

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

MEMORIA ANUAL
SELECCIÓN DE DOCTRINA
Y DICTÁMENES

2023



Consejo Consultivo de Canarias

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

MEMORIA ANUAL SELECCIÓN DE DOCTRINA Y DICTÁMENES

2023



Que el Pleno del Consejo Consultivo, con asistencia de todos sus miembros, aprobó por unanimidad en sesión celebrada el día 15 de marzo de 2024, de conformidad con lo dispuesto en el art. 29.2. n) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias (Decreto 181/2005, de 26 de julio).

ISLAS CANARIAS

MMXXIV

SUMARIO

PRESENTACIÓN

Excmo. Sr. Presidente del Consejo Consultivo de Canarias

CAPÍTULO I

EL CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

Composición

Organización administrativa

Actividad institucional

CAPÍTULO II

FUNCIÓN CONSULTIVA

Procedimientos

Dictámenes

Instituciones consultantes

Reuniones del Pleno y Secciones

Votos particulares

Propuestas normativas dictaminadas y actuación posterior

Decretos-Leyes del Gobierno y dictamen preceptivo para su convalidación o derogación

CAPÍTULO III

ACTUACIÓN CONSULTIVA PRECEPTIVA

Actuación normativa

Actuación administrativa

CAPÍTULO IV

Asuntos Económicos

Biblioteca y publicaciones

Página web y Portal de transparencia

CAPÍTULO V

SELECCIÓN DE DOCTRINA

CAPÍTULO VI

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

La presente Memoria recoge la actividad desarrollada por el Consejo Consultivo de Canarias durante el ejercicio 2023.

En el periodo que comprende la presente Memoria se han emitido 546 dictámenes, de los cuales 39 correspondieron a materias competencia del Gobierno o del Parlamento de Canarias y 517 recayeron sobre asuntos de legalidad de la actuación de las Administraciones Públicas de Canarias.

Por lo que se refiere a los asuntos cuyo Dictamen compete al Pleno de esta Institución, se han dictaminado un total de dos proposiciones de ley, una de ellas de iniciativa legislativa popular. También el Pleno ha tenido ocasión de dictaminar cinco proyectos de ley, entre los que destacan el Proyecto de Ley de Economía Circular y el Proyecto de Ley de Biodiversidad y de los Recursos Naturales de Canarias, así como veinte proyectos de reglamento. Se une a todo ello una consulta gubernativa sobre medidas relativas a la reducción de la temporalidad en el empleo público y un convenio de colaboración para la gestión de la base de datos conjunta de la Red Española de Registros de Cáncer. Por último, como trámite previo a su convalidación por el Parlamento de Canarias, se han emitido dictámenes sobre diez decretos-leyes.

Sobre la actuación administrativa, de competencia de las Secciones, destacan los Dictámenes emitidos en materia de responsabilidad patrimonial de las distintas Administraciones, incluida la Administración sanitaria, por el funcionamiento del servicio público de su competencia (338 Dictámenes), en procedimientos de resolución o modificación de contratos administrativos (51), recursos extraordinarios de revisión (7) y revisión de oficio (111). Entre estos últimos, la declaración de nulidad de las contrataciones irregulares por parte

de las Administraciones Públicas de Canarias han constituido un total de 59 pronunciamientos de este Consejo.

Por otra parte, dicho periodo se ha caracterizado por una nula conflictividad competencial Estado-Comunidad Autónoma.

Por lo que se refiere a la actividad institucional del Consejo Consultivo, merece especial mención la asistencia de los miembros del Consejo a las *XXII Jornadas de la Función Consultiva*, organizadas por el Consejo Consultivo de La Rioja, que versaron sobre diversas cuestiones jurídicas de interés para el ejercicio de la función consultiva.

La presente Memoria reseña también lo concerniente a la actividad económica, así como de los distintos Servicios del Consejo Consultivo y se da cuenta asimismo de la actividad de la página web y portal de transparencia, a través de los cuales se dan a conocer los dictámenes emitidos, así como otros asuntos relacionados directamente con la organización y funcionamiento de la Institución.

Para finalizar, la Memoria incorpora una selección de doctrina de interés, así como de dictámenes relevantes emitidos durante este periodo.

Pablo Matos Mascareño

Presidente

CAPÍTULO I

EL CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

Composición

Organización administrativa

Actividad institucional

EL CONSEJO CONSULTIVO

El Portal de Transparencia del Consejo Consultivo, da cuenta en su Sección 2, Información institucional (2.1 Composición, 2.2 Organización, 2.3 Estructura administrativa, 2.4 Normativa) de los aspectos normativos, institucionales y organizativos de la Institución (<http://transparencia.consultivodecanarias.org>).

1. COMPOSICIÓN

1.1. La composición del Consejo Consultivo de Canarias durante el año 2023 es la siguiente:

Pleno
Presidente Excmo. Sr. D. Pablo Matos Mascareño
Consejeras y Consejeros Excma. Sra. D.ª Cristina de León Marrero Excma. Sra. D.ª María Rosa de Haro Brito Excma. Sra. D.ª Estella M.ª Marrero Sánchez Excmo. Sr. D. Alfredo Belda Quintana Excmo. Sr. Dr. D. Luis Fajardo Spínola Excmo. Sr. Dr. D. José Suay Rincón
Secretaria del Pleno Excma. Sra. D.ª Cristina de León Marrero
Letrada Mayor acc. Ilma. Sra. D.ª Begoña Delgado Castro
Secciones
Sección Primera: Excmo. Sr. Dr. D. Luis Fajardo Spínola (Presidente) Excma. Sra. D.ª María Rosa de Haro Brito (Secretaria) Excmo. Sr. Dr. D. José Suay Rincón
Sección Segunda: Excmo. Sr. D. Alfredo Belda Quintana (Presidente) Excma. Sra. D.ª Estella M.ª Marrero Sánchez (Secretaria) Excma. Sra. D.ª Cristina de León Marrero

2. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

2. 1. Normas reguladoras del Consejo

- ❖ **Estatuto de Autonomía de Canarias** (art. 44 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto) en vigor hasta el 5 de noviembre de 2018.
- ❖ **Estatuto de Autonomía de Canarias** (art. 58 de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, en vigor desde el 6 de noviembre de 2018).
- ❖ **Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias** (B.O.C. 77/2002, de 7 de junio), modificada por Ley 5/2011, de 17 de marzo, y Ley 3/2012, de 17 de mayo.
- ❖ **Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias**, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio, (B.O.C. 148, de 29 de julio). Modificaciones:
 - Decreto 75/2014, de 3 de julio, (B.O.C. 134/2014, de 14 de julio). En vigor desde el 15 de julio de 2014.
 - Decreto 3/2020, de 6 de febrero (B.O.C. 32, de 17 de febrero). En vigor desde el 18 de febrero de 2020.
- ❖ **Reglamento de Régimen Interior. Aprobado por Acuerdo del Pleno de 10 de enero de 2002**, (modificaciones posteriores): 15/01/2003, 20/06/2003, 05/05/2003, 03/10/2003, 29/04/2004, 11/05/2005, 25/07/2007, 23/06/2008, 20/09/2012, 17/01/2014, 17/03/2014, 9/07/2014, 30/12/2014, 10/02/2015, 3/03/2015, 24/04/2015, 15/07/2015, 29/07/2015, 26/11/2015, 26/01/2016, 26/01/2017, 04/07/2017, 19/07/2017, 05/12/2019 y 14/12/2023.
- ❖ **Instrucciones de servicio**
 - 1/2014, de 21 de abril, sobre comunicación interior por razón de servicio.
 - 3/2014, de 2 de julio, relativa a la adquisición de material informático.

- 4/2014, de 2 de julio, sobre funcionamiento y coordinación del Servicio de Asuntos Generales y relaciones con terceros.
- 5/2014, de 2 de julio, sobre normas generales de los operadores informáticos.
- 6/2014, de 2 de julio, sobre resolución de incidencias informáticas.
- 8/2014, de 19 de noviembre, del Pleno, sobre criterios de reparto del complemento de productividad del personal funcionario y eventual del Consejo. Modificada por acuerdo del Pleno de 25 de junio de 2015.
- 1/2016, de 12 de abril, de la Presidencia, por la que se aprueban las reglas de transparencia e información del Consejo Consultivo de Canarias.
- 1/2017, de 18 de julio, sobre prestación de servicios.
- 2/2017, de 18 de julio, sobre registro, valoración y custodia de documentos

❖ **Normativa del Parlamento de Canarias que afecta al personal del Consejo Consultivo**

- Texto Refundido del Reglamento por el que se regulan las mejoras sociales del personal que presta servicios en el Parlamento de Canarias, aprobado por acuerdo de la Mesa, de 25 de mayo de 2023, (B.O.P. n.º 187, de 12 de junio) . Desarrollo de los arts. 38, 39, 40, 41, 44 y 45 por Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Canarias de 14 de diciembre de 2023.
- Reglamento de 14 de junio de 2005, regulador de la concesión de anticipos reintegrables al personal que presta servicios en el Parlamento de Canarias. Modificado por Acuerdos de la Mesa del Parlamento de Canarias de 29 de mayo de 2014, de 29 de mayo de 2015 y 15 de marzo de 2018.

2. 2. Personal

- **Puestos de trabajo**

N.º de puesto	Denominación
1	Secretaria particular
2	Técnico responsable de la transparencia y acceso a la información pública y sistema de información
3	Subalterno-Conductor
4	Jefe de la Unidad de Asistencia Administrativa de la Función Consultiva (Pleno y Secciones)
5	Jefe de Registro y de Gestión de Expedientes de Acción Consultiva
6	Puesto singularizado
7	Auxiliar administrativo
8	Auxiliar administrativo
9	Auxiliar administrativo
10	Letrado
11	Letrado
12	Letrado
13	Letrado
14	Letrado
15	Letrado
16	Letrado
17	Letrado
18	Jefe de Servicio de Asuntos Generales, Económicos y Seguimiento Presupuestario
19	Jefe de Sección de Asuntos Generales, Económicos y Seguimiento Presupuestario
20	Jefe de Negociado de Habilitación/Nómina
21	Auxiliar administrativo
22	Subalterno-Conductor
23	Subalterno-Conductor
24	Titulado Superior
25	Operador
26	Operador

- **Letrados**

El Consejo Consultivo de Canarias está asistido, de acuerdo con los arts. 37-39 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, por un Cuerpo de Letrados.

Integran dicho Cuerpo de Letrados los siguientes funcionarios en activo por orden de antigüedad:

- D. Jorge Luis Méndez Lima (01.04.1986)¹
- D. ^a Begoña Delgado Castro (14.02.1992)²
- D. Fernando Ríos Rull (14.02.1992)
- D. ^a María del Pino Acosta Mérida (01.09.2005)
- D. Antonio Giralda Pereyra (01.09.2005)
- D. ^a Marta Cabrera Arrate (18.11.2011)³
- D. ^a Elena Zárate Altamirano (07.09.2018)⁴
- D. Lucas García Pacheco (06.09.2019)

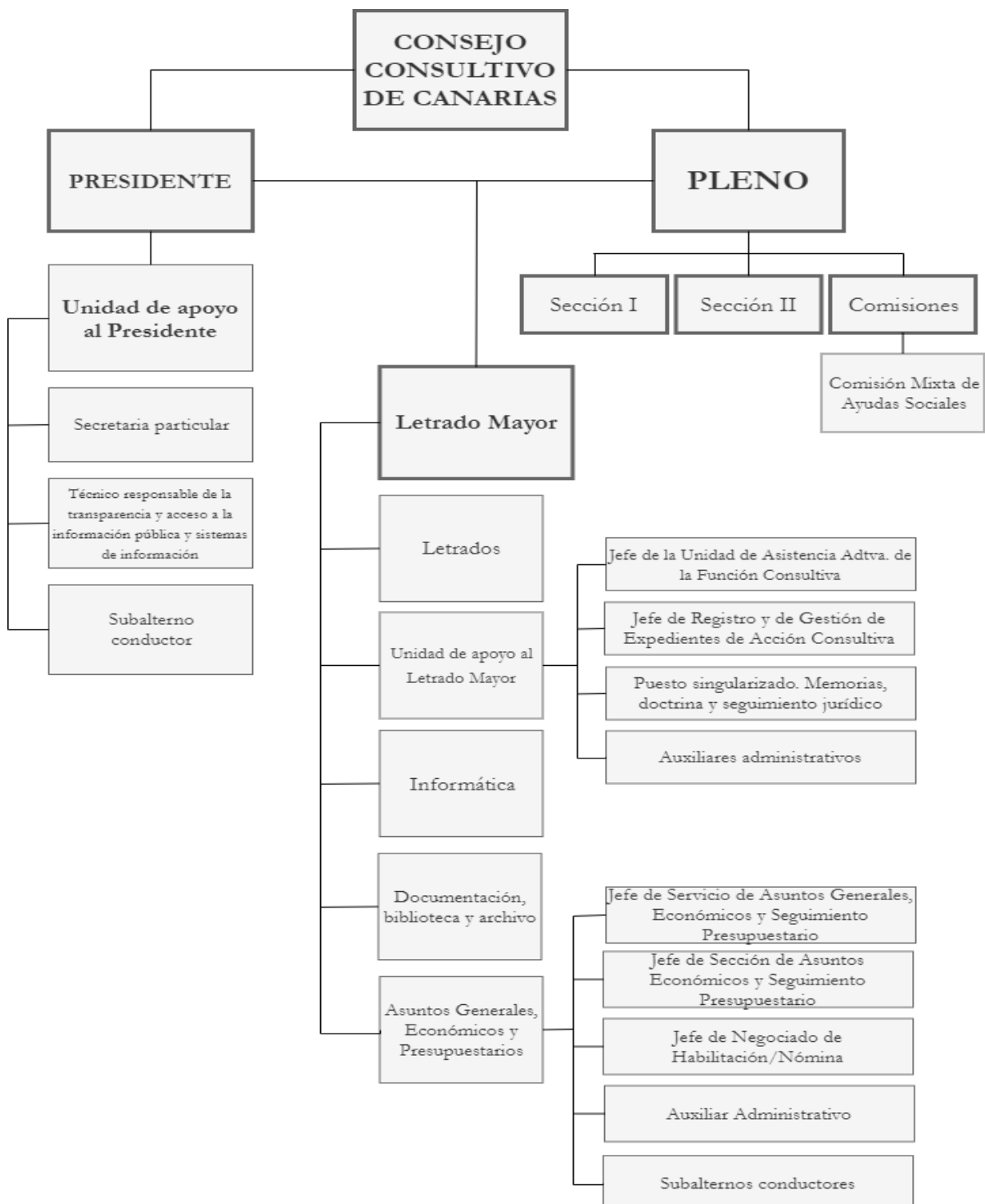
¹ Letrado en comisión de servicios en el Parlamento de Canarias hasta el 30 de noviembre de 2023. Desde el 1 de diciembre queda adscrito definitivamente al Parlamento de Canarias.

² Letrada Mayor accidental desde el 15 de junio de 2018.

³ Letrada en comisión de servicios en el Parlamento de Canarias desde el 1 de abril de 2023

⁴ Letrada en situación de servicios especiales desde el 2 de noviembre de 2023.

2. 3. Organigrama



3. ACTIVIDAD INSTITUCIONAL

- Durante los días 26 y 27 de octubre de 2023, el Consejo Consultivo de la Rioja celebró en el Palacio de Congresos de Logroño, las XXII Jornadas de la Función Consultiva a las que asistieron por parte de esta Institución, el Presidente D. Pablo Matos Mascareño, los Consejeros y Consejeras D. Alfredo Belda Quintana, D. Luis Fajardo Spínola, D.^a M.^a de Haro Brito, D.^a Cristina de León Marrero y D.^a Estella Marrero Sánchez y el Letrado D. Fernando Ríos Rull.

CAPÍTULO II

FUNCIÓN CONSULTIVA

Procedimientos

Dictámenes

Instituciones consultantes

Reuniones del Pleno y Secciones

Votos particulares

Propuestas normativas dictaminadas y actuación posterior

Decretos-leyes y dictamen preceptivo para su convalidación o derogación

FUNCIÓN CONSULTIVA

El Portal de Transparencia del Consejo Consultivo, da cuenta en su Sección 1, Noticias (1.1 Agenda, 1.2 Actividad, 1.3 Novedades) de la actividad consultiva de la Institución.

1. PROCEDIMIENTOS

1. 1. SOLICITUDES DE DICTAMEN: 629
- Naturaleza
• Preceptiva: 628
• Facultativa: 1
- Tipo de procedimiento
• Ordinario: 609
• De urgencia: 20
- Con quince días de emisión: 10
- Con fijación de día de emisión: 10

1. 2. Acuerdos de inadmisión:

Las causas de inadmisión fueron: la no preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo (8), por defectos procedimentales (7), por solicitud cursada por órgano no competente (1) y por concurrencia de varias causas (1).

Los expedientes afectados por las consultas no admitidas recayeron sobre las siguientes materias:

1. 2. 1. Indemnización por daños: Expedientes n.º 221/2023 y 445/2023.

1.2.2. Revisión de oficio: Expedientes n.º 57/2023, 92/2023, 218/2023, 380/2023, 496/2023, 501/2023, 502/2023, 530/2023, 566/2023 y 582/2023.

1.2.3. Contratos administrativos: Expedientes n.º 164/2023, 333/2023 y 521/2023.

1. 2. 4. Otros expedientes: : Expedientes n.º 272/2023 y 342/2023.

1. 3. Procedimientos incoados

En el periodo de la Memoria 2023, se incoaron 629 procedimientos de acción consultiva y se continuó con la tramitación de varios expedientes correspondientes al año 2022.

