decisión adoptada al respecto en el auto de 26 de septiembre de 2022 no haya acogido las pretensiones de los hoy reclamantes, atendiendo al superior interés y bienestar del menor (y, por supuesto, sin que pueda aventurarse que una decisión diferente del juzgado –favorable a los intereses de los hoy reclamantes–, fuera al final del procedimiento o fuera en un momento anterior, hubiera supuesto un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia o una más correcta salvaguarda de los intereses en juego, incluidos los del menor).

↻ *Dictamen 501/2023, de 21 de septiembre.*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

En relación con ello, basta recordar la reiterada doctrina del Consejo de Estado, fundada en una también asentada jurisprudencia (véase, por todas la sen-

tencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2012), de que gravita sobre quien reclama la carga de alegar con la debida claridad y precisión la actividad o inactividad determinante del daño cuya indemnización reclama, sin que aquel pueda limitarse a una alegación indeterminada referida a la duración general del proceso –o de su instrucción–, pues no son identificables las dilaciones indebidas con la mera duración prolongada de la tramitación, que puede obedecer a motivos de muy diversa índole (como la complejidad de la causa o la estrategia procesal de la defensa seguida por los imputados), no siempre reconducibles al concepto de dilación indebida (dictamen número 330/2019, de 9 de mayo, entre otros muchos).

A ello cabe añadir que tampoco en trámite de audiencia han levantado los reclamantes la citada carga que les incumbía (y ello, a pesar de que ya habían advertido esa omisión a la vista del informe del Consejo General del Poder Judicial).

↻ *Dictamen 1038/2023, de 19 de octubre.*

Responsabilidad patrimonial del Estado, por prisión preventiva no seguida de condena, tramitada a instancia de don …

La responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia engloba los casos en que el aparato administrativo requerido para el ejercicio de las potestades judiciales no se ajusta a los estándares de diligencia, cuidado y buen orden que le son exigibles (lo que se da, por ejemplo, en casos tales como paralizaciones injustificadas, dilaciones en la tramitación de las causas, pérdida de la documentación relevante, errónea práctica de los actos de comunicación, omisión de trámites judiciales aplicables al caso, un inadecuado desenvolvimiento del depósito y pérdida o destrucción de los autos o del objeto depositado).

Por lo que se refiere a las denunciadas dilaciones, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, y reconocido en el artículo 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, viene siendo interpretado teniendo en cuenta en cada caso, «la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquel arriesga el demandante, su conducta procesal y la conducta de las autoridades» (STC 144/1995, de 3 de octubre, 180/1996, de 12 de noviembre y 10/1997, de 14 de enero, entre otras).

↻ *Dictamen 1314/2023, de 14 de diciembre.*

Expediente sobre responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitado a instancia de doña … en representación de Master Distancia S.A.

La doctrina constante de este Consejo de Estado ha negado sistemáticamente que este sea el cauce para instrumentar pretensiones como la ahora examinada, dimanadas de un despido nulo, y no improcedente. Así se dice, *inter alia*, en los dictámenes números 214/2016, de 7 de abril; 357/2016, de 9 de junio; 439/2016, de 22 de septiembre; 211/2017, de 15 de junio; 215/2019, de 9 de mayo; y 615/2019, de 26 de septiembre. La obligación de pago por el Estado de los salarios de tramitación y las cotizaciones a la Seguridad Social está circunscrita en tales preceptos a los procedimientos judiciales de duración superior a 90 días en los que se declara el despido improcedente. No se establece la misma obligación de pago a cargo del Estado cuando la jurisdicción declara el despido nulo, pese a que dicha nulidad comporta igualmente el abono de los salarios de tramitación y de las cotizaciones de la Seguridad Social por parte del empresario. La jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo tiene asentado que la referida obligación de pago por parte del Estado prevista en la legislación sustantiva y procesal se circunscribe al despido improcedente y no es extensible al despido nulo. Esta doctrina se sustenta en una interpretación gramatical y lógica resumida en los tres siguientes argumentos: el primero, que los preceptos de la legislación sustantiva y procesal laboral que imponen la obligación de pago por parte del Estado: «se refieren sin lugar a dudas al despido improcedente y no al despido nulo»; el segundo, que «resulta inimaginable que el legislador haya incurrido en formulación defectuosa del mandato contenido a estos preceptos, habida cuenta del carácter general que las calificaciones de nulidad o improcedencia del despido tienen en el régimen jurídico de esta institución»; y el tercero y último, que «la transferencia al Estado de la responsabilidad empresarial de la indemnización de salarios de tramitación tiene carácter excepcional y debe por tanto ser interpretada de manera estricta».

A la vista de esta doctrina jurisprudencial, la obligación de pago por parte del Estado (artículos 56.5 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores y 116 de la Ley reguladora de la jurisdicción social) de los salarios de tramitación y cotizaciones de la Seguridad Social, por el tiempo que el procedimiento de despido exceda de 90 días, queda circunscrita, única y exclusivamente a aquellos supuestos en que el despido sea declarado improcedente y no es aplicable, por tanto, a los casos en que el despido sea declarado nulo. Por ello, una vez que el despido sea declarado improcedente y el empresario pague los salarios de tramitación y las cotizaciones a la Seguridad Social devengados durante el procedimiento, podrá reclamar al Estado tales salarios y cotizaciones por el tiempo en que dicho procedimiento se haya excedido de noventa días, utilizando al efecto la reclamación previa a la vía judicial laboral prevista en el artículo 117 de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

En cambio, cuando un despido sea declarado nulo, no existe obligación del Estado de hacer frente al pago de los salarios de tramitación y las cotizaciones a la Seguridad Social por el tiempo que el procedimiento se haya excedido de 90 días. No obstante, si el empresario, como ocurre en el caso sometido a consulta, considera que en dicho procedimiento se han producido dilaciones indebidas constitutivas de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, podrá plantear una reclamación de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en los artículos 292 y siguientes de la LOPJ.

↻ *Dictamen 1283/2023, de 20 de diciembre.*

15.1.3.2 *Depósito, custodia y conservación*

Responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva no seguida de condena y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

En cuanto a la pretensión indemnizatoria que el reclamante formula por el tiempo que estuvo privado de un vehículo de su propiedad desde 2006, y por las condiciones en que le fue devuelto (en diciembre de 2017), el Consejo de Estado observa, en primer lugar, que la decisión de la privación del vehículo y su mantenimiento en el tiempo responden a decisiones judiciales adoptadas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. En cuanto a su duración, no puede sino reiterarse lo ya expuesto en relación con que la causa de tan larga duración ha de situarse precisamente en la conducta del hoy reclamante (y, en particular por su conducta infractora y de sustracción a la acción de la justicia), pudiendo recordarse asimismo lo dispuesto en el artículo 295 de la LOPJ, ya citado. Por último, y en cuanto a las condiciones en que le fue devuelto el vehículo, con más kilómetros de los que tenía en el momento de su intervención, cabe añadir a lo observado por los órganos preinformantes que consta en el expediente que dicho vehículo fue recibido sin reservas por parte de quien lo recibió; y también que el hecho de que un vehículo intervenido sea devuelto con más kilómetros de los que tenía en la fecha de la intervención no supone, por sí, un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; recuérdese, en relación con ello, que el Código Penal permitía que la autoridad judicial acordara la utilización provisional del vehículo por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas (así, artículo 374 del Código Penal en su anterior redacción), sin que conste –ni el interesado precise– irregularidad alguna al respecto.

↻ *Dictamen 448/2023, de 22 de junio.*

15.1.3.3 *Resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …, en representación de doña …

Con todo, y a pesar de que «acordada la medida cautelar y prestada la caución se debe proceder, de oficio, a su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueran necesarios, incluidos los previstos para la ejecución de las sentencias» (artículo 738.1 de la LEC), el juzgado no dio cumplimiento de oficio a las exigencias a las que se refiere el artículo 738.2 respecto a la anotación preventiva y el embargo preventivo y decidió que había que esperar a la firmeza del auto para proceder a su ejecución conforme a derecho.

Aplicando los presupuestos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia a las citadas diligencia de ordenación de 18 de abril y de 3 de mayo de 2018, entiende este Consejo que resulta anómalo que, prescindiendo de lo establecido en la LEC, el juzgado actuante no diera ejecución a las medidas cautelares adoptadas y esperase a la firmeza del auto, cuando, la propia ley exige la inmediata ejecución de oficio de las mismas y prevé que el recurso de apelación no tenga efecto suspensivo, precisamente para asegurar que la adopción de las medidas cautelares no se pierda su propósito y finalidad.

↻ *Dictamen 1282/2023, de 30 de noviembre.*

15.1.3.4 *Otros*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

De acuerdo con la reseña efectuada en antecedentes, el Juzgado de lo Penal n.º 9 de Valencia no alcanzó una conclusión definitiva al respecto, ya que constató que el referido dispositivo electrónico de localización había quedado desconectado en varias ocasiones más o menos prolongadas, no entendió acreditado que se debiera a la conducta del ahora reclamante y, lo que es más importante al caso, tampoco consideró probado que respondiera al mal funcionamiento invocado por el ahora reclamante.

A ello ha de añadirse que, tratándose de un dispositivo de características electrónicas, está sujeto al actual estado de la técnica en ese campo, que no puede garantizar un funcionamiento absolutamente ininterrumpido de ese tipo de dispositivos. En efecto, el funcionamiento de tales dispositivos está influido por

diversos factores aleatorios, tales como la cobertura de los distintos lugares donde se hallen sus usuarios, que pueden revestir características físicas y orográficas que dificulten o impidan la cobertura telemática exigida para el correcto funcionamiento de los dispositivos en cuestión, extremo del que el propio reclamante se ha hecho eco.

↻ *Dictamen 429/2023, de 29 de junio.*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de doña …

Este Consejo de Estado estima que se produjo un funcionamiento anormal, reconocido por el auto de 8 de julio de 2016 (…), que constató que el juzgado no había apurado las posibilidades de notificación ordinaria antes de acudir a la notificación por edictos, como era su deber, dado el carácter extraordinario y subsidiario que adorna a este medio de notificación de los actos procesales. Debería haber efectuado antes la oportuna averiguación del domicilio de la parte ejecutada, y, al no hacerlo, la colocó en una situación de indefensión que menoscabó su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

↻ *Dictamen 1029/2023, de 11 de octubre.*

Expediente sobre responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva no seguida de condena y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, tramitado a instancia de …

Don … plantea en su reclamación un aspecto más (…).

Ya no se trata de los daños derivados de la privación de libertad que supone la detención, sino de la forma en que esta detención fue practicada o ejecutada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En casos semejantes al ahora planteado el Consejo de Estado ha valorado varios argumentos, comenzando por lo dispuesto en el artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («520.1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio») y el artículo 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad («3. Tratamiento de detenidos, especialmente (…) b. Velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas»). Se ha considerado también la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas dete-

nidas o bajo custodia policial. En este aspecto cabe la cita de los dictámenes 267/2012, de 19 de abril, y 915/2021, de 9 de diciembre, entre otros.