De esos 629 expedientes, 506 concluyeron en dictamen, además de los 39 dictados en expedientes iniciados en el año 2022, y 1 expediente iniciado en el año 2021.

2. DICTÁMENES

Desde el año 1985 hasta el 31 de diciembre de 2022, se han emitido 12.274 dictámenes, de los cuales 546 corresponden al periodo de la Memoria 2023.

DE COMPETENCIA DEL GOBIERNO
- Decretos-leyes: 10
- Proyectos de ley: 5
- Proyectos de reglamento: 20
• A aprobar por decreto: 19
• A aprobar por orden: 1
Consulta gubernativa: 1
Convenio de colaboración: 1
DE COMPETENCIA DEL PARLAMENTO
- Propositiones de ley: 2
DE LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE CANARIAS
- Contratos administrativos: 51
- Recurso extraordinario de revisión: 7
- Revisión de oficio: 111
- Indemnización por daños: : 338
▪ Servicio público sanitario: 79
▪ Servicio público viario y de carreteras: 170
▪ Otros servicios públicos: 89

3. INSTITUCIONES CONSULTANTES

De la Comunidad Autónoma: 214

- Presidente del Gobierno: 23
- Presidente del Parlamento: 16
- Consejerías: 175

De la Administración Local: 316

- Cabildos: 32
 - El Hierro: 2
 - Fuerteventura: 1
 - Gran Canaria: 16
 - La Gomera: 6
 - La Palma: 1
 - Lanzarote: 1
 - Tenerife: 5
- Ayuntamientos: 284
 - Adeje: 13
 - Agaete: 1
 - Agüimes: 5
 - Antigua: 5
 - Arona: 11
 - Arrecife: 5
 - Arucas: 4
 - El Rosario: 4
 - Granadilla de Abona: 5
 - Guía de Isora: 2
 - Haría: 1
 - Icod de los Vinos: 2
 - Ingenio: 5
 - La Frontera: 1
 - La Oliva: 9

- La Orotava: 8
- La Victoria de Acentejo: 1
- Las Palmas de G.C.: 91
- Los Realejos: 9
- Mazo: 7
- Mogán: 4
- Pájara: 13
- Puerto de la Cruz: 3
- Puerto del Rosario: 3
- San Andrés y Sauces: 1
- San Bartolomé de Lanzarote: 8
- San Bartolomé de Tirajana: 2
- San Cristóbal de La Laguna: 21
- San Miguel de Abona: 1
- Santa Brígida: 1
- Santa Cruz de La Palma: 6
- Santa Cruz de Tenerife: 16
- Santa Lucía: 5
- Santa M.^a de Guía: 1
- Santiago del Teide: 1
- Tacoronte: 4
- Tejeda: 1
- Telde: 3
- Teros: 1

Otros: 16

- Consejo Insular de Aguas de Tenerife: 3
- Consorcio de Emergencias de Gran Canaria: 5
- Consorcio de Prevención de Incendios de Tenerife: 1
- Mancomunidad del Suroeste de Gran Canaria: 1
- Organismo Autónomo de Fiestas Ayuntamiento de Tenerife: 2
- Puertos Canarios: 2
- Sociedad de Desarrollo de Santa Cruz de Tenerife: 1
- ULPGC: 1

4. REUNIONES DEL PLENO Y SECCIONES

El Pleno y las Secciones del Consejo han celebrado las siguientes reuniones:

4. 1. PLENO
- Sesiones plenarias: 36
- Dictámenes aprobados: 44
4. 2. SECCIONES
- Sección Primera:
- Sesiones: 38
- Dictámenes aprobados: 245
- Sección Segunda:
- Sesiones: 43
- Dictámenes aprobados: 257

5. VOTOS PARTICULARES

Se han presentado los siguientes votos particulares a los dictámenes siguientes por las Consejeras y Consejeros que se indican:

- Emitido por el Excmo. Sr. Consejero D. Luis Fajardo Spínola sobre el Dictamen 42/2023, de 1 de febrero, del Pleno, relativo al Proyecto de Ley de Biodiversidad y de los Recursos Naturales de Canarias.
- Emitido por el Excmo. Sr. Consejero D. Luis Fajardo Spínola sobre el Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, del Pleno, relativo a la propuesta de resolución del procedimiento de revisión de oficio para la declaración de la nulidad del contrato administrativo de obras de ampliación

del Cementerio San Urbano, bloques 1 y 2, realizadas por (...) y reflejadas en las facturas 2022-692 y facturas 2022-1964, por importe cada una de las facturas de 27.777,92 con IGIC incluido.

- Emitido por el Excmo. Sr. Consejero D. José Suay Rincón sobre el Dictamen 224/2023, del Pleno, relativo al Proyecto de Decreto por el que se regula la emisión de los informes vinculantes para el ejercicio de las competencias distintas de la propias y las delegadas por las entidades locales insulares y municipales de Canarias.

- Emitido por el Excmo. Sr. Consejero D. José Suay Rincón sobre el Dictamen 282/2023, del Pleno, relativo a la propuesta de resolución del contrato de obras «Acondicionamiento de solar en la calle Abenquareme 11, 13 y 15 de Santa Cruz de La Palma», adjudicado a la empresa (...).

- Emitido por el Excmo. Sr. Consejero D. José Suay Rincón sobre el Dictamen 321/2023, de 20 de julio, del Pleno, relativo al proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión General de Coordinación del Sistema Canario de Prevención e Intervención Integral contra la Violencia de Género.

- Emitido por el Excmo. Sr. Consejero D. Luis Fajardo Spínola sobre el Dictamen 360/2023, de 19 de septiembre del Pleno, en relación con el Decreto ley 5/2023, de 4 de septiembre, por el que se modifican las bonificaciones en la cuota tributaria del impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

- Emitido por el Excmo. Sr. Consejero D. Luis Fajardo Spínola sobre el Dictamen 452/2023, de 7 de noviembre del Pleno, en relación con Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la contratación del servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de

actividades socioculturales y escuela municipal de educación musical durante el periodo del 12 de abril al 31 de mayo de 2023.

- Emitido por el Excmo. Sr. Consejero D. José Suay Rincón sobre el Dictamen 467/2023, de 15 de noviembre del Pleno, en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato suscrito con la UTE Sala Angiografía, destinado a la ejecución de la «Obra Sala de Angiografía Mixta Tipo Arco en “C” de techo planta +1, zona UCI en el Hospital General de La Palma».

6. PROPUESTAS NORMATIVAS DICTAMINADAS Y ACTUACIÓN POSTERIOR

6. 1. PROPOSICIONES DE LEY

1. Dictamen 95/2023, de 9 de marzo⁵

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Parlamento de Canarias en relación con la Proposición de Ley de iniciativa legislativa popular de volcanes de Canarias.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Suay Rincón

2. Dictamen 163/2023, de 19 de abril⁶

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Parlamento de Canarias en relación con la Proposición de Ley sobre ampliación de los límites de la Reserva Natural Especial del Malpaís de la Rasca.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Suay Rincón

⁵ A fecha del cierre de la presente memoria, la norma no ha sido publicada en el B.O.C.

⁶ A fecha del cierre de la presente memoria, la norma no ha sido publicada en el B.O.C.

6. 2. PROYECTOS DE LEY

1. Dictamen 42/2023, de 1 de febrero⁷

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Ley de Biodiversidad y de los Recursos Naturales de Canarias.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Belda Quintana

2. Dictamen 51/2023, de 9 de febrero⁸

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Ley de ordenación general y coordinación supramunicipal de las policías locales canarias.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Matos Mascareño

3. Dictamen 96/2023, de 9 de marzo

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, en relación con el Proyecto de Ley de creación del Colegio Profesional de Pedagogía y de la Psicopedagogía de Santa Cruz de Tenerife.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sra. de León Marrero

Ley 6/2023, de 10 de abril, de creación del Colegio Profesional de Pedagogía y de la Psicopedagogía de Santa Cruz de Tenerife (B.O.C. n.º 77, de 20 de abril de 2023).

4. Dictamen 97/2023, de 9 de marzo

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, en relación con el Proyecto de Ley de creación del Colegio Profesional de Pedagogía y de la Psicopedagogía de Las Palmas de G.C.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sra. de León Marrero

Ley 5/2023, de 10 de abril, de creación del Colegio Profesional de Pedagogía y de la Psicopedagogía de Las Palmas de Gran Canaria (B.O.C. n.º 77, de 20 de abril de 2023).

⁷ A fecha del cierre de la presente memoria, la norma no ha sido publicada en el B.O.C.

⁸ A fecha del cierre de la presente memoria, la norma no ha sido publicada en el B.O.C.

5. Dictamen 362/2023, de 19 de septiembre⁹

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Ley de Economía Circular.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Matos Mascareño

6. 3. PROYECTOS DE DECRETO

En cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional segunda. 1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio, de los diecinueve proyectos de decreto dictaminados en este periodo por el Consejo, nueve se aprobaron de conformidad con el dictamen, cuatro “visto el dictamen” y seis de ellos no han sido publicados en el B.O.C. a fecha del cierre de la presente Memoria.

1. Dictamen 24/2023, de 19 de enero

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que establece la ordenación y el currículo de la educación secundaria obligatoria y del bachillerato en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sra. Marrero Sánchez

Decreto 30/2023, de 16 de marzo, por el que se establece la ordenación y el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Canarias (B.O.C. n. 58, de 23 de marzo de 2023).

2. Dictamen 133/2023, de 30 de marzo

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se regula la prestación económica por acogimiento

⁹ A fecha del cierre de la presente memoria, la norma no ha sido publicada en el B.O.C.

familiar de personas menores de edad tuteladas por la entidad pública con competencia en materia de protección de menores de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Fajardo Spínola

Decreto 50/2023, de 20 de abril, por el que se regula la prestación económica por acogimiento familiar de personas menores de edad tuteladas por la entidad pública con competencia en materia de protección de menores de la Comunidad Autónoma de Canarias (B.O.C. n.º 84, de 2 de mayo de 2023).

3. Dictamen 153/2023, de 17 de abril

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se designa la autoridad de ejecución de la Comunidad Autónoma de Canarias para el control del cumplimiento de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria y se regula su actuación.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sra. de Haro Brito

Decreto 58/2023, de 27 de abril, por el que se designa la autoridad de ejecución de la Comunidad Autónoma de Canarias para el control del cumplimiento de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, se establecen sus funciones y actuación, y se modifica el reglamento Orgánico de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca, aprobado por Decreto 110/2018, de 23 de julio (B.O.C. n.º 88, de 8 de mayo).

4. Dictamen 154/2023, de 17 de abril

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se regulan los servicios de atención a la clientela, las características y el procedimiento de obtención de las hojas de reclamaciones y su tramitación administrativa en las relaciones de consumo.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Belda Quintana

Decreto 90/2023, de 25 de mayo, por el que se regulan los servicios de atención a la clientela, las características y el procedimiento de obtención de las hojas de reclamaciones y su tramitación administrativa en las relaciones de consumo (B.O.C. n.º 109, de 7 de junio de 2023).

5. Dictamen 155/2023, de 17 de abril

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el catálogo de Servicios y Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Canarias, se determinan los requisitos y condiciones de acceso a los servicios y prestaciones del Sistema y el procedimiento de su actuación y revisión.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Matos Mascareño

Decreto 57/2023, de 27 de abril, por el que se aprueba el catálogo de Servicios y Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Canarias, se determinan los requisitos y condiciones de acceso a los servicios y prestaciones del Sistema y el procedimiento de su actuación y revisión (B.O.C. n.º 89, de 9 de mayo de 2023).

6. Dictamen 181/2023, de 25 de abril

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se regula la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo del personal empleado público de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y sus organismos públicos vinculados o dependientes.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sra. de León Marrero

Decreto 74/2023, de 11 de mayo, por el que se regula la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo del personal empleado público de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y sus organismos públicos vinculados o dependientes (B.O.C. n.º 99, de 23 de mayo de 2023).

7. Dictamen 202/2023, de 10 de mayo

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto de Régimen de Gobierno y Análisis de Datos del Sistema Estadístico de Canarias.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sra. Marrero Sánchez

Decreto 89/2023, de 25 de mayo, régimen de gobierno y análisis de Datos del Sistema Estadístico de Canarias (B.O.C. n.º 109, de 7 de junio de 2023).

8. Dictamen 215/2023, de 16 de mayo

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se crea el Consejo canario de defensa de la competencia y se regula su procedimiento de funcionamiento.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Suay Rincón

Decreto 85/2023, de 25 de mayo, por el que se crea el Consejo Canario de Defensa de la Competencia y se regula su procedimiento de funcionamiento (B.O.C. n.º 107, de 5 de junio de 2023).

9. Dictamen 224/2023, de 23 de mayo

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se regula la emisión de los informes vinculantes para el ejercicio de competencias distintas de la propias y las delegadas por las entidades locales insulares y municipales de Canarias.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sra. de Haro Brito

Decreto 91/2023, de 25 de mayo, por el que se regula la emisión de los informes vinculantes para el ejercicio de competencias distintas de la propias y las delegadas por las entidades locales insulares y municipales de Canarias (B.O.C. n.º 109, de 7 de junio de 2023).

10. Dictamen 234/2023, de 25 de mayo¹⁰

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se desarrolla el régimen jurídico de los encargos en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y se determinan los requisitos para el reconocimiento de las entidades pertenecientes al sector público autonómico como medios propios personificados respecto de las entidades locales canarias.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Fajardo Spínola

11. Dictamen 235/2023, de 25 de mayo

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto de modificación del Decreto 89/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad de intermediación turística.

¹⁰ A fecha del cierre de la presente memoria, la norma no ha sido publicada en el B. O. C.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Belda Quintana

Decreto 362/2023, de 11 de septiembre, de modificación del Decreto 89/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad de intermediación turística (B.O.C. n.º 185, de 19 de septiembre de 2023).

12. Dictamen 294/2023, de 29 de junio¹¹

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se regula la calificación de deportistas de alto rendimiento y de deportista autóctono de alto nivel de Canarias y se establecen medidas de apoyo.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Matos Mascareño

13. Dictamen 321/2023, de 20 de julio

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión General de Coordinación del Sistema Canario de Prevención e Intervención Integral contra la Violencia de Género.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sra. Marrero Sánchez

Decreto 354/2023, de 4 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión General de Coordinación del Sistema Canario de Prevención e Intervención Integral contra la Violencia de Género (B.O.C. n.º 180, de 12 de septiembre de 2023).

14. Dictamen 346/2023, de 27 de julio¹²

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto de protección de la atmósfera de Canarias.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sra. de León Marrero

¹¹ A fecha del cierre de la presente memoria, la norma no ha sido publicada en el B. O. C.

¹² A fecha del cierre de la presente memoria, la norma no ha sido publicada en el B. O. C.

15. Dictamen 361/2023, de 19 de septiembre¹³

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se crea el Comité Consultivo para la Igualdad Social y no Discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales y se aprueba su Reglamento de organización y funcionamiento.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Suay Rincón

16. Dictamen 415/2023, de 19 de octubre

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de perros de asistencia para personas con discapacidad en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sra. de Haro Brito

Decreto 403/2023, de 13 de noviembre, 1 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de perros de asistencia para personas con discapacidad en la Comunidad Autónoma de Canarias (B.O.C. n.º 230, de 22 de noviembre de 2023).

17. Dictamen 429/2023, de 24 de octubre¹⁴

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de organización y el funcionamiento de los Centros del Profesorado de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Belda Quintana

18. Dictamen 484/2023, de 21 de noviembre

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los criterios generales de selección y promoción del Cuerpo General de la Policía Canaria.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Matos Mascareño

¹³ A fecha del cierre de la presente memoria, la norma no ha sido publicada en el B. O. C.

¹⁴ A fecha del cierre de la presente memoria, la norma no ha sido publicada en el B. O. C.

Decreto 438/2023, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los criterios generales de selección y promoción del Cuerpo General de la Policía Canaria (B.O.C. n.º 252, de 27 de diciembre de 2023).

19. Dictamen 532/2023, de 24 de diciembre¹⁵

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto mediante el que se modifica el Decreto 154/2002, de 24 de octubre, por el que se regula el transporte terrestre sanitario, con el fin de posibilitar que los vehículos con una antigüedad superior a diez años puedan continuar con la prestación de sus servicios hasta el 31 de diciembre de 2025.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sra. Marrero Sánchez

6. 4. PROYECTOS DE ORDEN

El proyecto de orden dictaminado en este periodo por el Consejo, se aprobó de conformidad con el dictamen.

1. Dictamen 201/2023, de 8 de mayo

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Orden por el que aprueba el reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Emitido por: El Pleno

Ponente: Sr. Matos Mascareño

Orden de 17 de mayo de 2023, por la que aprueba el reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (B.O.C. n.º 102, de 26 de mayo de 2023).

¹⁵ A fecha del cierre de la presente memoria, la norma no ha sido publicada en el B. O. C.

7. DECRETOS-LEYES DEL GOBIERNO Y DICTAMEN PRECEPTIVO PARA SU CONVALIDACIÓN O DEROGACIÓN POR EL PARLAMENTO DE CANARIAS

1. Decreto ley 14/2022¹⁶, de 22 de diciembre, por el que se prueba el abono de una prestación extraordinaria a las personas titulares de la Prestación Canaria de Inserción para compensar el aumento de los precios de los productos básicos durante el año 2022.

- **Dictamen 11/2023, de 13 de enero.**
 - Emitido por: El Pleno
 - Ponente: Sra. de Haro Brito
- **Convalidación (B.O.C n.º 22, de 1 de febrero).**

2. Decreto ley 15/2022¹⁷, de 29 de diciembre, por el que se prorroga la aplicación del tipo cero en el Impuesto General Indirecto Canario para combatir los efectos del COVID-19 y se modifican otras normas tributarias.