Pero, lo cierto es que, planteada la pretensión en estos términos, la reclamación se aleja del ámbito propio del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia para adentrarse en el ámbito del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos policiales, es decir, de la responsabilidad patrimonial por la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En el marco de este expediente, relacionado con el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, esta pretensión no puede resolverse.

[…]

Plantean, además, varios de ellos, solicitudes de indemnización relacionadas con la situación personal de libertad provisional, como pueden ser los intereses que podrían haber devengado las fianzas, las molestias derivadas de las obligaciones de comparecer o, incluso, los supuestos perjuicios relacionados con la obligación de asistir a las sesiones del juicio oral. El Consejo de Estado se muestra de acuerdo con el informe del Consejo General del Poder Judicial y con la propuesta de resolución, que estiman que existe un deber general de colaborar con la Administración de Justicia. En el marco de este deber se encuadra la obligación de soportar las molestias o cargas que suponen determinadas resoluciones judiciales, como es el caso de las cargas vinculadas a la situación de libertad provisional. No procede, pues, indemnización por este concepto.

↻ *Dictamen 732/2023, de 8 de noviembre.*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

A fin de enmarcar adecuadamente los fundamentos en que se apoya esa reclamación, conviene empezar por recordar que el Consejo de Estado ha tenido ocasión de conocer muy diversas reclamaciones de responsabilidad patrimonial referidas a haber permanecido los interesados un tiempo excesivo en prisión como consecuencia de incidencias surgidas en relación con la acumulación de sus condenas.

Esa excesiva duración de la prisión deriva, en ocasiones, de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por omisiones o por dilaciones indebidas del órgano judicial competente en la resolución de las actuaciones correspondientes a la acumulación. En un segundo grupo cabe incluir los casos en que esa excesiva duración es resultado de las diversas decisiones adoptadas por los órganos judiciales que resuelven sobre la acumulación, siendo corregidas las iniciales decisiones en el curso de las actuaciones o como consecuencia de los recursos interpuestos por los afectados. En tales casos, no se da un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino, en su caso, un eventual

error judicial. Tampoco han faltado casos en que el exceso de cumplimiento de condena se ha imputado al propio reclamante, al haber consentido las resoluciones judiciales que resolvieron sobre la acumulación o por no utilizar los instrumentos procesales legalmente establecidos (así, sentencia del Tribunal Supremo n.º 3684/2014). En fin, a esos supuestos cabe añadir la posibilidad de que una modificación legal (como la operada sobre el artículo 76 por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) determine una aplicación más ventajosa para el interesado que la derivada de una regulación anterior.

[…]

(…) En suma, en el criterio del Consejo General del Poder Judicial, el tiempo excesivo en que el Sr. … permaneció en prisión derivaría de decisiones adoptadas, en el ejercicio de la función jurisdiccional, por los concretos órganos judiciales, lo que escapa, por completo, del ámbito propio del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

[…]

Sin embargo, esa pretensión no está fundamentada, en realidad, en esa multiplicidad de resoluciones judiciales, sino en criticar el modo y los tiempos en que se prepararon y tramitaron, cuestión que no se refiere, pues, al sentido en que se ejercitaron las potestades reservadas a los juzgados y tribunales sino al desarrollo procedimental de sus actuaciones administrativas, extremo que sí se desenvuelve, con toda naturalidad, dentro del campo propio y específico del funcionamiento administrativo de los órganos judiciales.

Esa es la óptica que ha presidido la propuesta de resolución, que hace un encomiable esfuerzo de analizar cómo se desenvolvieron, desde el punto de vista estrictamente procedimental, las actuaciones del mencionado Juzgado de lo Penal y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desde que el Sr. … solicitó la acumulación de sus condenas hasta que la cuestión quedó definitivamente decidida. (…)

Ese esfuerzo analítico de los órganos instructores tiene la virtualidad de identificar los lapsos concretos de retraso o inactividad que se aprecian en las indicadas fases, evitando el defecto en que muchas veces se incurre de equiparar un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia con toda la duración de la fase procesal en el que se produjo, con lo que se olvida que tal fase, correctamente desenvuelta, requiere siempre de un cierto tiempo de duración. En todo caso, no es ocioso destacar que la estimación de la exacta duración en que desembocan las dilaciones indebidas está rodeada de un cierto convencionalismo, teniendo en cuenta que, según tiene reiteradamente declarado este Consejo, no existe un estricto derecho a que se cumplan siempre e incondicionalmente los plazos previstos con carácter general por las disposiciones procesales y que el auténtico derecho de los ciudadanos se refiere a que los procesos en que intervengan se desenvuelvan en plazos razonables.

Acotada, pues, por la propuesta de resolución la extensión de los anómalos funcionamientos administrativos detectados, y tras valorar la información y los datos reunidos por la Instrucción, el Consejo de Estado comparte el criterio de los órganos instructores y entiende que, en el curso de la tramitación de las actuaciones, se produjeron las relevantes dilaciones indebidas expuestas con detalle por el órgano instructor, que constituyen un caso de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

↻ *Dictamen 658/2023, de 8 de noviembre.*

Reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don … en nombre y representación de la compañía Siever Spain 2000, S. L, derivada de la actuación de los servicios públicos dependientes del Ministerio del Interior y de la AEAT.

La instrumentalidad y la idoneidad de las medidas cautelares en el proceso penal deriva de la necesidad o conveniencia de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional y revisten un carácter de subordinación respecto de la resolución definitiva del fondo. La medida cautelar controvertida y a la que se imputa la producción del daño por parte de la actuación administraba, fue adoptada mediante auto de 25 de noviembre de 2015, por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Marbella, y finalizó cuando, cinco años más tarde, y tras enjuiciar la procedencia de su prórroga, se consideró oportuno poner fin a la misma por parte del órgano judicial competente.

[…]

A lo anterior debe añadirse, como se ha señalado ya en antecedentes, que en puridad el daño por el que se reclama –que no resulta acreditado en la medida en la que nada asegura que para el supuesto de haber podido vender las fincas se hubiera obtenido de ese capital una rentabilidad idéntica a la del interés legal de demora–, deriva de una decisión judicial, como es la adopción de la medida cautelar. Esta circunstancia impide entrar aquí a valorar la idoneidad o no de aquella, pues tal cuestionamiento debe encauzarse a través de su procedimiento específico, que exige un pronunciamiento expreso en relación con el eventual error judicial.

↻ *Dictamen 1236/2023, de 20 de diciembre.*

15.1.4 **Relación de causalidad**

Responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva no seguida de condena y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

El Consejo de Estado comparte el parecer expresado por el Consejo General del Poder Judicial en su informe (y por el órgano instructor en su propuesta) de que en el presente caso no puede apreciarse la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por las dilaciones indebidas que el interesado alega. Y ello, no solo por lo que allí se razona, que el Consejo de Estado comparte (…); sino también porque la duración de las actuaciones respecto de él, hasta que se dictó el repetido auto de 10 de enero de 2017 derivó precisamente de la conducta ilícita del hoy reclamante (en los términos que ya han quedado reseñados, con infracción de las obligaciones que se le habían impuesto y sustracción a la acción de la Justicia), lo que determinó que el órgano judicial acordara reiteradamente la suspensión de las actuaciones respecto de él. En este sentido, señala el artículo 295 de la LOPJ que en ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado (aunque con la precisión de que, en el presente caso, y por lo ya indicado, ni siquiera se llega a apreciar el funcionamiento anormal invocado por el reclamante).

En suma, ni se aprecia funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por una excesiva duración de las actuaciones, ni esa larga duración que invoca puede generar derecho a una indemnización al reclamante, al haber sido causada por la conducta dolosa o culposa del hoy reclamante.

↻ *Dictamen 448/2023, de 22 de junio.*

Responsabilidad patrimonial del Estado, por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …, en representación de don …

El Consejo de Estado ha indicado en varias ocasiones que el propietario que pone un bien a disposición de otra persona o grupo de personas tiene una obligación de diligencia para evitar que se utilice para cometer actividades ilícitas. Así se ha señalado en los dictámenes números 557/1993, de 9 de agosto, 418/2000, de 23 de marzo, y 1.744/2009, de 10 de diciembre, entre otros.

[…]

Y procede la cita del dictamen 418/2000, que se detiene en la relación de causa a efecto y razona: «(…). Por consiguiente, los posibles perjuicios derivados del uso del local para esa actividad delictiva tienen que ser soportados por quienes han hecho posible, al margen o no de la buena fe, la utilización del local para fines criminales».

De otro lado, el Consejo de Estado también ha apuntado que en casos que guardan cierta semejanza con este, el arrendador tiene acción contra el arrendatario. En este sentido, el dictamen número 358/2006, 20 de abril, afirmó: (…).

Entiende, por tanto, el Consejo de Estado que no existe la necesaria relación de causalidad entre los daños sufridos en el registro de la nave y la actuación de la Policía Judicial, ya que este nexo de causalidad resultó roto por la actuación de un tercero.

↻ *Dictamen 1030/2023, de 30 de noviembre.*

15.1.5 **Perjuicio e indemnización**

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

De acuerdo con la doctrina de este Consejo de Estado, la prescripción de una acción penal por dilación indebida genera tres perjuicios a los reclamantes: el primero, la pérdida de la acción penal, lo que supone un empobrecimiento del reclamante que debe ser indemnizado. El segundo, la pérdida de la oportunidad procesal de obtener una declaración de responsabilidad civil en un proceso penal. Y el tercero, la necesidad de ejercer una acción civil para la obtención de la declaración de dicha responsabilidad civil, lo que empeora la situación de los reclamantes debido a la brevedad de los plazos para este tipo de reclamaciones (por todos, dictámenes números 830/2020, de 25 de enero de 2021, y 182/2021, de 16 de septiembre).

Ocurre en este caso respecto al delito de usurpación, no ha sido declarada formalmente su prescripción, sino que, mediante auto de 9 de noviembre de 2017, del Juzgado de Instrucción n.º 8 de Murcia, se ha acordado el sobreseimiento provisional de la causa penal al amparo del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (…)

En definitiva, no concurre en este caso un daño real y efectivo que pueda anudarse, en relación causa-efecto, con el mencionado funcionamiento anormal y, en consecuencia, la reclamación debe desestimarse.

↻ *Dictamen 337/2023, de 1 de junio.*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

Este Consejo invoca efectivamente en muchas ocasiones la aleatoriedad de los procedimientos de ejecución judicial y, más en concreto, de las subastas judiciales y lo hace para destacar que los que en ellos participan no pueden pretender que el Estado les garantice que esos procedimientos se van a desenvolver del modo que ellos esperan o que van a materializarse las expectativas que depositaron en los bienes que decidieron adquirir a través de tales proce-

dimientos. Y esa doctrina tiene un amplio campo de desenvolvimiento en las reclamaciones de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en las que no es infrecuente que los reclamantes aduzcan que circunstancias surgidas en los referidos procedimientos de ejecución les han privado de obtener las ganancias que contaban conseguir al adquirir los bienes de que se trate y pretendan que el Estado les indemnice por esos beneficios no alcanzados. En esa línea, los reclamantes se refieren, en muchas ocasiones, a los precios de los bienes en cuestión y suscitan que no han podido alcanzar los precios de mercado con que contaban en relación con los bienes que previamente adquirieron en sede judicial.

[…]

Este Consejo ha tenido ya varias ocasiones de abordar los daños morales que se invocan en relación con el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y ha prestado especial atención a los daños que pueden producirse por un retraso injustificado de las actuaciones judiciales, valorando, de modo muy particular, los daños que pueden derivar de la desatención y del trato desconsiderado a los justiciables a la vista de la situación en que pueden encontrarse y de la naturaleza y entidad de las cuestiones que se suscitaron en los correspondientes procedimientos judiciales.

Es evidente que esa preocupación se proyecta en el caso del Sr. … especialmente en atención a su condición de accidentado y a la vista de las muy graves secuelas que le resultaron.

↻ *Dictamen 182/2023, de 8 de junio.*

Expediente sobre responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitado a instancia de don … y otros.

De acuerdo con reiterado criterio del Consejo de Estado (por todos, el dictamen relativo al expediente número 782/2020, de 4 de febrero de 2021), el retraso en la entrega de una determinada cantidad de dinero puede quedar indemnizado mediante el abono de una cantidad equivalente al interés legal de ese importe, por el periodo correspondiente al retraso producido.

↻ *Dictamen 690/2023, 14 de septiembre.*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

El Consejo de Estado ha señalado en muchas ocasiones que el solo hecho de que se produzcan dilaciones indebidas no implica, *per se,* que ese fun-

cionamiento anormal haya causado un perjuicio indemnizable a los reclamantes, sino que es necesario que las alegaciones de los reclamantes y la documentación incorporada al expediente acrediten ese perjuicio y su carácter indemnizable.

Pues bien, a juicio del Consejo de Estado, en el presente caso puede considerarse justificada la existencia de unos daños morales derivados del retraso en la emisión del informe pericial de referencia, que dio lugar, al cabo, en un retraso en el dictado de la sentencia que finalmente recayó con fecha 2 de abril de 2018. Los daños morales causados a los interesados por ese retraso se ponen de manifiesto por las circunstancias del caso y, en particular, quedan reflejados en el hecho de que los hoy reclamantes informaran al juzgado (el 19 de enero de 2017) de que el propio equipo psicosocial les había indicado que no podría emitir el informe hasta octubre o noviembre de 2017 y solicitaran el adelanto de la vista prescindiendo de ese informe (lo que sin embargo fue rechazado por el juzgado), así como por otras peticiones que la parte ejecutante formuló al juzgado para la adopción de medidas que atajaran la situación y que, aunque fueron debidamente tramitadas y resueltas por el juzgado, no dejan de poner de manifiesto los daños morales que aquel retraso estaba causando a los hoy reclamantes.

Esos daños morales, justificados en el expediente, no pueden valorarse sino mediante el abono de una indemnización a tanto alzado. Teniendo en cuenta la duración de las dilaciones afirmadas así como el resto de circunstancias concurrentes en el presente caso (…).

↻ *Dictamen 501/2023, de 21 de septiembre.*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de doña …

En primer lugar, la interesada reclama por el valor de la finca ejecutada (…). Ahora bien, dado que la responsabilidad de la reclamante que ceñía el bien hipotecado, su ejecución determinó que quedara liberada de toda responsabilidad. En consecuencia, cabe concluir que el perjuicio sufrido con la pérdida de la finca se compensó con la conclusión de su responsabilidad (…).

En segundo lugar, la reclamante solicita una indemnización de 10.976,40 euros por el valor de los muebles existentes en el interior de la finca al momento de su lanzamiento. A su reclamación, adjuntaba diversas facturas relativas a la adquisición de dichos muebles (…).

Pues bien, dado que estos objetos pertenecían a la ahora reclamante, que eran inembargables y que, de haber conocido la ejecución hipotecaria, podría haberlos conservado, entiende este Consejo de Estado que procede indemnizar por el

montante acreditado de 9.957,40 euros. A ello debe sumarse la actualización correspondiente conforme al Índice de Garantía de la Competitividad, en los términos del artículo 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

↻ *Dictamen 1029/2023, de 11 de octubre.*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

De acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado (así, en los dictámenes números 3.030/2002, de 5 de diciembre; 3.271/2002, de 30 de enero de 2003; 3.841/2002, de 20 de marzo de 2003; 876/2003, de 12 de junio; y 1.048/2013, de 16 de enero de 2014, entre otros), ante el impago de una deuda por parte del obligado, el acreedor no puede reclamar su importe del Estado –en lugar de hacerlo frente a su verdadero deudor– amparándose en que, en la tramitación del procedimiento, se ha producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Para que pueda exigirse la suma adeudada frente al Estado, sería necesario, entre otros factores, que se acreditara tanto la imposibilidad de cobro frente al deudor, como que dicha imposibilidad deriva, precisamente, del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, evidenciándose que, de no haberse producido este, habría tenido lugar la satisfacción del crédito. En otros términos, la excesiva duración de un procedimiento o el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no eximen, en principio, al acreedor de la carga de intentar cobrar su deuda del directo responsable de su abono; solo si es el funcionamiento anormal el que hace imposible el pago de todo o parte de la deuda (o causa mayores costes), podrá haber lugar, en su caso, a la responsabilidad del Estado con relación al perjuicio que sea imputable a la Administración de Justicia por su anormal funcionamiento (sea por la imposibilidad del cobro, o por los mayores gastos generados para obtenerlo).

Sin embargo, se aprecia en este caso un anómalo y deficiente funcionamiento del Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Madrid que, demorando la eficacia de las medidas cautelares de anotación preventiva de la demanda y de embargo preventivo sobre la única finca de la que era titular el deudor, coadyuvó a la frustración de la pretensión formulada en el procedimiento principal.

↻ *Dictamen 1282/2023, de 30 de noviembre.*

↻ *Ver también dictamen 658/2023, de 8 de noviembre.*

15.2 ERROR JUDICIAL

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

Por último, y en lo relativo al cuestionamiento por parte de los reclamantes del contenido de decisiones judiciales adoptadas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, baste recordar que, como en reiteradas ocasiones ha señalado el Consejo de Estado, para que se pueda declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial y la procedencia de una indemnización por los perjuicios derivados del contenido de decisiones judiciales adoptadas en el ejercicio de la función jurisdiccional, es necesaria una previa declaración judicial del error en los términos previstos en el artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Puesto que en el presente caso no consta que se haya declarado la existencia de un error judicial por alguna de las vías previstas en el citado artículo 293, tampoco esas alegaciones pueden servir de base a la indemnización que se pretende.

↻ *Dictamen 1038/2023, de 19 de octubre.*

15.3 PRISIÓN PREVENTIVA

15.3.1 **Procedimiento**

Expediente sobre responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva no seguida de condena, tramitado a instancia de don …

II. En el presente caso, la propuesta de resolución se muestra favorable a estimar parcialmente la reclamación (…). Precisa que la reclamación se presentó (…) antes de que transcurriera un año desde que esa sentencia fue declarada firme por auto de 25 de septiembre de 2018, notificado ese mismo día, momento en que, según la propuesta, debe comenzar el cómputo del plazo de prescripción en este tipo de reclamaciones «conforme ha establecido el acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de abril de 2023». Este acuerdo del Consejo de Ministros resolvió una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva, oído el Consejo de Estado, precisamente por entender que la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción no ha de situarse en la fecha de notificación de la sentencia, ni de su firmeza (fin del plazo para recurrirla), sino –más allá de la declaración de la firmeza– en la fecha de notificación de la declaración de la firmeza; lo que se justifica con cita de distintas sentencias de la Audiencia Nacional (de 13/11/2008, de 6/10/2015, de 19/07/2016 y

de 19/02/2019), así como de una antigua sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1990.

A) El criterio mantenido por el Ministerio de Justicia, respaldado por diversas sentencias de la Audiencia Nacional, se basa en que la sentencia absolutoria (o, en otros casos, el auto de sobreseimiento libre) podría ser modificada por vía de recurso, con lo que desaparecería el supuesto de hecho previsto en el artículo 294 de la LOPJ. Se aplicaría así la doctrina de la *actio nata*, entendiendo que hasta que no se produce la firmeza de la resolución en cuestión no nacería el derecho a resarcimiento allí previsto, de forma que la interposición de un recurso imposibilitaría el nacimiento de la acción. Otras razones en que se apoyaría esta tesis serían, por un lado, la dificultad de conocer cuándo se produce la firmeza de una sentencia penal (entre otras razones, por la pluralidad de partes y de personas que pueden recurrir unas u otras resoluciones, según los casos, o la posible suspensión o interrupción de los plazos para recurrir la sentencia), lo que aconsejaría esperar en todo caso a la declaración de su firmeza; declaración que solo conocería el interesado cuando le fuera notificada, lo que conduciría a fijar el *dies a quo* en la fecha de notificación de la firmeza; y todo ello, teniendo en cuenta que, en el proceso penal, la declaración de la firmeza viene exigida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 141 y 988).

Estos criterios, además, vienen respaldados por distintas sentencias de la Audiencia Nacional que han fijado el *dies a quo* en la fecha de notificación del auto de firmeza, lo que lleva al ministerio, en buena lógica, a no proponer un criterio que pueda ser rechazado por la Audiencia Nacional en caso de un eventual recurso en vía contenciosa.

B) Frente al criterio de la notificación del auto de firmeza, el Consejo de Estado ha venido manteniendo que el plazo debe empezar a computarse desde la fecha de la notificación de la sentencia absolutoria (o del auto de sobreseimiento libre), sin perjuicio de que en determinados casos esa regla pudiera modularse o inaplicarse en función de las circunstancias. Así, decía el dictamen número 536/2021, de 2 de diciembre, siguiendo una doctrina recogida en muchos otros dictámenes:

> «La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible, por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos, afirmación que se sustenta en la aceptación por este Tribunal del principio de «actio nata» para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción solo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad (STS de 31 de marzo de 2014, entre otras muchas).»

Tal y como recordaba el Dictamen 991/2015, de acuerdo con ello, cuando se reclama por los perjuicios derivados de la tramitación de un procedimiento judicial, la regla general es que el plazo no empieza a computarse sino desde que se notifica la resolución que pone fin al mismo para el reclamante (sea esta la sentencia o sea otro tipo de resolución: cfr. STS de 15 de abril de 2014).

De acuerdo con ello, es doctrina reiterada del Consejo de Estado (dictámenes números 142/2014, 1.054/2013, 599/2013, 534/2012, 1.305/2008 o 1.016/2006, entre otros) que el plazo para reclamar ha de computarse, como regla general, desde la fecha de la notificación de la sentencia que pone fin al procedimiento, puesto que desde ese momento puede el interesado ejercer su derecho a reclamar una indemnización. En consecuencia y por principio, ese es el momento en el que, de acuerdo con el artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha de empezar a computarse el plazo de un año allí establecido (dictamen n.º 3.090/2003, entre otros muchos). Ciertamente, ese plazo de prescripción puede quedar interrumpido si, por hechos o actos posteriores, la sentencia o sus pronunciamientos quedan en una situación de pendencia (por ejemplo, por interposición de un recurso), al menos si la reclamación está vinculada al contenido de la sentencia (como sucede en los casos de reclamación por prisión provisional).