- **Dictamen 12/2023, de 13 de enero.**
 - Emitido por: El Pleno
 - Ponente: Sra. de León Marrero
- **Convalidación (B.O.C n.º 22, de 1 de febrero).**

3. Decreto ley 1/2023, de 26 de enero por el que se modifican determinadas medidas autonómica en el Impuesto sobre la Renta de la Personas Física y en la regulación del tipo cero en el Impuesto General Indirecto Canario aplicable a determinados bienes destinados a la actividad ganadera.

- **Dictamen 61/2023, de 16 de febrero.**
 - Emitido por: El Pleno
 - Ponente: Sra. Marrero Sánchez
- **Convalidación (B.O.C n.º 48, de 27 de febrero).**

¹⁶ El Decreto ley fue publicado en el año 2022

¹⁷ El Decreto ley fue publicado en el año 2022

4. Decreto ley 2/2023, de 23 de febrero, por el que se aprueba el abono de una prestación extraordinaria a las personas titulares de las Pensiones No Contributivas, del Fondo de Asistencia Social y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos residente en la Comunidad Autónoma de Canarias, para paliar los efectos sociales derivados de la pandemia producidos por la covid-a9 durante el año 2022, así como se modifican puntualmente algunos aspectos de la ley 5/2022, de 19 de diciembre de Renta Canaria de Ciudadanía.

- **Dictamen 98/2023, de 9 de marzo.**
 - Emitido por: El Pleno
 - Ponente: Sr. Fajardo Spínola
- **Convalidación (B.O.C n.º 66, de 3 de abril).**

5. Decreto ley 3/2023, de 23 de marzo, por el que se aprueban las condiciones y las cuantías máximas de las prestaciones económicas Vinculada al servicio y la de Cuidados en el entorno familiar y de apoyo a personas cuidadoras no profesionales, reguladas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, aplicables en la Comunidad Autónoma de Canarias.

- **Dictamen 152/2023, de 13 de abril.**
 - Emitido por: El Pleno
 - Ponente: Sra. de Haro Brito
- **Convalidación (B.O.C n.º 60, de 27 de marzo).**

6. Decreto ley 4/2023, de 25 de mayo, por el que se prorroga la aplicación del tipo cero en el Impuesto General Indirecto Canario para combatir los efectos del COVID-19 y para la recuperación de diversas actividades en la isla de La Palma.

- **Dictamen 259/2023, de 8 de junio.**
 - Emitido por: El Pleno
 - Ponente: Sr. Belda Quintana
- **Convalidación (B.O.C n.º 121, de 22 de junio).**

7. Decreto ley 5/2023, de 4 de septiembre, por el que se modifican las bonificaciones en la cuota tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

- **Dictamen 360/2023, de 19 de septiembre.**
 - Emitido por: El Pleno
 - Ponente: Sra. de León Marrero

- **Convalidación (B.O.C n.º 175, de 5 de septiembre).**

8. Decreto ley 6/2023, de 25 de septiembre, por el que se prorroga la aplicación del tipo cero en el Impuesto General Indirecto Canario para la recuperación de diversas actividades en la isla de La Palma y para combatir los efectos del COVID-19.

- **Dictamen 414/2023, de 19 de octubre.**
 - Emitido por: El Pleno
 - Ponente: Sra. Marrero Sánchez
- **Convalidación (B.O.C n.º 193, de 29 de septiembre).**

9. Decreto ley 7/2023, de 9 de octubre, de creación de la Administración General del ente público Radiotelevisión Canaria (RTVC).

- **Dictamen 428/2023, de 24 de octubre.**
 - Emitido por: El Pleno
 - Ponente: Sra. de Haro Brito
- **Convalidación (B.O.C n.º 200, de 21 de noviembre).**

10. Decreto ley 8/2023, de 6 de noviembre, por el que se modifica la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico.

- **Dictamen 483/2023, de 20 de noviembre.**
 - Emitido por: El Pleno
 - Ponente: Sr. Suay Rincón
- **Convalidación (B.O.C n.º 218, de 6 de noviembre).**

CAPÍTULO III

ACTUACIÓN CONSULTIVA PRECEPTIVA

Actuación normativa

Actuación administrativa

ACTUACIÓN CONSULTIVA PRECEPTIVA

1. ACTUACIÓN NORMATIVA

I. 1. DECRETOS LEYES

Dictámenes emitidos: 10

DDCC: **11/023, 12/2023, 61/2023, 98/2023, 152/2023, 259/2023, 360/2023, 414/2023, 428/2023 y 483/2023.**

I. 2. PROPOSICIONES DE LEY

Dictámenes emitidos: 2

DDCC: **95/2023 y 163/2023.**

I. 3. PROYECTOS DE LEY

Dictámenes emitidos: 5

DDCC: **42/2023, 51/2023, 96/2023, 97/2023 y 362/2023.**

I. 4. PROYECTOS DE REGLAMENTO

Dictámenes emitidos: 20

- **Proyectos de decreto: 19**

DDCC: **24/2023, 133/2023, 153/2023, 154/2023, 155/2023, 181/2023, 202/2023, 215/2023, 224/2023, 234/2023, 235/2023, 294/2023, 321/2023, 346/2023, 361/2023, 415/2023, 429/2023, 484/2023 y 532/2023.**

- **Proyectos de orden: 1**

DCC: **201/2023.**

2. ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

II. 1. SERVICIOS PÚBLICOS DE CARRETERAS Y MUNICIPAL VIARIO

Dictámenes emitidos: 170

II. 1. 1. Carreteras

Dictámenes emitidos: 21

DDCC: 2/2023, 5/2023, 93/2023, 101/2023, 105/2023, 123/2023, 168/2023, 169/2023, 218/2023, 242/2023, 256/2023, 271/2023, 310/2023, 314/2023, 359/2023, 418/2023, 421/2023, 426/2023, 474/2023, 50/2023 y 546/2023.

HECHOS LESIVOS

- Obstáculo en la vía: 6
- Señalización/seguridad: 1
- Desprendimientos: 4
- Sustancias/pavimento deslizantes: 6
- Conservación y mantenimiento: 3
- Canalización de aguas: 1

II. 1. 2. Vías públicas

Dictámenes emitidos: 149

DDCC: 1/2023, 9/2023, 14/2023, 21/2023, 23/2023, 31/2023, 39/2023, 40/2023, 45/2023, 47/2023, 49/2023, 57/2023, 58/2023, 63/2023, 74/2023, 80/2023, 82/2023, 83/2023, 84/2023, 91/2023, 99/2023, 100/2023, 104/2023, 106/2023, 108/2023, 117/2023, 119/2023, 124/2023, 125/2023, 126/2023, 128/2023, 143/2023, 149/2023, 151/2023, 157/2023, 159/2023, 161/2023, 167/2023, 172/2023, 186/2023, 187/2023, 191/2023,

194/2023, 199/2023, 200/2023, 203/2023, 204/2023, 212/2023, 220/2023, 226/2023, 232/2026, 238/2023, 240/2023, 248/2023, 251/2023, 253/2023, 254/2023, 255/2023, 261/2023, 265/2023, 267/2023, 270/2023, 278/2023, 279/2023, 281/2023, 286/2023, 297/2023, 300/2023, 301/2023, 306/2023, 312/2023, 313/2023, 316/2023, 319/2023, 320/2023, 322/2023, 323/2023, 324/2023, 334/2023, 337/2023, 339/2023, 341/2023, 343/2023, 345/2023, 349/2023, 351/2023, 352/2023, 353/2023, 354/2023, 357/2023, 370/2023, 371/2023, 374/2023, 375/2023, 376/2023, 378/2023, 379/2023, 388/2023, 391/2023, 397/2023, 400/2023, 402/2023, 406/2023, 410/2023, 411/2023, 430/2023, 431/2023, 432/2023, 434/2023, 437/2023, 438/2023, 439/2023, 440/2023, 441/2023, 442/2023, 443/2023, 449/2023, 450/2023, 451/2023, 454/2023, 456/2023, 459/2023, 460/2023, 462/2023, 464/2023, 466/2023, 473/2023, 480/2023, 481/2023, 482/2023, 486/2023, 487/2023, 488/2023, 489/2023, 490/2023, 491/2023, 492/2023, 494/2023, 502/2023, 505/2023, 506/2023, 507/2023, 509/2023, 514/2023, 516/2023, 517/2023, 523/2023, 525/2023 y 526/203.

HECHOS LESIVOS

- Conservación y mantenimiento: 102
- Obstáculo en la vía: 18
- Sustancias/pavimento deslizantes: 24
- Señalización/seguridad: 5

SENTIDO DE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y DEL DICTAMEN EMITIDO

Propuestas de resolución desestimatorias: 130

- Dictamen de conformidad con la desestimación: 79
- Dictamen de conformidad parcial con la desestimación: 1
- Dictamen de disconformidad con la desestimación: 21

- Dictamen de disconformidad con retroacción: 29

Propuestas de resolución estimatorias: 19

- Dictamen de conformidad con la estimación: 10
- Dictamen de conformidad parcial con la estimación: 1
- Dictamen de disconformidad con la estimación: 1
- Dictamen de disconformidad con retroacción: 6
- No se entró en el fondo: 1

Propuestas de resolución de estimación parcial: 14

- Dictamen de conformidad con la estimación parcial: 7
- Dictamen de conformidad parcial con la estimación parcial: 1
- Dictamen de disconformidad con la estimación parcial: 3
- Dictamen de disconformidad con retroacción: 3

Propuestas de inadmisión: 6

- Dictamen de conformidad con la inadmisión: 4
- Dictamen de disconformidad con retroacción: 2

Propuesta de desistimiento: 1

- Dictamen de disconformidad con retroacción: 1

II. 2. SERVICIO PÚBLICO SANITARIO**Dictámenes emitidos: 79**

DDCC: 8/2023, 10/2023, 13/2023, 15/2023, 16/2023, 25/2023, 32/2023, 41/2023, 46/2023, 52/2023, 65/2023, 66/2023, 71/2023, 79/2023, 85/2023, 86/2023, 89/2023, 90/2023, 94/2023, 120/2023, 121/2023, 127/2023, 134/2023, 135/2023, 136/2023,

145/2023, 146/2023, 148/2023, 160/2023, 166/2023, 178/2023, 180/2023, 183/2023, 188/2023, 189/2023, 192/2023, 193/2023, 208/2023, 209/2023, 217/2023, 223/2023, 227/2023, 233/2023, 237/2023, 243/2023, 257/2023, 258/2023, 263/2023, 264/2023, 266/2023, 275/2023, 276/2023, 285/2023, 293/2023, 296/2023, 299/2023, 302/2023, 307/2023, 377/2023, 385/2023, 387/2023, 392/2023, 393/2023, 404/2023, 420/2023, 433/2023, 448/2023, 458/2023, 471/2023, 512/2023, 515/2023, 521/2023, 527/2023, 534/2023, 535/2023, 536/2023, 538/2023, 541/2023 y 542/2023.

HECHOS LESIVOS

- **Mala praxis: (50):**

- Operación quirúrgica con daños/secuelas, etc. (24)
- Atención inadecuada/con daños, etc, durante embarazo-parto (11)
- Infección hospitalaria (2)
- Alta prematura (1)
- Consentimiento informado (1)
- Ausencia, daños, etc de pruebas diagnósticas (2)
- Falta de seguimiento, control y supervisión de enfermedad (2)
- Tratamiento:
 - Con lesiones (2)
 - Tardío (4)
 - Inadecuado (1)

- **Diagnóstico: (20)**

- Erróneo (13)
- Tardío (7)

- **Otros: (9)**

- No traslado a otro centro hospitalario (1)

- Reintegro de gastos en la sanidad privada (3)
- Falta de consentimiento exposición imágenes (1)
- Atención inadecuada, escasa, etc. (2)
- Daños durante traslado en ambulancia: 1
- Error en motivo de fallecimiento (1)

SENTIDO DE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN/ACUERDO INDEMNIZATORIO Y DEL DICTAMEN EMITIDO**Propuestas de Resolución desestimatorias: 74**

- Dictamen de conformidad con la desestimación: 66
- Dictamen de disconformidad con la desestimación: 1
- Dictamen de disconformidad con retroacción: 7

Propuestas de resolución de estimación parcial: 4

- Dictamen de conformidad con la estimación parcial: 1
- Dictamen de conformidad parcial con la estimación parcial: 2
- Dictamen de disconformidad con la estimación parcial: 1

Propuesta de acuerdo indemnizatorio: 1

- Dictamen de conformidad con el acuerdo indemnizatorio: 1

II. 3. OTROS SERVICIOS PÚBLICOS**Dictámenes emitidos: 89**

DDCC: 7/2023, 34/2023, 43/2023, 44/2023, 53/2023, 54/2023, 56/2023, 64/2023, 67/2023, 75/2023, 77/2023, 78/2023, 88/2023, 92/2023, 107/2023, 109/2023, 111/2023,

112/2023, 113/2023, 114/2023, 122/2023, 139/2023, 140/2023, 141/2023, 144/2023, 150/2023, 156/2023, 162/2023, 164/2023, 165/2023, 177/2023, 179/2023, 182/2023, 184/2023, 190/2023, 196/2023, 198/2023, 211/2023, 219/2023, 221/2023, 225/2023, 229/2023, 231/2023, 239/2023, 246/2023, 274/2023, 277/2023, 280/2023, 283/2023, 289/2023, 290/2023, 298/2023, 305/2023, 315/2023, 317/2023, 325/2023, 331/2023, 332/2023, 333/2023, 342/2023, 344/2023, 350/2023, 355/2023, 363/2023, 365/2023, 380/2023, 381/2023, 390/2023, 394/2023, 403/2023, 407/2023, 408/2023, 413/2023, 419/2023, 435/2023, 444/2023, 445/2023, 446/2023, 447/2023, 455/2023, 485/2023, 495/2023, 493/2023, 504/2023, 511/2023, 513/2023, 519/2023, 522/2023 y 543/2023.

HECHOS LESIVOS

- **Aguas/alcantarillado: (6)**

- Daños a vivienda (4)
- Vertido de aguas residuales (1)
- Filtración de aguas(1)

- **Asuntos sociales:(12)**

- Dependencia (12)

- **Contratación: (3)**

- Explotación de servicio de bar (1)
- Concurso de proyectos (1)
- Sobrecostos (1)

- **Deportes: (3)**

- Prueba deportiva (3)

- **Edificación y actividades: (1)**
 - Cierre de restaurante (1)
- **Educación: (1)**
 - Vigilancia/seguridad (1)
- **Fiestas: (5)**
 - Suspensión de fiestas: (3)
 - Suspensión parcial de contrato: (1)
 - Dilación en ejecución de contrato (1)
- **Función pública: (8)**
 - Accidente laboral (2)
 - Proceso selectivo (4)
 - Lista de reserva (1)
 - Nombramiento funcionario (1)
- **Grúa municipal: (1)**
 - Daños a vehículo (1)
- **Mantenimiento de instalaciones: (13)**
 - Cementerio municipal (1)
 - Centro hospitalario (1)
 - Parque urbano/infantil (4)
 - Puerto deportivo (1)
 - Centro deportivo (1)

- Zona de baño (2)
- Jardines centro educativo (1)
- Marquesina (1)
- Área canina (1)

- **Medio ambiente: (1)**
 - Retirada de papeleras (1)

- **Obras e infraestructuras públicas: (11)**
 - Aval bancario (1)
 - Daños a vivienda/inmueble/etc. (5)
 - Daños en red de riego (1)
 - Humedades: (1)
 - Sobrecostes (1)
 - Sustancia deslizante (1)
 - Vado (1)

- **Parques y jardines: (10)**
 - Caída de árbol/palmera (4)
 - Daños a vivienda (2)
 - Restos de palmera (1)
 - Filtración de agua (1)
 - Falta de poda (1)
 - Tierra en la calzada (1)

- **Puertos: (1)**
 - Daños a embarcación (1)

- **Sanidad: (1)**
 - Patente (1)

- **Subvenciones: (3)**
 - Impago (3)

- **Tráfico y movilidad: (1)**
 - Licencia de taxi (1)

- **Tratamiento de residuos: (1)**
 - Incendio nave punto limpio (1)

- **Urbanismo: (7)**
 - Licencia (6)
 - Inactividad ante denuncia (1)

SENTIDO DE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y DEL DICTAMEN EMITIDO

Propuestas de Resolución desestimatorias: 60

- Dictamen de conformidad con la desestimación: 33
- Dictamen de disconformidad con la desestimación 16
- Dictamen de disconformidad con retroacción de actuaciones: 11

Propuestas de Resolución estimatorias: 13

- Dictamen de conformidad con la estimación: 5
- Dictamen de conformidad parcial con la estimación: 1
- Dictamen de disconformidad con la estimación: 1

- Dictamen de disconformidad con retroacción: 3
- No se entró en el fondo: 3

Propuestas de resolución de estimación parcial: 6

- Dictamen de conformidad con la estimación parcial: 4
- Dictamen de conformidad parcial con la estimación parcial: 1
- No se entró en el fondo: 1

Propuestas de inadmisión: 9

- Dictamen de conformidad con la inadmisión: 2
- Dictamen de conformidad parcial con la inadmisión: 2
- Dictamen de disconformidad con la inadmisión: 2
- Dictamen de disconformidad con retroacción: 2
- No se entró en el fondo del asunto: 1

Propuesta de archivo: 1

- Dictamen de disconformidad con retroacción: 1

II. 4. REVISIÓN DE OFICIO**Dictámenes emitidos: 111**

DDCC: 3/2023, 6/2023, 17/2023, 18/2023, 19/2023, 20/2023, 28/2023, 30/2023, 37/2023, 38/2023, 48/2023, 55/2023, 68/2023, 70/2023, 72/2023, 115/2023, 116/2023, 118/2023, 138/2023, 170/2023, 171/2023, 173/2023, 174/2023, 176/2023, 185/2023, 195/2023, 197/2023, 205/2023, 206/2023, 210/2023, 213/2023, 228/2023, 230/2023, 244/2023, 245/2023, 247/2023, 249/2023, 250/2023, 262/2023, 268/2023, 269/2023, 272/2023, 273/2023, 284/2023, 292/2023, 303/2023, 304/2023, 308/2023, 309/2023,

311/2023, 318/2023, 326/2023, 327/2023, 328/2023, 330/2023, 335/2023, 336/2023, 338/2023, 356/2023, 358/2023, 364/2023, 366/2023, 367/2023, 368/2023, 369/2023, 372/2023, 382/2023, 383/2023, 384/2023, 386/2023, 395/2023, 398/2023, 399/2023, 409/2023, 412/2023, 417/2023, 422/2023, 423/2023, 424/2023, 425/2023, 427/2023, 436/2023, 452/2023, 461/2023, 465/2023, 468/2023, 469/2023, 470/2023, 472/2023, 476/2023, 478/2023, 479/2023, 469/2023, 497/2023, 498/2023, 499/2023, 500/2023, 501/2023, 503/2023, 510/2023, 518/2023, 528/2023, 529/2023, 530/2023, 531/2023, 533/2023, 537/2023, 539/2023, 540/2023, 544/2023 y 545/2023.

CAUSAS DE REVISIÓN

Singulares: 95

- Carecer de requisitos esenciales: **21**
- Lesionar derechos y libertades: **8**
- Órgano manifiestamente incompetente: **4**
- Prescindir del procedimiento establecido: **62**

Mixtas: 16

- Lesionar derechos y libertades y prescindir del procedimiento establecido: **8**
- Lesionar derecho y libertades, acto de contenido imposible y prescindir del procedimiento establecido: **1**
- Carecer de requisitos esenciales y establecido en disposición con rango de ley: **1**
- Prescindir del procedimiento establecido y carecer de requisitos esenciales: **1**
- Prescindir del procedimiento establecido y carecer de requisitos esenciales: **1**
- Prescindir del procedimiento establecido, carecer de requisitos esenciales y establecido en disposición con rango de ley: **1**
- Lesionar derechos y libertades y prescindir del procedimiento establecido y carecer de requisitos esenciales: **1**

- Órgano manifiestamente incompetente y prescindir el procedimiento establecido: **1**
- Falta de solvencia técnica y carencia o insuficiencia de crédito: **1**

SENTIDO DE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y DEL DICTAMEN EMITIDO

Propuestas de resolución desestimatorias: 23

- Dictamen de conformidad con la desestimación: 19
- Dictamen de conformidad parcial con la estimación: 1
- Dictamen de disconformidad con la estimación: 3

Propuestas de resolución estimatorias: 75

- Dictamen de conformidad con la estimación: 38
- Dictamen de conformidad parcial con la estimación: 4
- Dictamen de disconformidad con la estimación: 28
- Dictamen de disconformidad con retroacción: 1
- No se entró en el fondo: 4

Propuesta de resolución de estimación parcial: 1

- Dictamen de conformidad con la estimación parcial: 1

II. 5. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Dictámenes emitidos: 7

DDCC: 22/2023, 129/2023, 130/2023, 131/2023, 222/2023, 329/2023, 453/2023,

SUPUESTOS DE REVISIÓN

- Error de hecho que resulte de los documentos del expediente: 3
- Aparición de documentos de valor esencial: 4

SENTIDO DE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y DEL DICTAMEN EMITIDO**Propuestas de resolución desestimatorias: 2**

- Dictamen de conformidad con la desestimación: 2

Propuestas de resolución estimatorias: 5

- Dictamen de conformidad con la estimación: 5

II. 6. CONTRATOS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS**Dictámenes emitidos: 51**

DDCC: 4/2023, 26/2023, 27/2023, 29/2023, 33/2023, 35/2023, 36/2023, 50/2023, 59/2023, 60/2023, 62/2023, 69/2023, 73/2023, 76/2023, 81/2023, 87/2023, 102/2023, 103/2023, 110/2023, 132/2023, 137/2023, 142/2023, 147/2023, 158/2023, 175/2023, 207/2023, 214/2023, 236/2023, 241/2023, 252/2023, 282/2023, 287/2023, 288/2023, 291/2023, 295/2023, 340/2023, 347/2023, 348/2023, 373/2023, 389/2023, 396/2023, 401/2023, 405/2023, 416/2023, 457/2023, 463/2023, 467/2023, 475/2023, 477/2023, 520/2023 y 524/2023.

SUPUESTOS

- Resolución de contratos: 32
- Nulidad de contratos: 14

- Modificación de contratos: 4
- Extinción de concesiones administrativas: 1

SENTIDO DE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y DEL DICTAMEN EMITIDO

Resolución de contratos: 32

- Dictamen de conformidad con la resolución propuesta: 22
- Dictamen de conformidad parcial con la resolución propuesta: 1
- Dictamen de disconformidad con la resolución propuesta: 4
- Dictamen de disconformidad con retroacción con la res. propuesta: 3
- No se entró en el fondo del asunto: 2

Nulidad de contratos: 14

- Dictamen de conformidad con la nulidad: 2
- Dictamen de disconformidad con la nulidad propuesta: 12

Extinción de concesiones administrativas: 1

- Dictamen de conformidad con la extinción: 1

Modificación de contratos: 4

- No se entró en el fondo del asunto: 1
- Dictamen de disconformidad con la modificación propuesta: 1
- Dictamen de disconformidad con retroacción con la modificación propuesta: 2

CAPÍTULO IV

Asuntos económicos

Biblioteca y publicaciones

Página web y Portal de transparencia

1. ASUNTOS ECONÓMICOS

Memoria económica

En la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2023, la dotación global asignada a este Consejo Consultivo de Canarias, Sección 01 - Servicio 03 – Programa 911F, ascendió a la cantidad de 3.193.512 euros.

La distribución por Capítulos fue la siguiente:

Capítulo I – Gastos de Personal: 2.622.802 euros.

Capítulo II – Gastos Corrientes y de Servicios: 490.650 euros

Capítulo VI – Inversiones Reales: 55.000 euros

Capítulo VIII – Activos Financieros: 25.060 euros

Dicho presupuesto fue objeto de una incorporación de crédito por remanente procedente del ejercicio 2022 por importe de 830.000 euros cuya distribución por Capítulos fue la siguiente:

Capítulo I – Gastos de Personal: 211.000 euros.

Capítulo II – Gastos Corrientes y de Servicio: 295.000 euros.

Capítulo IV – Transferencias corrientes: 8.000 euros

Capítulo VI – Inversiones Reales: 281.000 euros.

Capítulo VIII – Activos Financieros: 35.000 euros.

Por consiguiente, el crédito total para el ejercicio 2023 ascendió a la cantidad de 4.023.512 euros.

Capítulo I – Gastos de Personal: 2.833.802 euros.

Capítulo II – Gastos Corrientes y de Servicio: 785.650 euros.

Capítulo IV – Transferencias corrientes: 8.000 euros

Capítulo VI – Inversiones Reales: 336.000 euros.

Capítulo VIII – Activos Financieros: 60.060 euros.

Con respecto a la ejecución del presupuesto a 31 de diciembre de 2022, se realizaron pagos por importe de 2.969.028,53 euros, quedando en fase de " pendiente de pago" un importe de 28.474,11 euros, por lo que el total del presupuesto ejecutado durante el ejercicio ascendió a la cantidad de 2.997.502,64 euros, lo que supuso una ejecución del 74,5% aproximadamente del mismo, cuyo detalle por Capítulo fue:

Capítulo I – Gastos de Personal: 2.376.030,50 euros.

Capítulo II – Gastos Corrientes y de Servicio 503.087,14 euros.

Capítulo IV – Transferencias corrientes: 2.000 euros

Capítulo VI – Inversiones Reales: 105.809,10 euros.

Capítulo VIII – Activos Financieros: 10.575,90 euros.

A continuación, se realiza un resumen de la ejecución del presupuesto por cada uno de los Capítulos presupuestarios.

Capítulo I: Gastos de Personal.

El crédito inicial asignado a este Capítulo fue de 2.622.802 euros. Dicho importe fue incrementado en 211.000 euros mediante incorporación de crédito por remanente procedente del ejercicio 2022, lo que supuso un crédito total de 2.833.802 euros.

Una vez finalizado el ejercicio presupuestario, el total de pagos realizados correspondiente al mismo ascendió a la cantidad de 2.376.030,50 euros, pagos correspondientes al abono de las nóminas y los costes patronales a la seguridad social del personal, al reconocimiento de 11 trienios (de los cuales 8 corresponden a personal funcionario y 3 a altos cargos que tienen la condición de personal al servicio del Sector Público), a la póliza del seguro colectivo de vida y accidente del personal y altos cargos que prestan servicios en este Organismo, a los gastos de asistencia médico-farmacéutica, al abono de un premio de jubilación y por último, al abono de la aportación inicial de este Consejo Consultivo al Plan de Pensiones del Parlamento de Canarias, una vez producida la adhesión al mismo. Ello supuso una ejecución del presupuesto del 83,85%. La no ejecución de la totalidad del presupuesto se debió principalmente a la existencia en la plantilla de personal de esta Institución de varios puestos de trabajo que en la actualidad continúan sin cubrir como son: el puesto de Letrado Mayor, correspondiente a la plantilla de Altos Cargos, tres puestos de trabajo en la plantilla del personal funcionario, de los cuales dos de ellos corresponde a dos puestos de letrado (la titular de un puesto se encuentra en situación de excedencia por incompatibilidad en el desempeño de puesto público y la titular del otro

puesto se encuentra en situación de comisión de servicios en un puesto de trabajo del Parlamento de Canarias) y por último, un puesto de técnico de transparencia que se encuentra vacante. La valoración de los citados puestos de trabajo, incluyendo los costes a la seguridad social, ascendió a un importe aproximado de 365.000 euros, según valoración a 31 de diciembre de 2023. Asimismo, el expediente de las ayudas de estudios solicitadas por el personal, que supuso un importe de 12.098,21 euros, fueron presupuestas y no abonadas con cargo a dicho presupuesto. Por último, al objeto de la adhesión del Consejo Consultivo al Plan de Pensiones del Parlamento de Canarias, se solicitó una dotación presupuestaria por importe de 163.000 euros, realizándose una aportación inicial al mismo por importe de 132.812,85 euros.

A lo expuesto, se debe añadir que, como consecuencia de las bajas médicas de personal tramitadas a lo largo del ejercicio, se abonó en nómina el concepto de prestación delegada de la seguridad social cuyo importe se ve reflejado en la disminución de los costes patronales.

En cuanto a la ejecución del presupuesto cabe destacar lo siguiente:

En el mes de enero se abonó en nómina la actualización de las retribuciones de todo el personal, de conformidad con el Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023 y la Ley 31/2022, de 28 de diciembre, de Presupuesto Generales del Estado para el año 2023, donde se establece que, durante el año 2023, tanto las retribuciones del personal al servicio del sector público como la masa salarial del personal laboral no podrán experimentar un crecimiento global superior al 2,5% respecto de las vigentes a 31 de diciembre de 2022. Asimismo, en función de la evolución del IPCA Y PIB, podrán aplicarse incrementos adicionales en los términos previstos en el art. 19.Dos.2 de la citada Ley 31/2022. En tal sentido, la Mesa del Parlamento de Canarias, en reunión celebrada el 19 de enero de 2023 adoptó, entre otros, el acuerdo sobre retribuciones del Personal al servicio del Parlamento de Canarias para el año 2023 en el que se estableció un incremento retributivo del 2,5% respecto a las retribuciones vigentes a 31 de diciembre de 2022.

Asimismo, tras la publicación de la Resolución de 5 de octubre de 2023, de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, dependiente del Ministerio de Hacienda y Función Pública, por la que dictan instrucciones sobre el pago al personal de Sector Público Estatal del incremento retributivo adicional del 0,5% vinculado a la evolución del IPCA en el art.

19.Dos.2.a) de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (BOE nº 239, de 6 de octubre), la Mesa del Parlamento, en reunión celebrada el día 2 de noviembre de 2023 adoptó, entre otros, el incremento adicional del 0,5% de las retribuciones del personal al servicio del Parlamento de Canarias para el año 2023 respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2022. Dicho incremento se realizó en la nómina del mes de noviembre de 2023.

En el mes de marzo, se prorrogó el contrato del seguro colectivo de vida y accidentes para el personal y Altos Cargos de este Consejo Consultivo de Canarias por un año, desde el 1 de abril de 2023 hasta el 31 de marzo de 2024 con la empresa PREVISIÓN BALEAR, M.P.S por un importe de 14.737,18 euros, de conformidad con lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas que rigió la contratación. El anuncio de licitación se publicó en la plataforma de contratación del Estado con fecha 7 de febrero de 2022 por un presupuesto máximo de licitación de 19.500 euros y por un periodo de 1 año, prorrogable por 1 años más, y se adjudicó a la citada empresa por Resolución del Presidente n.º 13/2022, de 29 de marzo.

Capítulo II: Gastos Corrientes y de Servicios.

El crédito inicial asignado a este Capítulo ascendió a 490.650 euros. Posteriormente, mediante incorporación de crédito por remanente procedente del ejercicio 2022 se incrementó por importe de 295.000 euros al objeto de dotar diversas aplicaciones presupuestarias cuya dotación inicial era insuficiente para hacer frente a las previsiones de gastos durante el ejercicio, ello supuso un crédito total en este Capítulo de 785.650 euros.

Con respecto a la ejecución del presupuesto al cierre del ejercicio 2023 los pagos realizados ascendieron a la cantidad de 475.066,51 euros quedando en fase de “pendiente de pago” con cargo a este ejercicio presupuesto un importe de 28.020,63 euros, por lo que la ejecución total ascendió a la cantidad de 503.087,14 euros, ello supone un 64,04% de ejecución. El porcentaje de ejecución del presupuesto se encuentra justificado principalmente, por los motivos que a continuación se detallan:

1.- En la aplicación presupuestaria 212.00 “Reparación, Conservación y mantenimiento de Edificios y otras construcciones”, el crédito total tras la incorporación de crédito ascendió a 150.000 euros y los pagos realizados ascendieron a un importe de 70.550 euros. Con cargo a esta aplicación presupuestaria estaba prevista la realización de varias obras y trabajos de reparación, conservación y mantenimiento en los edificios del Consejo Consultivo de Canarias, obras y trabajos que debían haber comenzado una vez

finalizada la obra de instalación de un nuevo sistema contra incendios y de la nueva instalación eléctrica de la Casa Montañés. La finalización de esta obra estaba prevista, tras haberse autorizado varias ampliaciones de plazo, para finales del mes de marzo, si bien nuevamente se produjeron retrasos en los suministros de los materiales a instalar en la misma, por lo que la certificación de final de obra se produjo a finales del mes de junio de 2023. Tras su finalización se realizaron obras y reparaciones necesarias y previas a la mudanza del personal y altos cargos que tienen ubicados sus despachos en la Casa Montañés, que se detallarán. Todo ello ha motivado la imposibilidad de culminar el resto de los trabajos inicialmente previstos con cargo a esta aplicación presupuestaria, obras que están previstas ejecutar a lo largo del ejercicio 2024.

2.- Con respecto al resto de las aplicaciones presupuestarias de este Capítulo, en concreto las aplicaciones presupuestarias 227.06 “Estudios, trabajos técnicos y honorarios profesionales” y 227.09 “Otros trabajos realizados por empresas”, durante el ejercicio 2023 estaba prevista la licitación de diversas contrataciones, tales como el mantenimiento de los servidores, la administración electrónica, el programa de gestión de expedientes, la preparación de la licitación para la contratación del seguro de vida colectivo del personal del Consejo Consultivo, la licitación de la agencia de viajes, etc. Para ello, se precisa el asesoramiento técnico necesario para la redacción de los Pliegos Técnicos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que han de regir las citadas contrataciones, dado que el Consejo Consultivo carece del personal técnico necesario. Asimismo, se realizó la contratación de un arquitecto para coordinar las distintas obras que se realizaron durante el ejercicio presupuestario 2023, si bien, dado que todas las licitaciones no ejecutadas estaban condicionadas en gran medida a la finalización de la obra de la nueva instalación eléctrica de la Casa Montañés, no fue posible llevar a cabo las licitaciones previstas.

En cuanto a la ejecución del presupuesto cabe destacar entre otras contrataciones la realización de las siguientes obras:

- La reparación parcial de cubiertas del patio y la puerta principal y la reparación de ventanas, contrataciones que se realizaron con la empresa CONSTRUCCIONES FELIPE MÉNDEZ, S.L. por importe de 37.372,15 euros y 3.732,31 euros respectivamente.
- La reparación del suelo de madera (lijado y barnizado) de la parte principal de la Casa Montañés cuya contratación se realizó con la empresa OROTAVA PROPINSE, S.L.U. por un importe de 14.784,19 euros.

- La obra de rehabilitación y reestructuración del jardín del patio principal de la Casa Montañés, contratada con la empresa POA - JARDINERIA por importe de 7.049,47 euros.