Puede plantearse la duda de si el plazo debe empezar a computarse desde el mismo momento de la notificación de la sentencia, o si ha de esperarse a que transcurra el plazo para su impugnación (dando lugar a la firmeza de la sentencia), sobre la base de que, mientras no ha transcurrido ese plazo, la sentencia no es firme (duda que ha abordado el Tribunal Supremo al confrontar el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 con el artículo 4.2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 429/1993: así, la STS de 25 de enero de 2011). Pero, en todo caso, transcurrido el plazo para impugnar la sentencia, esta ha devenido firme y es conocida por el interesado, que puede, por tanto, ejercer su pretensión indemnizatoria, aun cuando no se haya declarado esa firmeza. Como dice la STS de 25 de enero de 2011, «la declaración de firmeza de la sentencia es una mera constatación y nada añade a la circunstancia determinante de aquélla, que es la falta de impugnación tempestiva de la sentencia cuando ello sea posible».

Ello, unido a que en muchos casos no consta la fecha de notificación de la sentencia, ha llevado al Consejo de Estado en distintas ocasiones a computar el plazo de un año a partir de la fecha del auto de firmeza para afirmar la extemporaneidad de una reclamación; pero no porque hasta ese momento no haya podido ejercitarse la acción (lo que llevaría a desplazar el *dies a quo* hasta la fecha de su notificación), sino porque en esa fecha es patente que ya se ha notificado la resolución en que se basa la reclamación (o que pone fin al procedimiento), y que ha transcurrido incluso el plazo para la interposición de eventuales recursos, de forma que el interesado dispone de los elementos necesarios para poder ejercitar su derecho; todo ello, sin perjuicio de la existencia de casos especiales o con circuns-

tancias peculiares (por ejemplo, falta de notificación de la sentencia, que los daños se hayan manifestado con posterioridad, etc.; y, como es lógico, si las irregularidades se han producido en fase de ejecución, la regla no sería de aplicación, puesto que en tal caso el funcionamiento anormal no se habría producido en la tramitación del procedimiento previo).

Ha de observarse, en esta línea, que la regla que acoge el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para unos casos en que la reclamación deriva del contenido de una sentencia (como son los casos en que la reclamación deriva de la anulación de un acto o disposición), es que «el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva». Nótese, por tanto, que el legislador no acoge el criterio reglamentario (cuando la sentencia «hubiera devenido firme»), sino el de la notificación de la sentencia misma.

De acuerdo con todo ello, si consta la fecha de notificación de la sentencia, esa fecha ha de tomarse como término inicial para el cómputo del plazo de prescripción (o, como máximo, una vez transcurridos los plazos para recurrirla), puesto que a partir de ella pudo el interesado ejercer su reclamación, y este es el dato relevante que establece el artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No resulta necesario esperar, a tal efecto, a que se dicte auto de firmeza, que no siempre se dicta cuando se produce la firmeza, sino que muchas veces se dicta cuando han transcurrido ampliamente los plazos para recurrir o incluso mucho tiempo después (quizá a instancia del interesado, precisamente con la intención de reabrir el plazo para presentar una reclamación), y que, en muchas ocasiones, no especifica la fecha en la que se produjo la firmeza. Además, y como se ha apuntado, el criterio del auto de firmeza fue expresamente rechazado por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 25 de enero de 2011.

No es ocioso añadir –como hace esta última sentencia del Tribunal Supremo– que, desde el punto de vista del derecho de defensa, lo verdaderamente importante para que comience a correr el plazo de prescripción de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración es, tal como ha tenido ocasión de subrayar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000 (asunto *Miragall y otros contra España*), el momento en que el interesado tiene conocimiento de la sentencia, dado que es entonces cuando sabe que el evento lesivo se ha consumado y, por tanto, cuando debe considerar si ejercer su derecho a indemnización por daños.

En definitiva, la fecha relevante para poder ejercer la acción –y, por tanto, el dies a quo para computar el plazo de prescripción– es, como regla general, la de la notificación de la sentencia o de la resolución que permite al interesado entablar la acción de responsabilidad (o, como máximo, la de su firmeza), pero no la de la declaración de esa firmeza ni la de notificación del auto de firmeza».

C) Partiendo de lo anterior, no debe pensarse que la cuestión de que aquí se trata (la disyuntiva entre comenzar el cómputo del plazo de prescripción en la fecha de la sentencia, de su firmeza, de la declaración de firmeza o de su notificación) se limita a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia, sino que el problema se ha planteado, en análogos términos, en otros ámbitos, a partir, en particular, de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 39/2015 (y antes en relación con el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como ya se ha apuntado). Y como análogos son los problemas, análogas han de ser las soluciones, no solo en beneficio de la armonía del ordenamiento, sino por coherencia en su aplicación y en beneficio de la seguridad jurídica de los operadores jurídicos que han de aplicarlo –y en particular, en estos casos, de los reclamantes–. Además, tanto en unos como en otros casos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tomado como punto de partida la doctrina de la «*actio nata*», por lo que la solución debería ser la misma en unos y otros casos a partir de la aplicación de esa doctrina, cuestión sobre la que después se volverá.

Pues bien, en otros ámbitos ajenos a la Administración de Justicia, el Consejo de Estado se ha planteado la necesidad de fijar una respuesta segura en relación con esta concreta cuestión de cuál ha de ser la fecha en que comience a computar el plazo para interponer una reclamación de responsabilidad patrimonial. Posición que ha querido ser fijada recientemente, en el dictamen número 263/2023, de 1 de junio, en el que se hace referencia, a lo largo de varias páginas, a múltiples dictámenes y sentencias, de diversos ámbitos, y se descartan –como *dies a quo*– tanto la fecha de declaración de la firmeza como la de notificación de esa declaración de la firmeza; así, ese dictamen se centra en la cuestión de si el cómputo del plazo para reclamar ha de comenzar el día de la notificación de la sentencia (o resolución correspondiente) o el día en que esta adquiere firmeza, y concluye que ha de estarse a la fecha de notificación de la sentencia. Por ello, resulta conveniente extractar, siquiera sea de forma sintetizada, algunos de sus razonamientos:

[…]

De este modo, y tras referencias a distintos dictámenes y sentencias, constata que el Consejo de Estado tiene una consolidada doctrina de acuerdo con la cual el plazo para reclamar ha de computarse, como regla general, desde la fecha de la notificación de la sentencia que pone fin al procedimiento; y recuerda que, según la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2011, «la declaración de firmeza de la sentencia es una mera constatación y nada añade a la circunstancia determinante de aquélla, que es la falta de impugnación tempestiva de la sentencia cuando ello sea posible». Además, manifiesta que este es el criterio que habían seguido distintos informes de la Abogacía del Estado, como el de 21 de abril de 2021, en el que se sostenía: «No es, por consiguiente, el dies a quo aquel en el que la

sentencia ganó firmeza, tal y como entiende la propuesta de resolución remitida, sino que ha de serlo el día en que aquella fue notificada a la parte actora y ahora reclamante, si se sigue una interpretación *ad litteram* del artículo 67.1 de la LPACAP»). (…)

Así, el criterio sentado en la citada resolución judicial resulta conforme con la posición que ha mantenido al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que interpreta que «el derecho de acción o de recurso debe ejercerse a partir del momento en el que los interesados pueden efectivamente conocer las sentencias judiciales que les imponen una carga o podrían vulnerar sus derechos o intereses legítimos»; y recuerda, a este respecto, que «la notificación, en cuanto acto de comunicación entre el órgano jurisdiccional y las partes, sirve para dar a conocer las decisiones de los tribunales así como los fundamentos que las motivan» (sentencia de 25 de enero de 2000, asunto *Miragall y otros contra España*). Y, a partir de todo lo anterior, concluye el repetido dictamen 263/2023:

[…]

Como puede observarse, en ese dictamen las dudas se plantean entre la fecha de notificación de la sentencia y la de su firmeza, con exclusión de la declaración de firmeza y de su notificación (recuérdese que la declaración de firmeza no solo se contempla en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino también en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: así, artículos. 85.1, 89.3, entre otros); y ello, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (y con referencia expresa a la afirmación del Alto Tribunal de que «la declaración de firmeza de la sentencia es una mera constatación y nada añade a la circunstancia determinante de aquélla, que es la falta de impugnación tempestiva de la sentencia cuando ello sea posible»: Sentencia de 25 de enero de 2011).

D) Resulta oportuno insistir en la necesidad de adoptar el mismo criterio en la aplicación del artículo 67 de la Ley 39/2015 y del artículo 293 de la LOPJ (al que se remite el artículo. 294 del mismo cuerpo legal); y ello, no solo por razón de que ambos se mueven en el marco de una misma institución (el de la responsabilidad patrimonial del Estado), sino también por la analogía de las situaciones a las que se refieren (una resolución necesaria para que resulte indemnizable un perjuicio previamente causado); y, sobre todo –hay que subrayarlo– porque en ambos casos el Tribunal Supremo ha tomado como punto de partida la aplicación de la doctrina de la actio nata. Una doctrina que parte del principio «*actio nondum nata non praescribitur*» y que implica que el día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, lo que exige que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar. Y la aplicación de una misma doctrina en uno y otro caso (artículo 67.1 de la Ley 39/2015 y artículo 293 de la LOPJ) han de conducir a una misma solución en ambos.

En el caso del artículo 67.1 citado, el supuesto de hecho exige «la anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general» y la ley precisa que el derecho a reclamar prescribirá al año «de haberse notificado» la resolución administrativa o la sentencia definitiva, lo que implica considerar que, una vez notificada, puede ejercerse el derecho a reclamar. Nótese la diferencia entre lo que dice este artículo 67.1 («al año de haberse notificado») frente a lo que dice el Código Civil que, después de establecer en su artículo 1969 que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones «se contará desde el día en que pudieron ejercitarse» (cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, según el mismo artículo precisa), introduce algunas reglas especiales y, entre ellas, la relativa a las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia que –en este caso sí–, establece el artículo 1971 que «comienza desde que la sentencia quedó firme»; es decir, tras establecer la regla general (actio nata: cuando pudo ejercitarse), introduce una regla especial para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia (firmeza de la sentencia). No puede ignorarse, por tanto, cómo el artículo 67.1 se aparta claramente de esa regla especial recogida en el citado artículo 1971 –cuando no hubiera sido difícil reproducirla–, refiriendo aquí el cómputo a la notificación de la resolución o sentencia (con aplicación, por tanto, de la regla de la *actio nata*, tal y como el Tribunal Supremo ha sostenido).

Ciertamente –y volviendo sobre el artículo 67.1–, dictada la resolución administrativa o la sentencia definitiva, puede haber hechos que afecten a esa resolución o sentencia: más allá de los recursos ordinarios, podría haber un recurso extraordinario de revisión frente a aquella resolución administrativa (artículo 125 de la Ley 39/2015), una revisión de oficio (artículo 106 de la Ley 39/2015) o una declaración de lesividad (artículo 107 de la Ley 39/2015) o, en el caso de una sentencia, cabría la revisión (artículo 102 de la Ley 29/1998), entre otras posibilidades. Sin embargo, nada de ello impide el ejercicio previo de la acción, en el plazo de un año «de haberse notificado» la resolución o sentencia, según dice el artículo 67.1 (sin perjuicio de que pudiera, en su caso, quedar interrumpido el plazo de prescripción en caso de darse una de aquellas eventualidades o incluso quedar excluida la responsabilidad en caso de llegar a revisarse efectivamente la resolución o sentencia, cambiando su sentido). Como se expone en el dictamen número 263/2023 antes extractado, ello da también satisfacción a exigencias del principio de seguridad jurídica.

Igualmente, en el caso del artículo 294 de la LOPJ, el supuesto de hecho exige una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre, así como que se hayan irrogado perjuicios. Siguiendo la misma doctrina de la *actio nata*, cabe plantearse si la acción puede ejercitarse cuando concurre una sentencia absolutoria y están claramente determinados los perjuicios irrogados (por haber concluido ya la prisión provisional). A juicio del Consejo de Estado, la respuesta ha de ser afirmativa.

Ciertamente, en la tramitación del expediente la Administración comprobará que esa sentencia no ha sido revocada (lo que llevaría a excluir la responsabilidad), como también verificará que la prisión preventiva no ha sido abonada a otra condena (con la misma consecuencia), tal y como en efecto viene haciendo con buen criterio el órgano instructor en este tipo de expedientes; y el comienzo de unas actuaciones orientadas a tales efectos tendrá virtualidad interruptora del plazo (y no se diga que ello obligará a la Administración a suspender numerosos procedimientos en caso de formularse una reclamación antes de haber sido recurrida la sentencia absolutoria, porque la larguísima experiencia del Consejo de Estado en este tipo de reclamaciones evidencia que ello es absolutamente excepcional –si es que se ha llegado a dar–).

Y, visto desde otra perspectiva –pero dentro de la doctrina de la *actio nata*–, la falta de declaración de la firmeza de la sentencia absolutoria (o del auto de sobreseimiento libre), o –menos aún– la ausencia de notificación del auto de firmeza, no podrían llevar a oponer al interesado una falta de nacimiento de su acción, ni a rechazar la responsabilidad patrimonial reclamada al amparo del artículo 294 de la LOPJ: salvo error, no se ha desestimado nunca una reclamación por esa sola razón. Ello evidencia –también desde esta perspectiva– que la acción nace sin necesidad de la declaración de firmeza y –desde luego– sin necesidad de que se notifique el auto de firmeza. Por tanto, si se aplica la doctrina de la *actio nata*, no puede situarse el *dies a quo* en el auto de firmeza, ni en su notificación, puesto que en ese momento ya había nacido la acción.

A la misma conclusión habría que llegar en el caso de que un reclamante tuviera a su favor una sentencia absolutoria, aun cuando otro procesado –condenado– hubiera interpuesto recurso, sin que se hubiera declarado la firmeza de la sentencia, ni notificado tal firmeza al reclamante. Aunque hay casos en que se ha declarado la firmeza solo respecto del reclamante, la ausencia de una declaración tal no ha impedido el ejercicio de la acción (como tampoco el posterior reconocimiento de la indemnización procedente).

Quedan con ello expuestas las principales razones que, a juicio del Consejo de Estado, deben llevar a aplicar el criterio de la notificación de la sentencia, a partir de la literalidad de los artículos mencionados, en relación con otras normas, no solo del ámbito administrativo y en el marco de la misma institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, sino también del ámbito civil, a partir del criterio doctrinal de la *actio nata* –reiteradamente afirmado por la jurisprudencia– como también del principio «*actio nondum nata non praescribitur*», y con especial atención al principio constitucional de seguridad jurídica.

Ello no supone ignorar las razones que apoyan la tesis mantenida, no solo por el Ministerio de Justicia en la propuesta de resolución, sino también en distintas sentencias de la Audiencia Nacional e incluso, como se ha visto, en otras del Tribunal Supremo, todo lo cual evidencia la complejidad de la cuestión. Pero, como se ha apuntado, hay sentencias que apoyan tanto una como otra tesis, y la

doctrina de la *actio nata*, en que tanto unas como otras se apoyan, así como la aplicación coherente del ordenamiento jurídico a partir de los principios articuladores de las instituciones que regula, parecen inclinar la balanza a favor de la tesis de la notificación de la sentencia, considerando también el principio de seguridad jurídica y la necesidad de certeza en este ámbito.

En fin, tampoco se ignora que, para resolver el caso concreto, la virtualidad del principio *pro actione* podría apoyar una solución distinta a la aquí expuesta. En efecto, la aplicación al presente caso del principio *pro actione* podría apoyar la tesis de computar el plazo desde la notificación de la firmeza, en beneficio del reclamante. Sin embargo, tratándose de una cuestión que ha recibido distintas soluciones (notificación, firmeza, auto de firmeza, notificación del auto de firmeza) no solo en el ámbito administrativo (piénsese en criterios divergentes entre unos y otros ministerios, pero también entre otros órganos y desde diversas Administraciones públicas) sino también en el ámbito judicial (como ha habido ocasión de advertir), es posible que una aplicación que favorezca al reclamante en este concreto caso pueda perjudicar a otro en un supuesto diferente (aunque análogo), ante la inseguridad que genera esa diversidad de criterios aplicados. Por ello, entiende el Consejo de Estado que resulta preferible una determinación clara, uniforme y estable del *dies a quo*; incluso, si el criterio aquí mantenido fuera rechazado por la Audiencia Nacional, sería positivo que se propiciara un pronunciamiento claro del Tribunal Supremo sobre esta concreta cuestión, que despeje las dudas que aún hoy siguen generando tanto el artículo 67.1 de la Ley 39/2015 como el artículo 293 de la LOPJ.

Y todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que puedan apreciarse especialidades y modulaciones en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, como también ha afirmado el Tribunal Supremo.

En conclusión, entiende el Consejo de Estado que el *dies a quo* debe fijarse en la fecha de notificación de la sentencia absolutoria o del auto de sobreseimiento, teniendo en cuenta las razones que ha venido aduciendo el Consejo de Estado en este concreto ámbito (artículo293 de la LOPJ), el criterio mantenido en el ámbito –más general– de la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 67 de la Ley 39/2015), la necesaria coherencia con el criterio que se desprende de la regulación civil de esta misma institución de la prescripción (artículos 1969 y siguientes del CC), el criterio mantenido por el TEDH en cuestiones análogas, la ausencia de un criterio claro y uniforme sobre esta cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, sin embargo, ha partido siempre de la doctrina de la *actio nata*, (lo que impone una solución común a los casos regidos por el artículo 67.1 de la Ley 39/2015 y 293 de la LOPJ), la recta aplicación del principio «*actio nondum nata non praescribitur*» y, sobre todo, la imperiosa necesidad de dar certeza a esta cuestión tal y como exige el principio constitucional de seguridad jurídica.

Por todo ello, dado que la sentencia absolutoria, dictada el 23 de julio de 2018, fue notificada el día 26 de julio siguiente, la reclamación, presentada el día 26 de agosto de 2019 ha de reputarse extemporánea, lo que conduce a su desestimación.

↺ *Dictamen 1031/2023, de 30 de noviembre.*

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

Por lo que hace a los daños derivados de la prisión preventiva a que D… estuvo sujeto, el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ciñe la correspondiente indemnización a los daños personales y familiares que sufra el preso preventivo posteriormente absuelto de la imputación que fundamentó esa privación cautelar de libertad. Por lo tanto, el legislador sí utilizó la óptica familiar en lo que se refiere a los daños causados por ese tipo de prisión, pero circunscribiéndola a la esfera del preso preventivo. Dicho en otros términos, son los perjuicios de índole familiar del preso preventivo los contemplados por el mencionado artículo 294, pero no los daños eventualmente sufridos por sus familiares.

Se sigue de ello que, en el criterio de este Consejo, los familiares de los presos preventivos no están legitimados para presentar una reclamación al amparo del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (…) el legislador no contempló una indemnización a los daños que la mencionada privación de libertad pudiera causar a los familiares de los presos preventivos.

[…]

La cuestión es distinta en relación con la segunda parte de la reclamación de los interesados, es decir, la relativa al invocado funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (…).

Es claro que los más directamente afectados y eventualmente perjudicados por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia son las partes en el correspondiente proceso. Sin embargo, en relación con la responsabilidad patrimonial por ese anómalo desenvolvimiento administrativo, la legislación no contiene la misma restricción que sí figura a propósito de la prisión preventiva. En efecto, mientras que el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial solo se refiere a los daños que esa medida cautelar cause al preso preventivo, la regulación constitucional y legal de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que genere el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no está estrictamente limitada a quienes sean parte en el correspondiente proceso.

↺ *Dictamen 703/2023, de 11 de octubre.*

15.3.2 **Requisitos**

Responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva no seguida de condena y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

En el caso sometido a consulta sucede, empero, que no se ha dictado una sentencia absolutoria ni un auto de sobreseimiento libre en relación con el hoy reclamante, ni tampoco un auto de sobreseimiento provisional que pudiera ser equiparable a un auto de sobreseimiento libre (en los casos y términos a que se refiere el dictamen número 1.864/2022, de 2 de febrero de 2023). Ciertamente, cabría plantearse si el auto de 10 de enero de 2017 (antecedente segundo, apartado h) podría equipararse a una sentencia absolutoria o a un auto de sobreseimiento libre a efectos del artículo 294 de la LOPJ, algo sobre lo que el reclamante nada argumenta.

Sin embargo, el examen detenido de las actuaciones judiciales incorporadas al expediente y, en particular, las relativas a la pieza de situación personal del hoy reclamante (extractadas en el antecedente segundo del presente dictamen) ponen de manifiesto que la razón última de que no se dictara una sentencia absolutoria (o un auto de sobreseimiento libre) respecto del hoy reclamante radicó en su propia conducta ilícita, de sustracción a la acción de la justicia, con incumplimiento de las obligaciones que se le habían impuesto judicialmente en la misma causa; una conducta no solo infractora, sino persistente a lo largo de los años, tal y como revela la lectura de las distintas resoluciones judiciales recogidas en el citado antecedente segundo (en particular, apartados b, c, d, f, g y h). (…)

[…]

Por tanto, entiende el Consejo de Estado que, en este caso, ha sido la propia conducta de desobediencia a lo dispuesto en distintas resoluciones judiciales, por parte del hoy reclamante, la que ha determinado que no se cumpla el requisito previsto en el artículo 294 de la LOPJ. Dicho en otros términos, la falta de concurrencia de los requisitos previstos legalmente en ese artículo 294 a efectos indemnizatorios deriva precisamente de aquella conducta ilícita e incumplidora del entonces acusado, de forma que aquellos incumplimientos no deben beneficiar al hoy reclamante, a través de una interpretación extensiva y favorable al mismo, que le permita prescindir del requisito establecido en el artículo 294 de la LOPJ y cuya ausencia deriva, precisamente, de esa conducta ilícita del propio reclamante.