Asimismo, durante este ejercicio presupuestario se han tramitado como contratos menores un total de 228 expedientes, principalmente contrataciones de servicios, suministros y obras menores, todos ellos necesarios para el buen funcionamiento de este Consejo Consultivo de Canarias. A continuación se señalan entre otras las siguientes contrataciones menores:

- Mantenimiento de los jardines de este Consejo Consultivo con la empresa SIMPROMI, S.L. por importe de 4.481,40 euros.

- Mantenimiento de las fotocopiadoras (asistencia técnica y consumibles) con las empresas XEROX ESPAÑA, S.A. y MARTÍN BALMES SISTEMAS, S.L. por importes de 4.940,36 euros y 1.200 euros respectivamente.

- Copias de seguridad externa y servicio de Hosting para el Consejo Consultivo de Canarias con la empresa ATLANTIS, TECNOLOGÍAS Y SISTEMAS S.L. por importes de 1.540,80 euros y 1.990,20 euros respectivamente.

- Renovación de la licencia anual para el mantenimiento del sistema integrado del programa de gestión de biblioteca Absysnet con la empresa BARATZ SERVICIOS DE TELEDOCUMENTACIÓN por importe de 1.776,29 euros.

- Renovaciones de licencias informáticas con diversas empresas para cubrir las necesidades de los sistemas, de los usuarios y del almacenamiento de contenido de la página web por importe de 14.800,42 euros.

- Renovación de las contrataciones que a continuación se detallan, en ejecución del Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Canarias de 13 de abril de 2016, de la puesta en común de los recursos digitales y bases de datos del Parlamento de Canarias y sus Instituciones dependientes: Audiencia de Cuentas de Canarias, Consejo Consultivo de Canarias y Diputado del Común.

- 1.- La suscripción de 1 licencia de base de datos personalizada con la empresa WOLTERS KLUWER ESPAÑA S.A. por importe de 2.021,10 euros.

2.- La suscripción de 15 licencias de base de datos de WESTLAW INSIGNIS con la empresa EDITORIAL ARANZADI por importe de 132.111,78 euros.

3.- La suscripción de 2 licencias de base de datos a la empresa TIRANT LO BLANCH por importe de 1.637,10 euros.

Contratación del servicio de Prevención de Riesgos Laborales (Vigilancia de la Salud y especificaciones técnicas) con la empresa QUIRÓN PREVENCIÓN, S.L. por un periodo de un año y por importe de 3.301,56 euros.

Asimismo, se PRORROGARON las siguientes contrataciones:

- Contratación del suministro de energía eléctrica y el acceso a redes de los edificios administrativos del Consejo Consultivo de Canarias con la empresa ENDESA ENERGÍA S.A. por un periodo de 2 años, desde el 1 de marzo de 2023 hasta el 28 de febrero de 2025 y por un importe anual de 11.533,08 Euros.

- Contratación del servicio de gestión de horario del personal del Consejo Consultivo de Canarias por la empresa MHP SERVICIOS DE CONTROL, S.L por un periodo de dos años, desde el 1 de agosto de 2023 hasta el 31 de julio de 2025 y por un importe total de 2.889,12 euros.

- Contratación del servicio de telecomunicaciones, referente al sistema de red de datos e internet, telefonía fija y móvil con las empresas UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. – TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U por un periodo de 1 año, desde el 1 de agosto de 2023 hasta el 31 de julio de 2024 y por un importe de 26.732,88 euros.

- Contratación del servicio del servicio integral de limpieza con la empresa ILUNION LIMPIEZA Y MEDIOAMBIENTE. S.A. por un periodo de 1 año, sede el 1 de octubre de 2023 hasta el 30 de septiembre de 2024 y por un importe de 62.517,84 euros.

- Contratación del servicio de vigilancia y seguridad con la empresa TOTAL SECURITY MANAGEMENT, S.L. por un periodo de un año, desde el 1 de diciembre de 2023 hasta el 30 de noviembre de 2024 y por un importe de 152.587,56 euros.

Por último, con cargo a la aplicación presupuestaria 230.00 “Indemnizaciones por razón del servicio”, el crédito inicial asignado a la misma ascendió a la cantidad de 35.000 euros realizándose una incorporación de crédito por importe de 10.000, lo que supone una cantidad total de 45.000 euros. Durante el ejercicio 2023 se realizaron pagos por importe de 60.635,24 euros, de los cuales se abonaron expedientes del ejercicio 2022 por un importe de 16.396,39 euros. Dicho importe corresponde a la expedición de billetes, alojamientos y pagos de las liquidaciones de dietas relativas a la asistencia de los Altos Cargos y personal de esta Institución a las XXIV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía celebradas en Sevilla y al Congreso de Derecho Urbanístico celebrado en Santa Cruz de La Palma. A ello hay que añadir las liquidaciones de dietas, billetes y alojamientos de las reuniones celebradas en la sede de este Consejo Consultivo correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2022.

Asimismo, se abonaron las liquidaciones de dietas, billetes y alojamientos para la asistencia de las reuniones celebradas durante el ejercicio 2023 en la sede del Consejo Consultivo de Canarias, así como la asistencia en el mes de marzo de 2023 al XX Congreso anual de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE9) celebradas en Cáceres.

Capítulo IV: Transferencias corrientes.

En este capítulo se solicita, mediante incorporación de crédito por remanentes procedentes del ejercicio 2022, la creación y dotación presupuestaria de la aplicación 446.02 “Subvenciones a Universidades”, por importe de 8.000 euros, al objeto de cubrir el coste plurianual (2023-2026) asumido por el Consejo Consultivo como entidad patrocinadora de Estudios Autonómicos y Culturales “Gumersindo Trujillo”.

Capítulo VI: Gastos de Inversión.

El crédito inicial asignado a este Capítulo ascendió a la cantidad de 55.000 euros. Dicho importe se incrementó mediante incorporación de crédito por remanente por importe de 281.000 euros, lo que supone una dotación total de 336.000 euros, al objeto de dotar entre otras, las aplicaciones presupuestarias:

-632.00 “Inversión en Edificios y otras construcciones”. Aplicación presupuestaria destinada a la liquidación de la finalización de las obras de Instalaciones de baja tensión y cableado estructurado e Instalaciones de protección contra incendios de la Casa Montañés. Para dichas obras se estimó un importe de 90.000 euros y el pago total realizada con la

liquidación de final de obra, que se produjo a finales del mes de junio de 2023, ascendió a la cantidad de 73.182,30 euros.

Se dotaron asimismo la aplicación presupuestaria 624.00 “Elementos de transporte” al objeto de licitar la adquisición de un nuevo vehículo oficial, licitación que se delegó al Parlamento de Canarias, ya que se simplifica la adquisición del mismo y la aplicación presupuestaria 625.00 “Mobiliario y enseres” para dar cobertura a la adquisición de diverso mobiliario una vez hubiera finalizado la citada obra, sin que fuese posible su ejecución.

Por último, con respecto a la aplicación presupuestaria 640.00 “Aplicaciones informáticas”, dado que el funcionamiento de las mismas estaba condicionado a la finalización de la obra de la nueva instalación eléctrica, no fue posible su ejecución al tratarse de programas informáticos específicos diseñados para esta Institución.

En cuanto a la ejecución del presupuesto, el total de pagos realizados con cargo a este Capítulo fue de 105.355,62 euros quedando en fase “pendiente de pago” un importe de 453,48 euros, lo que supone un pago total de 105.809,10 euros y una ejecución del 31,50% del presupuesto debido a las razones expuestas.

Capítulo VIII: Anticipos reintegrables.

Este Capítulo, destinado a la concesión de anticipos reintegrables al personal, fue presupuestado inicialmente con 25.060 euros, si bien, al estar supeditada la concesión de los mismos a la dotación presupuestaria dentro de cada Servicio y Capítulo se incrementó el mismo en 35.000 euros mediante incorporación de crédito por remanente procedente del ejercicio 2022. Durante el presente ejercicio se ha concedido un solo anticipo reintegrable por importe de 10.575,90 euros.

2. BIBLIOTECA Y PUBLICACIONES

A. Biblioteca

Acceso a publicaciones por internet

- ACTUALIDAD JURÍDICA ARANZADI
- ANUARIO DE DERECHO CONCURSAL
- ARANZADI AL DÍA (ALERTA DIARIA POR E-MAIL)
- BIBLIOTECA-SMARTECA/WOLTERS KLUWER
- CUADERNOS CÍVITAS DE JURISPRUDENCIA CIVIL
- CUADERNOS DE DERECHO PÚBLICO
- DERECHO Y PROCESO PENAL
- LA LEY/ ACTUALIDAD ADMINISTRATIVA
- EL CONSULTOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
- EL CONSULTOR URBANÍSTICO
- LA LEY/ CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA PRÁCTICA
- LA LEY/PRÁCTICA URBANÍSTICA
- MEMENTO ADMINISTRATIVO
- MEMENTO RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
- MEMENTO URBANISMO
- MEMENTO CONTRATOS PÚBLICOS
- MEMENTO CANARIAS/IGIC Y OTROS REGÍMENES FISCALES
- MEMENTO EMPLEADO PÚBLICO
- MEMENTO SEGURIDAD SOCIAL
- MEMENTO ADMINISTRACIONES LOCALES
- MEMENTO HACIENDA E IMPUESTOS LOCALES
- MEMENTO PROCESAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
- REVISTA ARANZADI DOCTRINAL

- REVISTA ARANZADI DE DERECHO AMBIENTAL
- REVISTA ARANZADI DE NUEVAS TECNOLOGÍAS
- REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y AUTONÓMICA
- REVISTA DE DERECHO PATRIMONIAL
- REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO ADMINISTRATIVO
- REVISTA ESPAÑOLA DE LA UNIÓN EUROPEA
- REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO FINANCIERO
- REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO
- REVISTA DE URBANISMO Y EDIFICACIÓN ARANZADI
- REVISTA CATALANA DE DERECHO PÚBLICO
- REVISTA HACIENDA CANARIA
- REVISTA ARANZADI DE DERECHO DEL DEPORTE Y ENTRETENIMIENTO
- REVISTA DE FISCALIDAD INTERNACIONAL Y NEGOCIOS TRANSNACIONALES
- REVISTA DE DERECHO DE SOCIEDADES
- WESTLAW INSIGNIS
- LEFEVRE-EL DERECHO
- TIRANT ONLINE PREMIUM – BIBLIOTECA VIRTUAL
- REVISTA JURÍDICA DE CANARIAS
- REVISTA TEORÍA Y DERECHO
- REVISTA DE DERECHO PÚBLICO
- REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

Adquisición de publicaciones 2023

Entre las publicaciones adquiridas por este Consejo durante el periodo correspondiente a la Memoria 2023 se destacan las siguientes:

- ✓ Calidad democrática y Parlamento. José Tudela Aranda y Mario Kölling. Marcial Pons. 2020.

- ✓ Manual sobre contrato menor. Antonio Benítez Ostos. Aranzadi. 2021.
- ✓ Practicum de contratos públicos. Alberto Palomar Olmeda. Aranzadi. 2022.
- ✓ Cabildos y personalidad insular. VVAA. Cosmológica, número 2. (Ejemplar facilitado gratuitamente por el Cabildo de La Palma). 2022.
- ✓ Lecciones de Derecho Administrativo adaptado al EEES. José Suay Rincón. La Casa del Abogado. 2020.
- ✓ La protección del informante en el Derecho español. José Miguel Bueno Sánchez y José María Ayala De La Torre. Aranzadi. 2023.
- ✓ Reglamento del Parlamento de Canarias. (ejemplares facilitados gratuitamente por el Parlamento de Canarias). 2023.
- ✓ Las mutaciones del Principio de legalidad administrativa (Bases constitucionales y dogmáticas del Derecho Administrativo). Francisco Lorenzo Hernández González. Iustel. 2023.
- ✓ Manual de Derecho Constitucional Volumen I. Luis López Guerra. Tirant lo Blanch. 2022
- ✓ Doctrina de los Consejos Consultivos de España. Consejo Consultivo de Andalucía. Colex. 2023.
- ✓ Justicia constitucional comparada. Silvia Bagni y Matteo Nicolini. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2022.
- ✓ Argumentación jurídica. Fundamentos teóricos y elementos prácticos. Juan Antonio García Amado. Tirant lo Blanch. 2022.
- ✓ Anuario de Derecho Administrativo sancionador 2023. Manuel Rebollo Puig. Civitas. 2023.
- ✓ La educación cívica en España y en perspectiva internacional. Adrian P.V. Kúhn. Marcial Pons. 2022.
- ✓ Guía rápida Canal de denuncias. Ley 2/2023. Francis Lefebvre. 2023.

- ✓ Crítica del constitucionalismo feminista. Ignacio Álvarez Rodríguez. Atelier. 2020.
- ✓ Derecho Público, entre el poder y un audaz desafío por el Estado de Derecho (dos tomos). José Suay Rincón. Atelier. 2023.
- ✓ Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común. Miguel Ángel Recuerda Girela. Aranzadi. 2016.
- ✓ Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana. Comentario sistemático al Texto Refundido de 30 de octubre de 2015. Enrique Sánchez Goyanes. Aranzadi. 2022.
- ✓ La figura del contrato menor en la contratación pública española. Beariz Vázquez Fernández. Aranzadi. 2023.
- ✓ Mecanismo para la ampliación del parque público de vivienda. El impacto de la Ley estatal por el derecho a la vivienda. Berta Bastús Ruiz. Atelier. 2023.
- ✓ Entre la Segunda y Tercera República. Alejandro Nieto. Comares. 2023.
- ✓ Planes administrativos. Una teoría general del plan como forma de actuación de la Administración. José María Rodríguez de Santiago. Marcial Pons. 2023.
- ✓ Constitución española, Estatuto de Autonomía de Canarias y Reglamento del Parlamento de Canarias. (ejemplares facilitados gratuitamente por el Parlamento de Canarias). 2023.
- ✓ Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021. VVAA. Civitas. 2021.
- ✓ El Derecho Administrativo Transitorio. Ultraactividad, retroactividad y normas transitorias en las leyes administrativas. Francisco José Villar Rojas. Iustel. 2023.
- ✓ El Plan de Ordenación de los espacios marítimos. Consideraciones sobre su carácter vinculante y los instrumentos de control preventivo. María Zambonino Pulito. Iustel. 2023.
- ✓ La transformación de la Administraciones Públicas de Canarias. VVAA. La Ley. 2023. (Ejemplares facilitados gratuitamente por el Gobierno de Canarias).
- ✓ El régimen jurídico del teletrabajo en las administraciones públicas. Josep Ramon Fuentes i Gasó e Iñaki Lasagabaster Herrarte. Tirant lo Blanch. 2023.

B. Publicaciones del Consejo

Memoria anual 2022

La Memoria Anual de Actividades del Consejo Consultivo correspondiente al periodo 2022 ha sido publicada en la web del Consejo Consultivo de Canarias con fecha 18 de octubre de 2022.

3. PÁGINA WEB Y PORTAL DE TRANSPARENCIA



Portal de Transparencia

Mapa web y descripción del contenido

1. NOTICIAS

- 1.1. Agenda
- 1.2. Actividad
- 1.3. Seguimiento parlamentario
- 1.4. Novedades
- 1.5. Archivo cronológico

2. INFORMACIÓN INSTITUCIONAL

- 2.1. Composición
- 2.2. Organización
- 2.3. Estructura administrativa
- 2.4. Normativa

3. INFORMACIÓN ECONÓMICO FINANCIERA

3.1. Presupuestos

3.2. Ejecución presupuestaria

4. RETRIBUCIONES / OTROS GASTOS

4.1. Retribuciones altos cargos

4.2. Retribuciones Letrado Mayor del Consejo Consultivo de Canarias

4.3. Retribuciones del personal

4.4. Indemnizaciones por razón del servicio

5. CONTRATOS Y CONVENIOS

5.1. Contratos por procedimiento abierto

5.2. Contratos menores

5.3. Mesa de contratación

5.4. Convenios

6. INFORMACIÓN SOBRE EL PATRIMONIO

6.1. Inmuebles

6.2. Vehículos oficiales

7. ESTADÍSTICAS

8. ENLACES

8.1. Aviso Legal

8.2. Solicitar información. Procedimiento

8.3. Contacto

8.4. Créditos

CAPÍTULO V

Selección de doctrina

SELECCIÓN DE DOCTRINA

1. Responsabilidad patrimonial

1. 1. En general

A. Procedimiento

A. 1. Omisión de trámites esenciales

Asimismo, la Propuesta de Resolución desestima la reclamación formulada por la interesada, al considerar el órgano instructor que no se ha probado la existencia de relación de causalidad entre las obras municipales y los daños reclamados, tanto porque no se ha acreditado el propio hecho lesivo, como la existencia de un daño antijurídico, sin embargo, tal como consta en el expediente, no se ha abierto el pertinente trámite probatorio para poder llegar a dicha conclusión.

En este sentido, la Propuesta de Resolución entiende que *«el mencionado trámite es, por lo tanto, un trámite discrecional para la Administración que se da cuando existen dudas sobre los hechos alegados y cuando la naturaleza del procedimiento o los interesados lo exijan»*. Tampoco puede compartir este Consejo Consultivo la interpretación de la norma efectuada por la Administración, y ello porque el art. 77.2 LPACAP dispone que *«cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes»*, esto es, conforme a lo prescrito por este precepto, la posibilidad de abrir el periodo de prueba no queda al arbitrio del instructor, como una facultad discrecional del mismo, cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados, como sucede en el presente expediente en el que se niega, no sólo la existencia de relación de causalidad, sino incluso la propia existencia del daño, sino que, por el contrario, le obliga a la apertura de un periodo de prueba. A estos efectos, la norma está ordenando la realización de una actividad al emplear el verbo *“acordará”*, no dice *“podrá acordar”*, en cuyo caso sí se podría entender que la decisión queda en manos del instructor, pero no ese no es el caso, toda vez que la norma al utilizar la expresión *«acordará»* está imponiendo al instructor la obligación de abrir un período de prueba.