Es más, teniendo en cuenta la relevancia causal de la conducta del hoy reclamante en relación con la prisión provisional sufrida entre el 7 y el 10 de abril de 2012 y del 8 al 9 de diciembre de 2016, parece claro que, en todo caso, no serían indemnizables los periodos de prisión posteriores al concluido el 16 de diciembre de 2008, puesto que los mismos fueron directamente causados por esa conducta infractora e incumplidora del propio reclamante, tal y como claramente

se desprende de las resoluciones extractadas en el antecedente segundo del presente dictamen. Ello podría incluso llevar a plantear –también a la vista de esas actuaciones judiciales incorporadas al expediente– si la reclamación ha sido formulada en el plazo de un año «a partir del día en que pudo ejercitarse» en relación con aquel periodo de prisión provisional que concluyó en 2008, teniendo en cuenta que fue la propia conducta ilícita del hoy reclamante la que postergó la posibilidad de ese ejercicio. En cualquier caso, entiende el Consejo de Estado que no es necesario entrar en ello, puesto que la ausencia de una sentencia absolutoria o de un auto de sobreseimiento libre, en cuanto ausencia causada precisamente por la conducta infractora del hoy reclamante, permite concluir que procede desestimar la reclamación de indemnización de daños y perjuicios que el reclamante formula por la prisión preventiva sufrida.

↻ *Dictamen 448/2023, de 22 de junio.*

Responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva no seguida de condena, tramitada a instancia de don …

Siendo ello así, el presente caso presenta la singularidad de que la resolución final del proceso que se siguió al Sr. … fue un auto de sobreseimiento de naturaleza dual. En efecto, el auto de sobreseimiento del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Lugo de 19 de julio de 2018 acordó el sobreseimiento libre de algunos de los posibles delitos que estaba investigando en relación con el Sr. … (…) y el sobreseimiento provisional de otros de esos posibles delitos (…).

Ante esa dualidad de pronunciamientos del auto que el reclamante invoca en apoyo de su pretensión, es relevante recordar que el Tribunal Supremo se ha planteado y fijado doctrina legal en relación con la aplicación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a un caso en el que la resolución que concluyó la causa penal contuvo diversos pronunciamientos sobre la responsabilidad penal final de la persona que quedó sujeta a prisión preventiva durante la tramitación de la causa. En concreto, la sentencia número 791/2022, de la Sección Quinta de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de junio, se planteó la cuestión, que consideró de interés casacional, de determinar si el derecho a indemnización por daños causados por una prisión preventiva exige la absolución de todos los delitos que motivaron aquella o si es suficiente con la absolución por uno solo de los delitos con base en los cuales se acordó la prisión provisional.

En la referida sentencia, el Alto Tribunal declaró que «(…) para reconocer el derecho a indemnización por prisión preventiva indebida –ex artículo 294.1 LOPJ– acordada en relación con dos o más delitos, no es preciso que finalmente se produzca la absolución de todos los delitos que motivaron aquélla; para aquel reconocimiento basta con que se constate judicialmente la inexistencia del delito

que principalmente sustentó la situación de prisión indebida, aunque se confirme finalmente la condena a pena privativa de libertad por otro delito».

[…]

Resulta de ello que esa doctrina legal no es directa y linealmente aplicable al presente caso, ya que:

– De un lado, la caracterización del caso al que se enfrentó el Tribunal Supremo no coincide con la del supuesto que ahora se dictamina, en el que lo acordado fue el sobreseimiento de todos los delitos que se investigaban al Sr. …, si bien algunos fueron objeto de sobreseimiento libre y otros de sobreseimiento provisional.

– Por otro lado, en el caso contemplado por la citada sentencia del Tribunal Supremo, pudo advertirse que existía un delito que sustentó principalmente la decisión de imponer la prisión preventiva. Sin embargo, el caso que ahora se considera (…), sin que se advierta en el auto que decretó la prisión preventiva del Sr. … la existencia de un delito que principalmente sustentase la aplicación de esa medida cautelar.

Careciéndose, pues, de una doctrina legal del Tribunal Supremo respecto del aludido artículo 294 que pueda directamente aplicarse al presente caso, entiende este Consejo que ha de estarse a la redacción de ese precepto, tal y como resulta de su depuración constitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 85/2019.

Por lo tanto, el presupuesto que ha de apreciarse en el presente caso es la existencia de una sentencia absolutoria o de un auto de sobreseimiento libre, lo que no se da en el caso del Sr. … a la vista de la citada naturaleza dual del auto que sobreseyó los posibles delitos que se le imputaron y por los que quedó sometido a prisión preventiva.

Sin embargo, queda todavía por examinar otra cuestión relevante respecto del auto de sobreseimiento provisional dictado en relación con el Sr. …, cual es la posibilidad de que ese auto sea considerado equivalente o equiparable a un auto de sobreseimiento libre a los efectos de desencadenar la aplicación del régimen indemnizatorio recogido en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta cuestión fue originalmente planteada por este Consejo, pero ha sido acogida por la jurisprudencia, incluso con posterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional 85/2019. Así se recoge, por ejemplo, en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo números 187/2021, de 11 de febrero; 1151/2021 y 1159/2021, ambas de 22 de septiembre; 598/2022, de 19 de mayo, y 1317/2022, de 17 de octubre.

De acuerdo con esa jurisprudencia, la citada equivalencia o equiparación se dará siempre que las circunstancias del sobreseimiento provisional permitan apre-

ciar que respondió a razones sustancialmente equivalentes a las que determinan el sobreseimiento libre.

Aplicando esa directriz al presente caso, la atención ha de concentrarse, pues, en las razones invocadas en el auto de sobreseimiento provisional del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Lugo de 19 de julio de 2018.

[…]

(…). También es relevante notar que el sobreseimiento provisional que el juzgado acordó respecto de otros investigados fue por ellos cuestionado ante la Audiencia Provincial de Lugo, demandando que se declarase que en algunos debió ser un sobreseimiento libre por prescripción, sentando ese tribunal que no procedía esa prescripción y el consiguiente sobreseimiento libre. Por lo demás, la referida Audiencia Provincial también descartó que los restantes sobreseimientos provisionales que los interesados recurrieron debieran ser, en realidad, sobreseimientos libres. Todas esas apreciaciones del mencionado tribunal deben ponerse también en relación con el hecho de que el Sr. … no recabó que los sobreseimientos provisionales que se dictaron en su caso se convirtiesen en sobreseimientos libres.

Valorando todos esos datos, entiende este Consejo que el citado auto de sobreseimiento provisional del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Lugo de 19 de julio de 2018 no puede equipararse ni considerarse equivalente a un auto de sobreseimiento libre. (…)

Como quedó reseñado en antecedentes, la reclamación indemnizatoria del Sr. … también se refiere a los daños que le habrían generado esas dos prohibiciones, que se sucedieron en el tiempo. En concreto, la primera de esas prohibiciones sustituyó a la prisión preventiva inicialmente impuesta al interesado y dio posteriormente paso a la prohibición de aproximarse al mencionado establecimiento hotelero.

[…]

Se trató, pues, de decisiones judiciales adoptadas dentro del amplio margen de libre apreciación que juzgados y tribunales tienen en relación con las medidas cautelares que consideren pertinentes.

A los efectos de invocar tales prohibiciones en relación con una posible responsabilidad patrimonial del Estado por las medidas cautelares que pueden adoptar los órganos judiciales, ha de tenerse en cuenta que las disposiciones legales (el citado artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) solo contemplan esa responsabilidad patrimonial en relación con la prisión preventiva, de manera que, en ese terreno de las medidas cautelares decretadas judicialmente, no existen términos hábiles para poder acoger esta segunda parte de la reclamación (…)

Ha de recordarse al respecto que este Consejo tiene sólidamente establecido el criterio de que corre a cargo de los justiciables soportar y estar a las consecuencias de las medidas cautelares que decidan los juzgados y tribunales, sin perjuicio,

claro está, de la posibilidad de cuestionarlas por las vías procesales y de recurso que les están reconocidas (…).

↻ *Dictamen 685/2023, de 14 de septiembre.*

Expediente sobre responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva no seguida de condena y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, tramitado a instancia de don …

Plantea este expediente un aspecto adicional. Algunos de los reclamantes fueron detenidos por la Guardia Civil y puestos a disposición de la autoridad judicial. Este es el caso de (…), que reclama una indemnización por haber permanecido detenido a disposición del Juzgado de Instrucción n.º 23 de los de Madrid entre el 14 y el 15 de noviembre de 2007.

Distinto es el caso de don …, que entiende que debe ser indemnizado no por los daños derivados de la detención, sino por la forma en que esta detención se llevó a cabo. Este asunto se analizará después.

[…]

La Ley Orgánica del Poder Judicial regula en el artículo 294 un régimen específico de responsabilidad relacionado con la prisión preventiva y los daños que pudiera producir la privación de libertad por aplicación de esta medida cautelar (…).

En estos márgenes la doctrina del Consejo de Estado ha entendido que los daños que pudiera causar la aplicación de la medida cautelar de detención no pueden incardinarse en el ámbito propio del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así se sostiene, por citar algunos ejemplos, en los dictámenes 1.033/2008, de 22 de octubre; 1.284/2008, de 30 de octubre; 1.473/2012, de 28 de febrero de 2013; 838/2013, de 21 de noviembre; 125/2016, de 12 de mayo, y 899/2022, de 17 de noviembre, en los que se expresa con claridad que en los márgenes de las reclamaciones de responsabilidad relacionadas con el funcionamiento de la Administración de Justicia no cabe la aplicación analógica del título de imputación previsto para la prisión provisional al ámbito de la detención.

Otra cosa es que, planteado el asunto como responsabilidad patrimonial de la Administración, imputable al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que dependen de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se pueda llegar a una conclusión favorable a las pretensiones de quienes fueron detenidos por error en la identificación, por mal funcionamiento de las bases de datos de requisitorias o por la indebida actuación de la detención. Este es el supuesto de hecho de los dictámenes 2.224/2003, de 17 de julio; 2.343/2002, de 3 de octubre; 820/2002, de 13 de junio; 126/2006, de 20 de abril; 1.274/2004, de 1 de julio; 126/2007, de 15 de marzo; 761/2007, de 24 de mayo; 1.771/2010, de 14 de octubre, y 267/2012, de 19 de abril. Aunque,

en todo caso, es doctrina constante del Consejo de Estado que los ciudadanos tienen el deber de soportar las molestias que puedan derivarse de la investigación de los delitos, como se expresa entre muchos otros, en los dictámenes 967/2009, de 9 de julio, 3.928/1997, de 25 de septiembre, y 1.769/2006, de 11 de octubre.

Planteada la argumentación en estos términos la indemnización que procede otorgar a don … por la privación de libertad se habrá de calcular excluyendo los tres días que permaneció detenido a disposición de la autoridad judicial e incluyendo los siguientes, en los que permaneció en prisión provisional, ya que la sentencia absolutoria que cierra el caso solo puede proyectarse sobre la prisión provisional, dentro de los márgenes del título de imputación previsto en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No procede, pues, indemnización por este concepto.

↻ *Dictamen 732/2023, de 8 de noviembre.*

15.3.3 **Indemnización**

Responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva no seguida de condena y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, tramitada a instancia de don …

Una precisión que este Consejo ha recordado a partir de su dictamen del expediente n.º 100/2020, y que está también recogida en la sentencia del Tribunal Constitucional 85/2019, es que las compensaciones ex artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial pueden modularse en aplicación del criterio *compensatio lucri cum damno*, que se concreta en tener en cuenta si el período de prisión preventiva podía aplicarse o se había aplicado al cómputo o cumplimiento de penas impuestas a los reclamantes y que estén pendientes de cumplimiento.

↻ *Dictamen 703/2023, de 11 de octubre.*

Responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva no seguida de condena, tramitada a instancia de don …

A. En línea de principio, el Consejo de Estado considera que los daños laborales y profesionales, o por pérdida de salarios, no son indemnizables de acuerdo con el artículo 294.2 de la LOPJ, cuya dicción literal señala que «la cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido». Como se razonaba en el dictamen 100/2020, de 2 de julio, la voluntad del legislador fue incluir como

indemnizables los daños personales y familiares, excluyéndose expresamente durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica del Poder Judicial la inclusión, entre los daños indemnizables, de los daños profesionales y laborales.

A ello cabe añadir, de una parte, la existencia de pronunciamientos diversos ante los muy distintos casos concretos que se les han planteado a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo a lo largo de los años. También ha de tenerse en cuenta que las sentencias citadas por la propuesta invocan al respecto que el lucro cesante figura entre las circunstancias que valora el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; sin embargo, las sentencias del TEDH no se refieren directamente al régimen indemnizatorio del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que ese régimen no viene exigido por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tal y como el propio TEDH ha afirmado reiteradamente.

Nótese, de otra, que esa precisión referida a las consecuencias personales y familiares no se encuentra en otros preceptos reguladores de la responsabilidad patrimonial de la Administración de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, regida por el principio de indemnidad, sino que se trata de una precisión que contiene la LOPJ –reflejo también de esa diferencia de la voluntad del legislador en cuanto al alcance de la indemnización–. A ello cabe añadir que la práctica administrativa se ha ceñido en todo este tiempo –durante décadas– a las indemnizaciones de los daños personales y familiares, y el artículo 294.2 de la LOPJ no ha quedado afectado en este punto por la STC 85/2019.

Ahora bien, también ha llamado la atención este Consejo sobre algunos casos en los que ha quedado acreditado que la situación de inactividad personal puede comportar perjuicios personales y familiares (…).

Con todo, este Consejo ha entendido que tal situación de inactividad y de suspensión o posposición de actividades puede considerarse incluida en los daños personales y familiares expresamente contemplados y admitidos por el apartado número 2 del aludido precepto y que requiere ser acreditada. No se trata, como sostiene la propuesta, de otros daños que deben ser conjuntamente tratados con los daños personales o familiares o además de estos. Entiende por todo ello el Consejo de Estado que debería corregirse la propuesta de resolución en este punto.

La posposición de actividades puede, según nuestra doctrina, incluirse en el concepto de daños personales y familiares, no además de estos, y siempre que resulten acreditados.

En este sentido, y en la misma línea de falta de acreditación a que se refiere la propuesta de resolución respecto a daños morales distintos de los derivados de la privación de libertad misma, cabe recordar que, de acuerdo con el artículo 4.2.f)

del Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, los internos tienen «derecho a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la Administración penitenciaria», sin que en el presente caso se haya acreditado que el interesado intentara ejercer ese derecho y no se le permitiera (lo que podría haber sucedido, por la falta de disponibilidades de la Administración penitenciaria); en este sentido, dispone el artículo 133 del citado Reglamento Penitenciario: «3. Los presos preventivos podrán trabajar conforme a sus aptitudes e inclinaciones, a cuyo efecto la Administración Penitenciaria les facilitará los medios de ocupación de que disponga. Cuando voluntariamente realicen trabajos productivos encuadrados en la relación laboral especial penitenciaria gozarán, en igualdad de condiciones con los penados, de las remuneraciones establecidas para los mismos».

(…). Tampoco hay constancia, como se adelantaba, de que el señor Gallo Fernández solicitara siquiera la prestación de un trabajo remunerado ante la Administración penitenciaria. En consecuencia, no se ha acreditado que hubiera «días impedidos de ejercer ningún tipo de actividad», a los que se refiere el Tribunal Supremo en la jurisprudencia a que después se hará referencia.

Por tanto, entiende el Consejo de Estado que todas estas son razones que conducen a desestimar la reclamación solicitada por este concepto.

[…]

No desconoce el Consejo de Estado la existencia de diversas sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de la Audiencia Nacional, que reconocen derecho a una indemnización por los perjuicios laborales, que se calculan teniendo en cuenta el Salario Mínimo Interprofesional (p. ej. STS de 20 de diciembre de 2019 –ROJ 4276/2019–; STS de 14 de septiembre de 2020 –ROJ 2808/2020–; STS de 22 de septiembre de 2020 ROJ 2994/2020–). (…).

Sin embargo, cabe notar que en las sentencias citadas –y en otras que se reconoce una indemnización por daños laborales o profesionales, la Administración había desestimado la pretensión indemnizatoria formulada al amparo del artículo 294 –y se había desestimado el recurso contencioso por la Audiencia Nacional–, sin que la Administración hubiera razonado específicamente la improcedencia de abonar una indemnización, en concreto, por este tipo de daños. Así ocurre también con distintas sentencias de la Audiencia Nacional, que reconocen el derecho a una indemnización por este concepto a partir de una posición de la Administración negadora de la procedencia de indemnizar y, por tanto, sin referencia alguna a esta concreta cuestión (…).

En suma, a juicio del Consejo de Estado, es del todo conveniente recoger en las resoluciones de este tipo de expedientes todas las razones por las que –a juicio del Consejo de Estado– los daños laborales y profesionales deberían quedar al margen de la indemnización prevista en el artículo 294 de la LOPJ, a fin de dar ocasión a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo de pronunciarse expresa-

mente sobre estos fundamentos, que solo ha sido necesario desarrollar a partir del giro normativo producido a raíz de la STC 85/2019. En caso contrario, terminaría por sentarse un criterio apoyado exclusivamente en las alegaciones de los reclamantes que habían visto desestimadas sus pretensiones indemnizatorias en vía administrativa (sobre la base de la anterior redacción del artículo 294 de la LOPJ) y sin que la Administración haya tenido ocasión de exponer en esa vía contenciosa las razones que apoyan el criterio expuesto más arriba.

[…]

Y, en fin, se excluye que en este caso sean indemnizables los daños profesionales, que no han sido acreditados y que en ningún caso deberían ser estimados conjuntamente o además de los daños personales o familiares, sino como parte de los mismos y de acuerdo con un criterio de cuantificación global.

↻ *Dictamen 1034/2023, de 5 de octubre.*

16. RÉGIMEN SANCIONADOR

16.1 PRINCIPIOS

16.1.1 **Legalidad**

Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las normas para la aplicación de penalizaciones, en las intervenciones contempladas en el Plan Estratégico de la Política Agrícola Común, y por el que se modifican varios reales decretos de aplicación de la Política Agrícola Común.

b) En conexión con lo anterior, hay que tener en cuenta que las penalizaciones están descritas en el artículo 9 de la Ley 30/2022, de 23 de diciembre, por la que se regulan el sistema de gestión de la Política Agrícola Común y otras materias conexas, que distinguen, en su seno, la denegación, la reducción y la exclusión. Ni cabe contraponer el género –las penalizaciones– a alguna de sus especies –fundamentalmente, la reducción–, como si de dos conceptos diferentes se tratase (…) Ni resulta adecuado incorporar en sede reglamentaria, sin un estudio previo acerca de su naturaleza jurídica y engarce legal, clases o tipos de penalización diferentes a aquellos que están contempladas a nivel legal.

El artículo 4.2 del Proyecto dispone, a este respecto, que las penalizaciones podrán adoptar la forma de reducciones y exclusiones (apartados a) y d) –no menciona las denegaciones, a las que el legislador se refiere expresamente–, «pago por parte de la persona beneficiaria de la ayuda de un importe calculado en función de la cantidad y/o duración del incumplimiento» y «suspensión o retirada de una aprobación, reconocimiento o autorización» (apartados b) y c). Estas dos últimas penalizaciones poseen una evidente naturaleza sancionadora, desde el momento en que vienen a castigar al infractor, y no exclusivamente a coadyuvar al cumplimiento de las disposiciones normativas infringidas –como sucede en el caso de la denegación y de la reducción de la ayuda–, y en que, por lo tanto, de conformidad con el artículo 25.1 de la Constitución Española –tal y como ha sido interpretado por nuestro Tribunal Constitucional, en los términos que quedaron expuestos en el dictamen del expediente número 720/2022, de 12 de mayo, y que han sido recordados en la consideración IV del presente dictamen–, ambas penalizaciones tendrían que estar tipifica-

das en una norma con rango de ley, en la que, además, se deberían introducir las cautelas oportunas para evitar la doble imposición.

Resulta necesario, en suma, que se eliminen las letras b) y c) del apartado 2 del artículo 4, por contravenir el principio de legalidad en el ámbito penal y sancionador administrativo consagrado en los artículos 25.1 de la Constitución y 27 Española de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Ello requería que se revisase, por conexión, el tenor literal del artículo 4.3.c) y de todos aquellos preceptos que, o bien aluden incidentalmente al artículo 4, subapartados 2.b) o 2.c) –como, por ejemplo, hace el artículo 26–, o bien ordenan la aplicación de las penalizaciones consistentes en el pago de una cantidad proporcional al incumplimiento detectado o en la suspensión o retirada de una autorización, aprobación o reconocimiento administrativo –como, por ejemplo, parecen hacer los artículos 35, 38.5, 40.1 y 40.2–.

↻ *Dictamen 84/2023, de 23 de febrero.*

16.1.2 ***Non bis in idem***

Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las normas para la aplicación de penalizaciones, en las intervenciones contempladas en el Plan Estratégico de la Política Agrícola Común, y por el que se modifican varios reales decretos de aplicación de la Política Agrícola Común.

Ambas consecuencias del incumplimiento de la normativa reguladora de la Política Agrícola Común, las penalizaciones y las sanciones, son compatibles entre sí (artículo 9.6 de la ley), con la única excepción de la penalización consistente en la exclusión y la sanción accesoria de prohibición de la percepción de otras ayudas de la PAC (artículo 16.a) de la ley). Ello se debe a que, como estudiara detenidamente el dictamen del expediente número 720/2022, de 12 de mayo, pese a que el derecho de la Unión Europea califique formalmente las penalizaciones como sanciones administrativas, es jurisprudencia constitucional plenamente consolidada (sentada, entre otras, en las sentencias 164/1995, de 13 de noviembre, F. J. 4, y 267/2000, de 16 de noviembre, F. J. 3) que «ni el *nomen iuris* empleado por la Administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador, constituyen un dato decisivo a la hora de precisar si los arts. 24.2 y 25.1 CE resultan aplicables»; y que «por más que resulte significativa, tampoco basta por sí sola a estos efectos la circunstancia de que la medida de que se trata (…) se imponga como consecuencia de un incumplimiento previo de las obligaciones derivadas de la relación jurídica existente entre el ciudadano y la Administración, o que la reacción del Estado ante dicho incumplimiento consista en un acto restrictivo de derechos».