En consecuencia, es necesario retrotraer las actuaciones y acordar la apertura del trámite probatorio, pues se funda ante todo la Propuesta de Resolución en la falta de prueba del daño, sin que se haya concedido a la interesada el preceptivo trámite al efecto, causándole, pues, una evidente indefensión. En este sentido, tal y como señaláramos en nuestro Dictamen 220/2020, de 3 de junio de 2020, «la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1997, que recogiendo las SSTC 43/1989 (EDJ 1989/1852), 101/1990 (EDJ 1990/5855), 6/1992 (EDJ 1992/270) y 105/95 (EDJ 1995/3109), aclara que para que pueda apreciarse una posible indefensión contraria al art. 24.1 CE (EDL 1978/3879), es necesario que esta sea material y no meramente formal, lo que implica que el pretendido defecto haya supuesto un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa y que la indefensión padecida no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del interesado; no procediendo, en ningún caso, la retroacción de las actuaciones cuando el resultado del litigio hubiera permanecido inalterable de no haberse producido la omisión denunciada; de semejante tenor la STS 11-11-2000, que apunta que para dar lugar a la nulidad de las actuaciones es necesario que concurran, por una parte, unos claros y manifiestos defectos de forma, y por otra que estos defectos hayan causado indefensión a quien denuncia el defecto; añadiendo que se precisa, además, que no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que pongan fin al proceso, y que estas no sean susceptibles de recurso.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008 estableció que “La efectividad de la indefensión requiere la concurrencia de determinados requisitos, y así: Que el análisis de la indefensión se realice siempre en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso (STC 145/1986, de 24 de noviembre (EDJ 1986/145)); que se produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida poder defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso jurisdiccional [SSTC 186/1998 (EDJ 1998/30678), 145/1990 (EDJ 1990/8850), 230/1992 (EDJ 1992/12339), 106/1993 (EDJ 1993/2815), 185/1994 (EDJ 1994/14449), 1/1996 (EDJ 1996/15), 89/1997 (EDJ 1997/2615), entre otras muchas], y que ese menoscabo esté en relación con la infracción de normas procesales y no responda a otras causas y que la indefensión no haya sido provocada por la parte que la invoca [STC 57/1984, de 8 de mayo (EDJ 1984/57)], bien a través de un comportamiento negligente o doloso (SSTC 9/1981 (EDJ 1981/9), 1/1983 (EDJ 1983/1), 22/1987 (EDJ 1987/22), 36/1987 (EDJ 1987/36), 72/1988 y 205/1988), bien por su actuación errónea (STC 152/1985, de 5 de noviembre (EDJ 1985/126)], o bien por una conducta de ocultamiento en aquellos supuestos en los que el motivo invocado para instar la nulidad se funda en la falta de emplazamiento, incluso en el caso de que la misma la hubiese provocado la imprecisa técnica en la utilización de los medios procesales previstos por el ordenamiento (STC 109/1985, de 8 de noviembre”», doctrina que resulta aplicable al presente asunto y que determina la necesidad de retrotraer las actuaciones y abrir periodo probatorio a fin de que la interesada pueda aportar y practicar las pruebas que a su derecho convengan (**DCC 150/2023**).

A. 2. No cabe su tramitación por una empresa pública

La reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial se plantea directamente ante la citada Sociedad de Desarrollo, entidad mercantil local, cuyo capital social pertenece íntegramente al Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y que se encarga de prestar -mediante gestión directa y en régimen de Derecho privado ex art. 85 y 85 ter de la LRBRL- un servicio público local como es el *«Fomento y promoción del desarrollo económico y social municipal en el marco de la planificación autonómica»* [art. 11, letra g) LMC]. En este sentido, el art. 2 de los Estatutos de la Sociedad de Desarrollo indica que *«la Sociedad tendrá como objeto social la realización de cuantas actuaciones sean de interés para el desarrollo económico y social del municipio de Santa Cruz de Tenerife, pudiendo llevar a efectos las siguientes actividades dentro del término municipal: • Servicios de formación y orientación laboral [...]. • Servicios de promoción de [...] empleo [...]»*.

Pues bien, desde la perspectiva sustantiva o del Derecho material aplicable, no procede efectuar objeción alguna a lo señalado en la Propuesta de Resolución, por cuanto se entiende aplicable al caso concreto lo establecido en el art. 35 de la LRJSP [*«Responsabilidad de Derecho Privado»*] -precepto que resulta de aplicación al amparo de lo establecido en el art. 2.2, letra b) del referido texto legal-:

«Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad».

Así pues, tratándose de una reclamación patrimonial deducida directamente ante la sociedad mercantil encargada de la prestación de un servicio público de competencia municipal [art. 85 y 85 ter LRBRL en relación con el art. 11, letra g) LMC], procede exigir *«su responsabilidad»* -como indica textualmente el art.35 de la LRJSP-, esto es, la de la Administración matriz y titular del servicio público local, con arreglo a las previsiones contenidas en el art.32 y siguientes de la LRJSP. Sobre esta cuestión se volverá a incidir en el siguiente apartado 2.4 del presente fundamento.

Opinión diversa merece, sin embargo, la tramitación procedimental seguida en las presentes actuaciones.

A juicio de este Consejo y de conformidad con los argumentos jurídicos que se expondrán a continuación, se entiende que la tramitación adjetiva o formal observada en las presentes actuaciones no resulta ajustada a Derecho. En este sentido, resulta de especial interés -y utilidad a nuestros efectos- traer a colación la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020, emitida por la Sala Tercera, Sección 5ª, en el seno del recurso de casación n.º 5442/2019. En dicha resolución judicial se indica lo siguiente:

(...)

Así pues, de lo transcrito en las líneas anteriores se extraen las siguientes conclusiones:

En primer lugar, resulta admisible que «[...] las Administraciones acuda(n) a personal ajeno a su propio personal cuando fuera necesario la adquisición de bienes o realización de obras o servicios para su propia actividad prestacional y que dicha intervención pueda hacerse, como alternativa a los contratos administrativos, por medio propios (in house providing) [...]». Sin embargo, y como indica la propia resolución judicial comentada, «no es eso de lo que se trata en el presente supuesto en el que, como cabe concluir de lo reflejado en la sentencia de instancia, lo que se encomienda al personal de la Empresa Pública, no es esa prestación de servicios puntuales y accesorios sino una intervención, ya se verá en qué medida, en la propia y genuina actividad administrativa, en los procedimientos necesarios para la adopción de los actos que la constituyen. No se trata de que ese personal sometido al régimen de Derecho Privado preste los servicios que la Administración necesite, sino de tramitar los procedimientos correspondientes cuyas resoluciones que le pongan fin pueden ser los que afecten a los ciudadanos».

En segundo lugar, el alto Tribunal advierte que cuando se trata de la tramitación de procedimientos administrativos que den lugar a resoluciones susceptibles de afectar a los interesados, resulta aplicable la reserva -legal- en exclusiva a los funcionarios públicos de las tareas que «impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas» (art. 9.2 EBEP): «[...] en la medida en que los procedimientos administrativos son los medios a través de los cuales las Administraciones Públicas desarrollan su actividad pública y ejercen sus potestades, y éstas han de realizarse preceptivamente por funcionarios públicos, cabe concluir que los procedimientos administrativos han de tramitarse por funcionarios públicos, lo cual constituye la regla básica en materia de tramitación de procedimientos administrativos. [...] En resumen, la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida(s) las competencias correspondientes [...]».

Esta reserva al personal estatutario de la tramitación de los procedimientos se fundamenta en la relación orgánica de los funcionarios: «[...] debemos partir de una regla básica cual es que las Administraciones Públicas desarrolla(n) su actividad mediante su propio personal que, como regla general, está sometido a una relación jurídica de carácter administrativo, la relación orgánica, en virtud del cual y mediante el correspondiente nombramiento pasa a adscribirse al órgano correspondiente de la Administración del que constituye el elemento humano, siendo su titularidad la que le permite la actuación, no en nombre propio, sino de la misma Administración. Pero esa relación, precisamente por esa naturaleza estatutaria, genera también importantes derechos y deberes para el funcionario lo cual, a su vez, no es sino una manifestación de la objetividad, imparcialidad y sometimiento al Derecho que debe regir en toda actividad pública».

Finalmente, el Tribunal Supremo introduce una matización a su doctrina. Y es que la regla general no impide, sin embargo, que en la tramitación del procedimiento administrativo por los órganos competentes de la Administración Pública puedan intervenir terceros con una función de «*auxilio y asistencia técnica*» puntual y en función de determinadas actuaciones que requieran esa intervención por sus peculiaridades.

Todo lo anteriormente expuesto queda perfectamente ilustrado -a modo de resumen- en el Fundamento de Derecho segundo de la resolución judicial comentada, al indicar que «[...] no es infrecuente que la Administración pueda acudir a la colaboración externa para la prestación de servicios públicos en lo que se ha venido a conocer como la externalización en dicha prestación. Menos aún que debe cercenarse, sino todo lo contrario, que ello pueda hacerse acudiendo a medios propios, con independencia de la forma jurídica que dichos medios tengan. Pero no es de eso de lo que se trata en el presente supuesto porque ni se trata de un servicio público, en sí mismo considerado, sino de una propia actuación administrativa interna mediante la cual pueden dictarse los actos administrativos que, ellos sí, pueden comportar esa prestación de servicios; ni el ejercicio de dicha actividad puede encomendarse a personal ajeno a la Administración, como hemos visto. Por ello no es que la Administración externalice un servicio, es que externaliza, podría decirse, ella misma, deja de ser Administración si deja de realizar lo que es básico para dictar actos administrativos, el procedimiento legalmente establecido para ello que es, no se olvide, una exigencia constitucional». De tal manera que «[...] la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida(s) las competencias correspondientes [...]», «[...] sin que sea admisible una pretendida alteración de [...] la exigencia legal de que la Administración ejercita(e) sus potestades mediante el personal funcionario del que debe estar dotado cada uno de los órganos que la integran». En otras palabras, la responsabilidad de la tramitación de los procedimientos administrativos le corresponde -tanto formal como materialmente- a los órganos integrados en la Administración Pública, no así a las entidades instrumentales de las que aquella se valga para la prestación de los servicios públicos de su competencia -y mucho menos a los particulares, en una suerte de «[...] privatización encubierta de un servicio (la tramitación de los procedimientos administrativos) que ha sido reservado al sector público como una de las conquistas primarias del Derecho Administrativo propio del Estado de Derecho»-.

La doctrina jurisprudencial expuesta en el apartado anterior viene así a refrendar lo dispuesto en la legislación de régimen local. Y es que, como se establece en el párrafo final del art. 85 LRBRL, «la forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos» en coherencia con lo preceptuado en el art. 92.3 LRBRL: «corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen

la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función»]. De tal manera que, como ocurre en el caso analizado, el modelo de gestión por el que se haya optado -gestión directa mediante sociedad mercantil local- y el régimen jurídico al que quede sometida la entidad instrumental prestadora del servicio público municipal -de Derecho privado ex art.85 ter LRBRL-, no son circunstancias que impiden, sino, al contrario, obligan a observar lo dispuesto de forma imperativa en los arts. 92.3 LRBRL y el art. 9 EBEP. Lo que, en unión de lo manifestado en la STS de 14 de septiembre de 2020, nos lleva a concluir que la sustanciación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial tramitados con ocasión de los daños derivados de la prestación, por parte de la Sociedad de Desarrollo de Santa Cruz de Tenerife -sociedad anónima de capital íntegramente público-, de un servicio público municipal, le corresponde a la propia Entidad Pública -Ayuntamiento- titular del servicio público implicado en la producción del hecho lesivo.

Idéntica conclusión se alcanza al analizar la normativa básica en materia de procedimiento administrativo común.

La LPACAP extiende su ámbito subjetivo de aplicación al «*sector público*», en donde se incluye el denominado «*sector público institucional*» [art. 2.1, letra d)]. A su vez, éste se halla integrado, entre otros, por «*las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas [...]*» [art. 2.2, letra b)] -como es el caso de la sociedad anónima que ahora se examina-.

La LPACAP señala que dichas entidades de derecho privado «*[...] quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas*».

Pues bien, teniendo en cuenta que, por un lado, el art. 92 de la LPACAP, al referirse -con carácter básico ex art. 149.1.18ª CE- a la «*competencia para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial*» omite cualquier mención al órgano competente de las entidades de derecho privado llamado a resolver esta clase de procedimientos administrativos -no así respecto a las «*Entidades de Derecho Público*»-; y que, por otro lado, la potestad de tramitar tales procedimientos administrativos no le está reconocida legalmente, tal y como advierte el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de septiembre de 2020; es obligado colegir, una vez más, que la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivados de la prestación del servicio público municipal le corresponde a la Administración titular del servicio implicado, y no a la sociedad privada responsable de la gestión material de aquél.

Este razonamiento jurídico también ha tenido acogida en la legislación autonómica sobre servicios públicos. Así, y sirva como ejemplo, la Ley gallega 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, tras señalar en su art. 37.2 que *«en los casos de gestión directa del servicio a través de otras entidades instrumentales del sector público diferentes de las expresadas en el apartado anterior [...] –entidades públicas instrumentales- las relaciones de las personas usuarias con el prestador del servicio tendrán naturaleza jurídico-privada, sin perjuicio de la obligación del prestador del servicio de admitir a la utilización del servicio a las personas que cumplan los requisitos para ello y, en particular, sin perjuicio de la aplicación de las previsiones de este título y de la tutela y garantía de la posición de la persona usuaria por la administración competente»*; viene a establecer en su artículo 40 [*«Responsabilidad patrimonial derivada de la prestación de los servicios públicos de titularidad autonómica»*] dos previsiones normativas de especial relevancia. Por un lado, se indica que *«las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que puedan formular las personas usuarias de los servicios públicos podrán dirigirse directamente a la administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal, sin perjuicio del derecho de las personas usuarias a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración»* -art.40.1-. Y, por otro, se advierte que *«si la administración titular del servicio público entiende que se produjeron lesiones en los bienes y derechos de las personas usuarias susceptibles de ser indemnizadas por concepto de responsabilidad patrimonial, iniciará de oficio el procedimiento correspondiente, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal»* -art.40.2-. Lo que no hace más que ratificar cuanto se ha manifestado hasta ahora respecto a la competencia para tramitar esta clase de procedimientos administrativos.

Finalmente, este Consejo Consultivo de Canarias también sigue esta línea argumental en sus Dictámenes 91/2015, de 19 de marzo y 311/2018, de 17 de julio; a cuya atenta y exhaustiva lectura procede, en este momento, remitirnos.

A la vista queda, por tanto, que la Sociedad de Desarrollo actúa como medio propio personificado del Ayuntamiento en las funciones de desarrollo económico y laboral que figuran en sus Estatutos, entre las que se encuentran los servicios de formación y orientación laboral, pero no puede actuar como tal medio propio para el ejercicio de potestades públicas como es la tramitación procedimental de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, no solo porque el Ayuntamiento no le ha encargado estas funciones -que no puede-, sino porque, fundamentalmente, se trata de una persona jurídica de derecho privado que, legalmente, no puede ejercer tales potestades.

Como complemento a cuanto se ha señalado en los apartados anteriores, y a los efectos de enriquecer, más aún si cabe, el análisis jurídico efectuado en el presente dictamen, resulta pertinente advertir -por cuanto se trata de una cuestión conexas e implícitamente

planteadas por la representante del perjudicado en su reclamación- que, aun cuando la reclamación patrimonial pudiera ser presentada ante la entidad privada instrumental, ante la Administración titular del servicio público implicado, o ante ambas, lo cierto es que, a la vista de la mera literalidad del art.35 de la LRJSP y los recientes pronunciamientos judiciales al respecto, se entiende que la responsabilidad recae en la entidad pública titular del servicio público al que se le imputa el daño, sin que resulte procedente accionar autónomamente -y, consecuentemente, responder en exclusiva y desvinculada de la responsabilidad de la Administración Pública titular de la competencia propia-, en concepto de responsabilidad patrimonial, contra la sociedad mercantil que gestiona el servicio implicado en la producción del hecho lesivo. Así parece deducirse de la sentencia n.º 777/2018, de 19 de diciembre de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Rec., n.º 564/2016) al indicar, en relación con el art.35 de la LRJSP, que *«este nuevo régimen faculta a los particulares el derecho a ser indemnizados, siempre que concurren todos los presupuestos legales, por las Administraciones públicas en el caso de las Sociedades Mercantiles (en este caso estatal) (art.35 de la Ley 40/2015) [...]»*; lo que nos conduce a entender que, por más que se reclame directamente -en concepto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ex arts.32 y ss., de la LRJSP- a la sociedad mercantil prestadora del servicio público, la acción indemnizatoria se entiende dirigida, en todo caso, contra la Administración Pública matriz y titular del servicio público, como garante y responsable último de la prestación del servicio implicado en la producción del daño.

Especialmente clarificadora resulta, a estos efectos, la sentencia n.º 850/2021, de 21 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (...) (**DCC 198/2023**).

A. 3. Plazo de interposición de la reclamación

A. 3. 1. Prescripción del derecho a reclamar. Tratamientos paliativos

De acuerdo con lo establecido en el art. 67 LPACAP: *«Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo»*.

Como venimos afirmando en relación con la prescripción (por todos Dictamen 62/2021, de 18 de febrero):

«(...) Al respecto, se hace preciso recordar que la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2008, entre otras, dispuso lo siguiente:

“La acción de responsabilidad patrimonial de la Administración debe ejercitarse, por exigencia de lo dispuesto en el apartado 5 del art. 142 y 4.2, respectivamente, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Reglamento aprobado

por Real Decreto 429/1993, en el plazo de un año computado a partir de que se produzca el hecho o acto lesivo que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Ello es una consecuencia de la adaptación de la regla general de prescripción de la acción de responsabilidad del art. 1.902 del Código Civil que ha de computarse, conforme al principio de la *actio nata* recogido en el art. 1.969 de dicho texto legal, desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse (...).

Por lo tanto, el “*dies a quo*” para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (Sentencia de 31 de octubre de 2000) o, en otros términos “aquel en que se objetivan las lesiones o los daños con el alcance definitivo” (STS de 14 de febrero de 2006)."

Esa jurisprudencia consolida el criterio de que el plazo de prescripción no comienza a computarse, según el principio de la *actio nata*, sino a partir del momento en que la determinación de los daños es posible, y esta circunstancia sólo se perfecciona cuando se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción.

Por su parte, las sentencias de 18 de enero y 1 de diciembre de 2008 y 14 de julio de 2009 distinguen entre daños continuados, que como tales no permiten conocer aún los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el *dies a quo* será aquél en que ese conocimiento se alcance; y daños permanentes, que aluden a lesiones irreversibles e incurables aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores o 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».

De lo anterior se colige, pues, que el momento de la determinación del daño es el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad, porque, como se dijo, según el principio de la *actio nata*, es a partir de ese momento en que la determinación del alcance de las lesiones es posible (DCC 266/2023).

A. 3. 2. Prescripción del derecho a reclamar. Tramitación de expediente de incapacidad laboral

Al respecto, procede señalar que el *dies a quo* se inicia en la fecha de la curación o de la estabilización de las secuelas, con independencia y al margen de que, con base en esas mismas secuelas, se siga expediente de incapacidad laboral y/o de previsión social, cualquiera que sea su resultado administrativo o judicial.

Las pretensiones de indemnización, distintas de las pretensiones declarativas de incapacidades o de grado de discapacidad, tienen dinámica propia y sólo se interrumpe el plazo de aquéllas si se plantean ante la Administración competente. Descartamos que el día inicial del cómputo del plazo pueda situarse en el momento en el que se reconoce la incapacidad pues esta situación es una consecuencia de las secuelas previamente establecidas

y, precisamente, el alcance de las secuelas justifica la solicitud de declaración de incapacidad a efectos laborales/sociales y no a la inversa.

En este sentido, este Consejo Consultivo ha venido a señalar en reiteradas ocasiones (v.g. Dictamen 281/2020, de 9 de julio), la ausencia de relevancia en la interrupción del cómputo del plazo de prescripción de los trámites administrativos o judiciales encaminados a obtener el reconocimiento de incapacidad o de grado de discapacidad, y es que, al respecto ha señalado la jurisprudencia, por todas, la STS de 8 de octubre de 2012: *«nuestra sentencia de 29 de noviembre de 2011 señala que (...) en modo alguno puede atenderse a resoluciones de organismos públicos declarativos de incapacidad para reabrir plazos o hacer ineficaces los ya transcurridos (...). Es doctrina de esta Sala, que debe reiterarse hoy en aras de la necesaria homogeneidad doctrinal e igualdad en el tratamiento de los justiciables, que las resoluciones de minusvalía e incapacidad, no sirven para interrumpir ni para hacer ineficaz el plazo transcurrido correspondiente a una reclamación de responsabilidad patrimonial»*. (DCC 285/2023) **(DCC 285/2023)**.

A. 4. Prueba

A. 4. 1. Carga de la prueba

Respecto a la carga de la prueba en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas este Consejo Consultivo ha venido manteniendo reiteradamente la siguiente doctrina (ver, por todos, el dictamen 540/2021, de 11 de noviembre):

«2. Según el art.139.1 LRJAP-PAC, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, según el art.6.1 RPAPRP, precepto éste que reitera la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art.217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Por esta razón el citado art.6.1 RPAPRP exige que en su escrito de reclamación el interesado especifique la relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio público; y proponga prueba al respecto concretando los medios probatorios dirigidos a demostrar la producción del hecho lesivo, la realidad del daño, el nexo causal entre uno y otro y su evaluación económica. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, (arts.78.1 y 80.2 LRJAP-PAC) y del principio de facilidad probatoria (art.217.7 LEC) que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo.

3. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art.103.1 de la Constitución, arts.3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art.80.1 LRJAP-PAC). Para poder

estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art.139.1 LRJAP-PAC, arts.6.1, 12.2 y 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art.6.1 RPAPRP).

Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a éstas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir, debiendo incluir el órgano instructor en su propuesta de resolución el razonamiento en virtud del cual establece la presunción (art.386 LEC en relación con el art.80.1 LRJAP-PAC).

Pero sin prueba del acaecimiento del hecho lesivo, la Administración no lo puede considerar probado con base en la mera afirmación de la reclamante porque ésta no constituye prueba (art.299 LEC en relación con el art.80.1 LRJAP-PAC).

La Administración, cuya actividad está siempre dirigida a la consecución del interés público y por ello regida por el principio de legalidad, no puede disponer el objeto de un procedimiento de reclamación de su responsabilidad patrimonial (art.281.3 LEC en relación con el art.80.1 LRJAP-PAC) y admitir sin prueba la existencia del hecho lesivo; puesto que la indemnización sólo procede en caso de que la lesión haya sido producida por el funcionamiento del servicio público (art.139.1 LRJAP-PAC), por cuyo motivo la resolución (y por ende su propuesta y el Dictamen sobre ella) debe pronunciarse necesariamente sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida (art.13.2 RPAPRP y concordante art.12 del mismo). Como no existe relación de causalidad sin que exista la causa que es el hecho lesivo, la propuesta de resolución debe pronunciarse sobre la existencia de éste, fundamentándola en las pruebas aportadas; y si éstas no son directas, razonando por qué a partir de las indirectas debe presumirse su realidad. Esta motivación sobre la prueba del acaecimiento del hecho lesivo es ineludible tanto en virtud de la remisión del art.80.1 LRJAP-PAC al art.386 LEC, como por el art.54.1, f) LRJAP-PAC en relación con el art.13 RPAPRP.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración es uno de aquellos cuya naturaleza exige la prueba de la causa de la lesión, como resulta de que el art.6.1 RPAPRP obligue a que el escrito de reclamación debe proponer los medios de prueba y aportar los documentos e informes oportunos; del art.7 RPAPRP que prescribe taxativamente que se realicen los actos de instrucción oportunos para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la reclamación, entre los que se hallan, según los arts.12 y 13 RPAPRP, la causa de la lesión o hecho lesivo; del art.9 RPAPRP que contempla un período probatorio; y, por último, del art.14 RPAPRP que permite recurrir al procedimiento abreviado únicamente cuando de las actuaciones, documentos e informaciones del procedimiento general resulte inequívoca, además de otros datos, la relación de causalidad.

El art.80.2 LRJAP-PAC sólo permite que la Administración pueda tener por ciertos los hechos alegados por los interesados cuando su realidad le conste por actuaciones y documentos anteriores, por ser notorios o porque el interesado, al iniciar el procedimiento, ha aportado pruebas documentales o de otro tipo que los demuestren incontestablemente, deviniendo innecesaria la práctica de prueba.

Por último, si se admitiera que la Administración puede admitir sin prueba la realidad de la causa de la lesión o, lo que es lo mismo, sin razonar por qué establece la presunción de su certeza,

entonces se lesionaría la prohibición de interdicción de la arbitrariedad, porque sus agentes, según su libre albedrío y sin parámetro legal alguno, en unos casos admitirían su existencia y en otros la negarían; y, además, todo el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, basado en el requisito de que la lesión sea causada por el funcionamiento de un servicio público, se derrumbaría, porque bastaría que cualquiera alegara sin más que la actividad de la Administración le ha causado un daño y probara su cuantía para que automáticamente obtuviera su reparación» (Doctrina reiterada en los DDCC 21/2023, 63/2023, 124/2023, 172/2023 y 204/2023).

A. 4. 2. Prueba de presunciones

Informa el equipo de vigilancia-mantenimiento, en efecto, que la presencia de gran número de piedras y de trozos de hormigón de gran dimensión en la carretera se debió en el sentido expuesto al impacto de un vehículo con el muro de salida de la potabilizadora.

Tampoco esta circunstancia habría de resultar exoneratoria por sí sola, ya que no se produciría la exención de la responsabilidad de la Administración si tales obstáculos permanecieron en la vía durante un período de tiempo que resultara excesivo. En el indicado contexto los servicios de conservación habrían debido proceder a la limpieza de la carretera o, cuando menos, a la debida señalización del peligro existente.

La acción de un tercero, pues, cobra fuerza exculpatoria solo si se trata de una acción repentina e imprevista que la Administración no ha podido evitar.

Consta que el último recorrido del servicio de mantenimiento se produjo el día 3 de mayo de 2022 sobre las 16:20 horas y el accidente ocurre aproximadamente doce horas más tarde. La colisión del vehículo que produjo los desperfectos en la calzada no está documentada. Ciertamente, no se sabe a qué hora ocurrió, porque no consta en las actuaciones que tal colisión fuera simultánea o inmediatamente anterior al accidente del reclamante.

Pero no resulta irrazonable inferir de las actuaciones practicadas que no fue excesivo en este caso el tiempo de permanencia en la calzada del obstáculo causante del accidente. Además de las pruebas directas, son igualmente válidas en Derecho las pruebas indirectas obtenidas por vía indiciaria o por presunciones a la luz de las circunstancias concurrentes, siempre que exista un enlace cierto e inequívoco de estas últimas con las conclusiones que pretenden alcanzarse sobre su base y, por otra parte, las referidas circunstancias concurrentes hayan podido verificarse fehacientemente.

Es lo que acontece en este caso. La Administración afirma que las piedras los restos de hormigón «no pudieron estar tiempo en la vía», y no es irrazonable alcanzar esta convicción. Porque está probado que los tiempos de reacción fueron inmediatos, se produjo el accidente a las 4,45, se recibió el aviso a las 4,58 y los agentes se personaron en el lugar a las 5,13. Y nada cabe hacer pensar que la misma reacción hubiera sido diferente si los obstáculos

causantes del accidente se hubieran precipitado sobre la carretera con anterioridad. No consta la producción de otros accidentes ni incidencias en la vía, hasta el momento en que tres coches (otros dos, aparte del que conducía el reclamante) se vieron envueltos en un accidente al mismo tiempo, a las 4,45.

Por otro lado, lo que en cambio resulta irrazonable es pensar que tales obstáculos llevaran un tiempo excesivamente prolongado sobre la vía, ya que está también constatado que se trataba de «*gran cantidad de piedras*», por una parte, y de restos de hormigón, «*algunos de tamaño considerable*», por otra parte; y que en ambos casos dichos obstáculos se encontraban «*esparcidos por los carriles y arcones*», según manifiesta la Propuesta de Resolución y confirma el reportaje fotográfico obrante en el expediente. La magnitud del siniestro acaecido con anterioridad lleva a descartar la eventualidad de que tales obstáculos pudieran haber estado demasiado tiempo en la vía, sin ocasionar por lo demás otros accidentes con carácter previo. Ciertamente, el evento dañoso sucedió de noche, pero tampoco ha de dejar de considerarse que acaeció en la carretera de mayor intensidad circulatoria de toda la isla, en el tramo precisamente donde dicha circulación es más intensa, porque se trata del punto de acceso a la capital (DCC 2/2023)

A. 5. Informes

A. 5. 1. Del servicio. No es el de la empresa prestadora del servicio

Como hemos señalado en otras ocasiones en las que se produce la misma circunstancia, el informe preceptivo del Servicio municipal no puede sustituirse por los informes de las empresas concesionarias a las que se adjudicó dicho servicio o de otras empresas implicadas.

En este sentido, decíamos en nuestro Dictamen 345/2022, de 20 de septiembre, con cita del Dictamen 226/2014, de 18 de junio, lo siguiente:

«(...) el informe del Servicio al que se refiere el art. 10.1 RPAPRP es el del Servicio del propio Ayuntamiento, que ya consta en el expediente, no pudiendo sustituirse el referido informe del Servicio por el informe que realice la empresa concesionaria del mismo u otras empresas que se contraten para informar técnicamente, como reiteradamente ha indicado este Consejo en anteriores dictámenes (Dictamen 547/2012, de 26 de noviembre, por todos), sin perjuicio de que dicha empresa pudiera ser parte en el presente procedimiento en orden a las responsabilidades derivadas de lo dispuesto en el art. 97.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), art. 198.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) –preceptos ambos citados expresamente en la comunicación efectuada a EMMASA por el Servicio de Gestión y Control de Servicios Públicos del Ayuntamiento con registro de salida del 23 de enero de 2013 (folio 30 del expediente)- y art. 214.1 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que reproduce lo indicado en los preceptos anteriores.

Por tanto, el informe que elabora la empresa concesionaria es un informe técnico que puede asumir o no el Servicio responsable del propio Ayuntamiento y debe servir para aclarar la causa del hecho lesivo (...)» (DCC 39/2023).

A. 5. 2. Del servicio presuntamente causante del daño

Sobre la preceptividad del informe del Servicio de la Administración en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, también nos hemos pronunciado en nuestros dictámenes 469/2012, de 1 de junio, 292/2014, de 3 de septiembre, 32/2015, de 28 de enero, 54/2015, de 23 de febrero, 462/2018, de 18 de octubre, y 436/2019, de 28 de noviembre, entre otros, en los cuales se condensa la doctrina del Consejo de Estado, de los Consejos Consultivos y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este particular, al que se refería (vigente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) el art. 10 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, -y que actualmente se contiene, como hemos señalado, en el art. 81.1 LPACAP-, de la siguiente manera:

«(...) El procedimiento administrativo y, especialmente en este caso, el procedimiento de reclamación patrimonial por lesiones ocasionadas por los órganos de la Administración, es un procedimiento garantista. En este plano garantista se sitúa lo establecido en el art. 10 RPAPRP cuando señala que en todo caso, se solicitará el informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.

En este procedimiento, el posible daño causado no proviene de una actuación material de la Administración de la Comunidad Autónoma sino por una decisión de carácter jurídico al denegar las licencias solicitadas por la entidad reclamante. En este caso, el referido informe del servicio podría haber sido un informe únicamente jurídico pero no existe en el expediente ningún informe anterior a las alegaciones que reúna las condiciones necesarias para considerarlo el informe del servicio que establece el ya señalado art. 10 RPAPRP.

La Doctrina del Consejo de Estado y la de los Consejos Consultivos incluida la de este Órgano establecen claramente tanto el carácter garantista del procedimiento administrativo como la obligatoriedad del informe del servicio.

En este sentido, el Dictamen 2072/1999 del Consejo de Estado emitido en relación a una consulta del Ministerio de Fomento sobre la tramitación de los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial señala:

“3. Los procedimientos han de instruirse de manera escrupulosa por los órganos administrativos, sin que sea dable suprimir algún trámite, salvo que la norma que los regula permita específicamente hacerlo”.

Para continuar indicando “En la fase de instrucción, el órgano competente debe solicitar los informes que sean preceptivos y los necesarios para resolver (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículo

82.1), debiéndose emitir en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro mayor.

Ahora bien, consciente la Ley de que, en ocasiones, la complejidad de los asuntos tramitados hace de difícil o imposible cumplimiento el plazo general de tramitación del procedimiento, habilita para suspenderlo “cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órganos de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos” (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículo 42.5.c). La duración de la suspensión no puede exceder de tres meses.

La lectura del apartado c) del número 5 del artículo 42 evidencia que la suspensión del plazo para resolver no puede adoptarse en cualquier caso. Para que pueda acordarse la suspensión, es preciso que los informes solicitados sean preceptivos y determinantes. No basta que concurra una de estas circunstancias; han de darse las dos: ser preceptivos y ser determinantes del contenido de la resolución.

Por informes preceptivos, han de entenderse los obligatorios conforme al ordenamiento jurídico. Por otra parte, han de considerarse informes determinantes del contenido de la resolución los que fijan o permiten fijar su sentido; los que definen el alcance de la resolución, por utilizar la expresión de la acepción sexta y jurídica del verbo “determinar” contenida en el Diccionario de la Lengua Española. Esta especial incidencia en la resolución, comporta que no todos los informes evacuados en el seno de un procedimiento puedan ser calificados de determinantes, pues no todos ellos, aunque ayuden a formar el juicio de la Administración Pública, tienen la eficacia descrita. Sólo tienen tal carácter los que ilustran a los órganos administrativos de tal manera que les llevan a poder resolver con rigor y certeza en un procedimiento; los que les permiten derechamente formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto, de tal suerte que, sin ellos, no cabría hacerlo.

5. Lo expresado es de aplicación a los procedimientos tramitados por el Ministerio de Fomento para declarar, en su caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado.

Estos procedimientos deben ultimarse, por lo general y salvo los casos de suspensión o ampliación, en el término de seis meses.

Con ocasión de su instrucción, han de recabarse los informes precisos para la formación del juicio y de la voluntad de la Administración Pública. Sólo en el caso de que se trate de informes preceptivos y además determinantes de la resolución a dictar, puede suspenderse el plazo máximo de resolución.

Cuáles son los informes preceptivos y determinantes en los procedimientos instruidos por el Ministerio de Fomento en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado que permiten la suspensión del plazo de tramitación, es cuestión que no puede determinarse con carácter general. El Consejo de Estado comparte el criterio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de que tienen tal carácter el del servicio administrativo causante del daño o del que dependa la obra o el servicio público que lo causó; el del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y el del Consejo de Estado.