Lo determinante, en estos supuestos, es la función que el instituto tiene encomendado dentro del sistema jurídico: si persigue una finalidad represiva o de castigo, su naturaleza será sancionadora; si, por el contrario, posee una meramente función retributiva y/o disuasoria, dirigida a constreñir el cumplimiento de la normativa aplicable, restablecer la legalidad conculcada o evitar el incumplimiento de una obligación, escapará del ámbito punitivo (…).

Teniendo en cuenta todo ello, (…) [hay que] distinguir, dentro de las penalizaciones, la denegación, reducción o retirada de la ayuda, que opera en relación con esa ayuda en concreto y carece de naturaleza punitiva, y las exclusiones, que operan a futuro, impidiendo que el beneficiario acceda a la ayuda en un plazo determinado, y poseen naturaleza sancionadora. Como sanciones administrativas, las exclusiones están sujetas a las garantías derivadas del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución y, en particular, al principio del non bis in ídem que una reiterada jurisprudencia constitucional (sentada, entre otras, las sentencias 2/1981, de 30 de enero, FJ 4, y 77/2010, de 19 de octubre, FJ 4) ha conectado con las garantías de tipicidad y legalidad de las infracciones penales y administrativas y que veda la imposición de penas o sanciones en los casos en los que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, siendo este el bien o interés jurídico protegido por la norma (tal y como han matizado, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 234/1991, FJ 2, y 188/2005, de 4 de julio, FJ 2).

Como la penalización, que consiste en la exclusión de la ayuda de la PAC, y la sanción accesoria, que consiste en la prohibición de percibirla durante cierto periodo de tiempo, comparten sujeto –el solicitante o beneficiario de la ayuda– y fundamento –la protección de los intereses financieros de la Unión– y pueden compartir objeto –el suministro intencionado de datos falsos o el incumplimiento de ciertas obligaciones–, para evitar la doble imposición, el artículo 15.a) del Anteproyecto –actual artículo 16.a) de la Ley– aclara que dicha sanción accesoria podrá imponerse si se cometen infracciones muy graves «siempre que no se haya impuesto una penalización equivalente». En estos términos –concluía el dictamen del expediente número 720/2022, de 12 de mayo–, «el principio de legalidad contemplado en el artículo 25.1 de la Constitución sería respetado y la regulación propuesta no merecería reproche de constitucionalidad alguno».

↻ *Dictamen 84/2023, de 23 de febrero.*

16.2 PROCEDIMIENTO

Proyecto de Orden por la que se modifica la orden de 8 de septiembre de 1998, por la que se establece una reserva marina y una reserva de pesca en el entorno de la isla de Alborán, y se regula el ejercicio de la pesca en los caladeros adyacentes.

El artículo 7.5 *in fine* advierte que «el incumplimiento de estos turnos podrá conllevar la exclusión del censo y la apertura del correspondiente procedimiento sancionador». Como, a tenor del nuevo artículo 8.1 de la Orden de 8 de septiembre de 1998, la pertenencia al censo correspondiente a la modalidad de pesca ejercida constituye un presupuesto para poder extraer recursos pesqueros en la reserva, parece evidente que la exclusión del censo conlleva la inhabilitación para el desarrollo de actividades pesqueras y que, por lo tanto, en virtud del artículo 105.1.e) de la Ley de Pesca Marítima del Estado, constituye una medida de naturaleza sancionadora.

En consecuencia, su imposición no puede ser automática, tiene que ir precedida de la tramitación de un procedimiento sancionador en cuyo seno la autoridad competente verificará la comisión de la infracción y determinará la sanción que corresponde al infractor, en aplicación del régimen sancionador legalmente establecido. Dicho en otros términos, el incumplimiento de los turnos de acceso a la reserva de pesca no puede implicar la exclusión automática del censo por parte del buque que en teoría no ha respetado el turno fijado, sino que únicamente puede determinar la apertura de un procedimiento en el que, en su caso, se acordará como sanción la exclusión del buque infractor del censo de la modalidad de pesca correspondiente.

Ello no obsta, obviamente, a que la exclusión se pueda acordar antes de la terminación del procedimiento con carácter cautelar, al amparo del artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que faculta al órgano instructor a adoptar de forma motivada, una vez iniciado el procedimiento, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en su seno, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

El principio de legalidad penal consagrado en el artículo 25 de la Constitución y en el artículo 25 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público requiere, en suma, que se modifique el tenor literal del nuevo apartado 5 del artículo 7 de la Orden de 8 de septiembre de 1998 de un modo similar al que sigue: «[e]l incumplimiento de estos turnos podrá conllevar la exclusión del censo, previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, y sin perjuicio de su eventual adopción como medida provisional».

↻ *Dictamen 1909/2022, de 2 de febrero de 2023.*

17. TIPOLOGÍA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los planes de ordenación del espacio marítimo de las cinco demarcaciones marinas españolas.

Los planes de ordenación del espacio marítimo forman parte de las estrategias marinas, por lo que, en principio, participan de su carácter en el sentido indicado en el artículo 7.2 de la Ley de protección del medio marino, es decir, son vinculantes para las Administraciones públicas, pero no crean derechos y obligaciones para los particulares o entidades. El grado de vinculación de las autoridades administrativas para con la planificación espacial marina y su falta de incidencia sobre la esfera jurídica de los ciudadanos no resulta, sin embargo, tan nítida como a primera vista pudiera parecer.

No está claro, en primer lugar, si los planes serán vinculantes en su totalidad, en la parte común a todas las demarcaciones marinas que recoge el anexo I o exclusivamente en el bloque dedicado a la ordenación del espacio marítimo propiamente dicho. Las afirmaciones que los propios planes hacen acerca del carácter normativo o no normativo de algunas de sus previsiones –transcritas en la consideración anterior de este dictamen– parecen sustentar esta última tesis, mientras que la contestación del órgano instructor a las alegaciones formuladas por la Dirección General de Ordenación Pesquera y Acuicultura del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (página 64 de la Memoria) parece reflejar que su intención es reconocer naturaleza normativa al anexo I del Proyecto y naturaleza meramente programática al anexo II. En todo caso, se ha de tener en cuenta que la eficacia vinculante de los planes no depende de que se les atribuya naturaleza normativa y que, por lo tanto, es posible que los planes vinculen a las Administraciones públicas, aunque no sean calificados como normas jurídicas.

En segundo lugar, tampoco está claro el grado de vinculación de la Administración para con los planes –en la parte en la que estos sean vinculantes– y, más concretamente, si estos simplemente obligan a los poderes públicos a tomar en consideración las medidas de ordenación que ellos establecen o si las diferentes autoridades administrativas con competencia para autorizar el ejercicio de actividades en el medio marino han de limitarse a aplicar sus previsiones. Dicho en

otros términos, si la planificación espacial marina se asemeja a la planificación del territorio de suerte que las zonas que identifica en su cartografía no pueden destinarse a usos diversos a aquellos que el instrumento de planeamiento les ha vinculado, ni desenvolverse con sujeción a criterios distintos a los fijados en los propios planes, o si, por el contrario, constituye un marco más genérico o abstracto que simplemente ofrece a las Administraciones públicas un conjunto de criterios que contribuirán a racionalizar el proceso de toma de decisiones relacionadas con el espacio marítimo.

Si la autoridad consultante desea configurar la ordenación del espacio marítimo de una forma similar a la ordenación del territorio, no cabría sostener que los instrumentos de planificación en los que tal ordenación se plasma carecen de carácter vinculante para los ciudadanos: aun cuando tales instrumentos estuviesen dirigidos a las Administraciones públicas, en la medida en que condicionarían las actividades que los particulares podrían llevar a cabo en las aguas sometidas a la soberanía o jurisdicción del Reino de España, les vincularían de manera mediata. En tal caso, deberían articularse como disposiciones normativas en la parte en que generasen tal grado de vinculación para la ciudadanía. Ello determinaría, además, que la no sustanciación del trámite de consulta pública previa careciera de justificación en los términos indicados en el artículo 26.2 de la Ley del Gobierno.

En definitiva, entiende el Consejo de Estado que resulta necesario que el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico defina, con rigor y precisión, la eficacia de los planes de ordenación del espacio marítimo en relación con los poderes públicos y con los particulares, ya sea como un todo, ya sea por partes. Del artículo 7.2 de la Ley de protección del medio marino, parece inferirse que la intención del legislador no es conferirles naturaleza normativa, sino una eficacia vinculante para las Administraciones públicas, a las que los planes ofrecerán un conjunto de directrices que facilitarán el proceso de toma de decisiones relacionadas con el espacio marítimo; y así debería señalarse en la Memoria, en el preámbulo o incluso en el texto articulado de la norma proyectada.

↻ *Dictamen 2048/2022, de 19 de enero de 2023.*

Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

Debe tenerse en cuenta que parte de los planes tienen naturaleza normativa, por lo que son de aplicación las disposiciones sobre el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general recogidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo que sigue, LPAC), con las particularidades que resultan del (…) régimen específico del procedimiento de elaboración y aprobación de los planes hidrológicos, establecido en el artículo 41 del TRLA y en los artículos 76 y ss. del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica (en lo que sigue, RPH), recientemente modificado mediante Real Decreto 1159/2021, de 28 de diciembre, con el fin, entre otros, de reforzar la armonización y coordinación de los distintos planes. De dicho régimen cabe señalar las siguientes reglas:

En primer lugar, se diferencia entre la fase de elaboración de los planes o fase interna (artículos 76 a 82 RPH) y la de aprobación. Aquella, la elaboración, han de llevarla a cabo los organismos de cuenca correspondientes; esta, la aprobación, compete al Gobierno mediante real decreto.

Un segundo aspecto se refiere al ámbito de las potestades que tiene el Gobierno con ocasión de la aprobación de los planes, y, en particular, en qué medida puede introducir cambios en los planes propuestos por los organismos de cuenca. A este respecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 40.5 y 6 del TRLA y el artículo 83.3 del RPH. De acuerdo con su tenor, cuando se trata de planes correspondientes a cuencas intercomunitarias, la aprobación debe hacerse «en los términos que estime procedentes en función del interés general». Cuando las cuencas son intracomunitarias, los planes «serán aprobados si se ajustan a las prescripciones de los artículos 40.1, 3 y 4 y 42 del texto refundido de la Ley de Aguas, no afectan a los recursos de otras cuencas y, en su caso, se acomodan a las determinaciones del Plan Hidrológico Nacional» (artículo 83.4, citado, en sentido análogo al apartado 6 del artículo 40 TRLA). De esta manera, se determina con precisión la diferente competencia que corresponde al Estado en relación con los planes de cuencas intercomunitarias, en los que tiene la potestad de adecuar su contenido en los términos en que sean procedentes en función del interés general; en cambio, en el caso de la aprobación de los planes intracomunitarios, como resulta del último inciso transcrito, la potestad está más acotada al examen de su conformidad con las prescripciones legales que ahí se citan.

↻ *Dictamen 2051/2022, de 19 de enero de 2023.*