El informe del servicio administrativo causante del daño o del que depende la obra o servicio público que lo causó tiene carácter preceptivo y determinante. Es preceptivo de acuerdo con el artículo 10.1 del Reglamento de los Procedimientos administrativos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que lo exige "en todo caso". Es determinante, por la propia razón de las cosas, por cuanto permite conocer de manera directa e inmediata las circunstancias concurrentes en cada caso. Nadie mejor que el servicio causante del daño puede pronunciarse sobre su funcionamiento y actuación, sin que sea oponible a ello el de una eventual parcialidad, pues no debe olvidarse que también el servicio causante del daño está obligado a servir con objetividad a los intereses generales, entre los que está, sin duda, resarcir los daños causados a los particulares (Constitución, artículos 103 y 9).

(...) Los tres informes mencionados tienen carácter preceptivo y determinante, como señala la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Ahora bien, a juicio del Consejo de Estado, tal enumeración no es taxativa. Existen o pueden existir otros que tengan tales cualidades, como son, en determinados supuestos, los de la Abogacía del Estado, de la Intervención de la Administración General del Estado (Ley General Presupuestaria, artículo 93.2), los de la Inspección General del Departamento, entre otros.

6. Puede ocurrir, y ocurre comúnmente, que, no obstante el deber de tramitar los procedimientos y de hacerlo en el término legalmente señalado, (...)"

Los distintos Consejos Consultivos mantienen también esta misma línea doctrinal, entre otros, en el Dictamen 45/2004, de 1 de junio, del Consejo Consultivo de La Rioja o en los Dictámenes 34/2004, de 30 de marzo, y 469/2012, de 1 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Este último Dictamen indica:

"Asimismo, es necesario que se emita el Informe preceptivo del Servicio, que no de la empresa concesionaria, sin perjuicio de que se le solicite información específica a la misma, como se ha anticipado, que debe estar referido al estado de conservación en el que se hallaba la valla, su cierre y sus elementos de fijación en el día del accidente, y acerca de si estaba permitida su manipulación por los particulares que acuden al Punto limpio, además del control de las actuaciones que realizan los particulares, como el interesado, en dicho Punto limpio por parte de sus operarios; tras ello, se le otorgará de nuevo el trámite de audiencia al reclamante y se emitirá una nueva Propuesta de Resolución, que se someterá a Dictamen de este Organismo".

El Tribunal Supremo, en una constante jurisprudencia, mantiene estas mismas consideraciones acogiendo lo señalado por el Consejo de Estado en la Sentencia de 1 de abril de 2003 en su Fundamento Jurídico Sexto:

"Sexto.- A juicio de esta Sala, los informes, ambos preceptivos, que debían emitir tanto la Abogacía del Estado en el Ministerio de Economía y Hacienda como la Intervención General de la Administración del Estado, revisten una importancia singular en el esquema abstracto del procedimiento regulado por el Real Decreto 610/1999 que, por ello, les dedica una mención específica en su artículo 12.

Ambos informes son exigidos por el Reglamento con carácter nominativo precisamente a la vista de las complejas circunstancias que presenta el proceso de restitución o compensación de los bienes incautados, proceso cuya complejidad jurídica, monetaria y económica se pone de manifiesto

con sólo enumerar los numerosos problemas de los tres órdenes que hemos debido afrontar, y es de suponer que seguiremos afrontando, al resolver litigios como el presente y otros muchos análogos.

Según el diseño reglamentario, precisamente para contar con una opinión cualificada desde el punto de vista jurídico y financiero, el Consejo de Ministros, que aquí actúa en el ejercicio de potestades estrictamente regladas, ha de ponderar y tomar en consideración de modo ineludible el parecer de dos órganos de reconocida competencia en sus respectivos ámbitos y, aunque dicho parecer no le vincule, para separarse de él debe hacerlo de modo motivado (artículo 54.1.c de la Ley 30/1992).

Además, el hecho de que los dos informes hayan de emitirse una vez finalizada la instrucción y redactadas las correspondientes propuestas de resolución de las solicitudes corrobora la conclusión de que se trata con ellos de ofrecer al órgano finalmente decisor, no ya al que instruye, una opinión cualificada que el Reglamento considera insustituible (de ahí su carácter preceptivo) y, aun no siendo vinculante, de tal relevancia que bien puede calificarse como "determinante" del contenido de la resolución misma, en el sentido -ciertamente, no exento de ambigüedad- que a este término da el artículo 42, apartado 5, letra c), de la Ley 30/1992, antes citada.

Sobre los rasgos de esta nueva categoría de informes (preceptivos y no vinculantes, pero sí determinantes del contenido de la resolución) a los que se refiere el citado artículo 42 no es fácil hacer consideraciones en abstracto y resulta preferible acometer, caso por caso, el análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

En términos generales, enfrentado el Consejo de Estado con una consulta que le dirigió el Gobierno precisamente en torno a esta nueva categoría de informes, consideró (Dictamen de 8 de julio de 1999) que por tales había que entender "los que fijan o permiten fijar su sentido; los que definen el alcance de la resolución, por utilizar la expresión de la acepción sexta y jurídica del verbo 'determinar' contenida en el Diccionario de la Lengua Española".

A juicio del Alto Cuerpo Consultivo, "esta especial incidencia en la resolución, comporta que no todos los informes evacuados en el seno de un procedimiento puedan ser calificados de determinantes, pues no todos ellos, aunque ayuden a formar el juicio de la Administración Pública, tienen la eficacia descrita. Sólo tienen tal carácter los que ilustran a los órganos administrativos de tal manera que les llevan a poder resolver con rigor y certeza en un procedimiento; los que les permiten derechamente formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto, de tal suerte que, sin ellos, no cabría hacerlo".

En sintonía con esta premisa, y para el caso de los procedimientos instruidos por el Ministerio de Fomento en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, el Consejo de Estado, reconociendo igualmente la dificultad de emitir juicios en abstracto sobre esta materia, consideró que tenían aquel carácter, y por lo tanto, eficacia interruptiva del plazo para resolver, los informes emitidos "por el servicio administrativo causante del daño o del que dependa la obra o el servicio público que lo causó; el del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y el del Consejo de Estado". Enumeración que no era exhaustiva, pues el Alto Cuerpo Consultivo reconocía expresamente que "existen o pueden existir otros que tengan tales cualidades, como son, en determinados supuestos, los de la Abogacía del Estado, de la Intervención de la Administración General del Estado (Ley General Presupuestaria, artículo 93.2), los de la Inspección General del Departamento, entre otros".

Por nuestra parte, consideramos acertada la interpretación que del referido artículo 45.2 de la Ley 30/1992 hace el Consejo de Estado en el dictamen parcialmente transcrito. Y precisamente el de autos es uno de los supuestos singulares en que la especificidad del papel asignado a la Abogacía del Estado y a la Intervención de la Administración General del Estado, tal como está contemplado en el Real Decreto 610/1999, confiere a sus informes preceptivos la aptitud necesaria para “determinar” el contenido de la resolución final, si entendemos por tal “determinación” la que procede de uno de los elementos clave para conformar la voluntad del órgano decisor.

Consideraciones todas ellas que no impiden, como es natural, que algún o algunos de los informes de hecho emitidos por cualquiera de ambos órganos en un expediente singular incorporen un contenido material que, a posteriori, no sea suficientemente adecuado a la trascendencia que el titular de la potestad reglamentaria quiso darles según el artículo 12 del tan citado Real Decreto 610/1999”»
(Doctrina reiterada en los DDCC 39/2023, 371/2023 y 451/2023).

A. 5. 3. No es la propuesta de resolución

Así, en primer lugar, sigue sin recabarse el informe del Servicio al que se atribuye por la reclamante la presunta lesión indemnizable, alegando para ello la Propuesta de Resolución, que «no se da la falta de informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable. Este informe consta en el expediente con fecha 12 de enero de 2021, pues el Servicio instructor del expediente (Servicio de Patrimonio) es el mismo responsable de las obras de las 115 viviendas. Es por ello que, por el principio de acumulación de actos del artículo 57 de la LPACAP, se debe entender que el informe-propuesta de resolución contiene el informe del art. 81.1 de la LPACAP solicitado por el Consejo Consultivo, no siendo necesario emitir dos informes separados».

A diferencia de lo que sostiene la Propuesta de Resolución, en ningún caso «se debe entender» que el informe-propuesta de resolución puede suplir o sustituir al informe del Servicio, puesto que se trata de informes distintos y de finalidad diversa. La preceptividad del informe del Servicio deriva del art. 81.1 LPACAP, el cual señala que, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable. Este informe debe venir referido a los hechos alegados en la reclamación de responsabilidad patrimonial y contener las circunstancias del elemento causante de la lesión, estado en el que se encontraba en el momento de producirse el hecho dañoso, estado actual, y en su caso relación de causalidad. Además, el informe del Servicio se ha de emitir con carácter previo al trámite de audiencia, pues debe ser puesto en conocimiento de los interesados a los efectos de que estos, en el referido trámite de audiencia, puedan formular las alegaciones y aportar los documentos y justificaciones que estimen convenientes para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, de hecho, la omisión del informe del Servicio, o la emisión del mismo sin darle trámite de audiencia sobre su contenido a la persona reclamante es causa de nulidad, y en consecuencia de retroacción de las actuaciones, por omisión de trámites esenciales del procedimiento que

causan indefensión. Pero, es más, conforme al art. 80.3 LPACAP en los procedimientos de responsabilidad patrimonial no se podrá resolver el procedimiento hasta tanto no se haya emitido el preceptivo informe del servicio, pudiendo acordarse la suspensión del procedimiento en los términos establecidos en el art. 22.1.d) LPACAP.

De otro lado, el informe-propuesta de resolución es un trámite totalmente distinto al informe del servicio y que no puede equipararse a este, ni aun invocando el principio de acumulación de actos, y ello, porque tal informe-propuesta únicamente se encuentra previsto en el art. 81.2 LPACAP para aquellos procedimientos de responsabilidad patrimonial respecto de los cuales sea preceptivo la emisión de dictamen por el Consejo Consultivo (aquellos cuya cuantía sea superior a seis mil euros) a los únicos efectos de que este organismo consultivo pueda dictaminar sobre el mismo. A sensu contrario, tal como se advierte de la regulación del procedimiento administrativo establecida en la LPACAP, cuando no sea preceptiva la emisión de este dictamen no procederá la formulación de la propuesta de resolución, sino que directamente se dictará la resolución que ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Por los motivos expuestos este Consejo Consultivo no puede admitir, bajo ningún concepto, la omisión del preceptivo informe del servicio, el cual debe ser puesto en conocimiento de la reclamante con carácter previo al trámite de audiencia (**DCC 150/2023**).

A. 5. 4. Del servicio. Informe emitido por medio propio

Al respecto, ante todo, ha de señalarse que, tal y como se instó a hacer en nuestro Dictamen 45/2023, se ha aclarado en el presente expediente la condición que ostenta Realserv, cuyos informes constituyen el preceptivo informe del Servicio exigido por el art. 81.1 LPACAP.

En este sentido, se justifica ello adecuadamente en la Propuesta de Resolución al manifestar:

«Con carácter previo al análisis de fondo, resulta necesario hacer constar la legitimación con la que actúa la Empresa Pública de Servicios del Ayuntamiento de Los Realejos S.L. (...) en el presente expediente.

Debemos remitirnos al acuerdo plenario del Ayuntamiento de Los Realejos adoptado en sesión ordinaria celebrada el día 6 de noviembre de 2003 por los que acordaba la aprobación del cambio de forma de gestión directa de varios servicios públicos municipales y de la aprobación inicial de los estatutos de la empresa pública a constituir para la gestión de los mismos.

Por acuerdo plenario adoptado en sesión ordinaria celebrada el día 23 de enero de 2004 se daba cuenta del resultado del trámite de información pública del precitado acuerdo de 6 de noviembre de 2003, y se procedía a transcribir Estatutos de la Empresa Pública de Servicios del Ayuntamiento de

Los Realejos S.L. (...). Su constitución se produjo por escritura pública otorgada ante el notario que fue de la Villa de Los Realejos don(...), de fecha (...), bajo el número (...) de su protocolo.

Con la denominación Empresa Pública de Servicios del Ayuntamiento de Los Realejos S.L. (...), dice el artículo 1 de los Estatutos (BOP de Santa Cruz de Tenerife, núm.99, viernes 25 de julio de 2014) se constituye una sociedad de nacionalidad española, bajo la forma mercantil de Sociedad de Responsabilidad Limitada, que se considera a todos los efectos legales medio propio del Excmo. Ayuntamiento de Los Realejos. Según el artículo 2.6 de los Estatutos el objeto de la sociedad está constituido por la prestación de los siguientes servicios públicos locales (entre otros): mantenimiento de vías públicas.

Por tanto, la empresa pública REALSERV es el servicio competente para informar en el presente expediente, habiéndose solicitado los informes de fecha 16 de junio de 2022 y 24 de febrero de 2023» (DCC 220/2023).

B. Daño

B. 1. Causado a funcionarios públicos

La reclamación la presenta un trabajador del Ayuntamiento, y el daño alegado se habría producido al ejercer sus funciones laborales. Ello plantea enseguida la cuestión acerca de si el Consejo Consultivo puede y tiene que emitir el dictamen solicitado.

Este Consejo, desde que se emitiera nuestro Dictamen 31/2001, vino manteniendo al respecto una consolidada doctrina. Esta doctrina se refiere a reclamaciones de responsabilidad patrimonial que, como la que se analiza ahora, se basaban en supuestos daños padecidos por un empleado público en su ámbito funcional o laboral, siendo evidente que en este caso el reclamante, que tiene tal condición, reclama unos daños padecidos en dicho ámbito, pues estaba desarrollando los cometidos propios de sus funciones específicas de oficial de fontanero, actuando para su Administración y en cumplimiento de las obligaciones de éste en virtud de contrato de trabajo suscrito con el Ayuntamiento el 27 de junio de 2016, incluyendo el riesgo inherente a su desarrollo. En base a estas circunstancias solicita que se le indemnice por el daño sufrido.

Pues bien, lo primero que nos tenemos que plantear para resolver el presente supuesto es si el procedimiento de responsabilidad patrimonial, del art. 32 y sigs. LRJSP, es el cauce adecuado para indemnizar las lesiones que se producen al trabajador en el marco del contrato de trabajo. De no ser éste el procedimiento adecuado, tampoco sería preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo, sobre la base del art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en anteriores dictámenes. Así, por ejemplo, el DCC 459/2021, de 1 de octubre de 2021:

«1. En relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que, como la que se analiza, se basan en supuestos daños padecidos por un empleado público en su ámbito funcional, ha tenido ocasión de pronunciarse el Consejo Consultivo en múltiples ocasiones.

En concreto, la doctrina del Consejo Consultivo de Canarias, plenamente consolidada (DDCC 177/2006, 485/2007 y 204/2009, entre otros), se fundamenta en que «es a los primeros (los particulares) a los que se refiere explícitamente la Constitución (cfr. artículo 106.2) y la LRJAP-PAC (cfr. artículo 139) cuando establece el derecho indemnizatorio por lesión en bienes y derechos, salvo fuerza mayor, por el funcionamiento de los servicios públicos, por muy amplia que sea la inteligencia de estos. Y, ciertamente, es clara la diferencia jurídica entre particulares y funcionarios desde la perspectiva de su relación con la Administración, caracterizándose los segundos por su relación de servicio o de especial sujeción frente a la generalidad de los particulares, no siendo equiparables a los funcionarios ni siquiera los que se relacionan contractualmente con la Administración, pues su relación con ella no es de servicios y, por ende, es contractual la responsabilidad que sea exigible entre ambas partes del contrato (...).

Sin embargo, ello no implica que la Administración carezca del deber de resarcir las lesiones que sufran sus funcionarios al realizar o cumplir sus deberes funcionariales, estando previsto específicamente en la normativa sobre Función Pública (cfr. art. 23.4 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que continúa en vigor hasta que se den las condiciones previstas en la disposición final cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, siendo actualmente de aplicación, en el mismo sentido el art. 14.d) de la misma y el 82.4 de la Ley autonómica 2/1987, de la Función Pública Canaria), de manera que parece clara su exclusión del régimen general de responsabilidad patrimonial o, si se prefiere, del que afecta a los particulares.

(...) Como ya ha señalado este Consejo Consultivo, si el derecho de los funcionarios a ser indemnizados por el funcionamiento administrativo no se corresponde con la responsabilidad patrimonial general de la Administración frente a los particulares, sino con el deber específico de ésta de reparar los daños que aquél cause a su propio personal, el procedimiento a seguir para tramitar la reclamación de indemnización en que se materializa el ejercicio de tal derecho no debe ser el que a partir de la regulación de la Ley 30/1992 en esta materia, con habilitación concreta en el art. 142.3 de la misma, es desarrollado por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

Al respecto, procede señalar que no está regulado un procedimiento general para la resolución de los supuestos de indemnización por razón del servicio, pese a que debiera haberlo como razonadamente pone de manifiesto el Consejo de Estado. Aunque se prevén en el Ordenamiento Jurídico distintas vías procedimentales para tramitar indemnizaciones a

funcionarios, como aquellos particularizados por la especial dificultad o peligrosidad de sus funciones, todos estos procedimientos específicos y distintos entre sí son equiparables tanto por su común fundamento del derecho indemnizatorio a reconocer como por el hecho de que ninguno es el ordenado en el citado Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

En resumidas cuentas, no siendo el procedimiento a seguir el del Reglamento ya citado, que desarrolla exclusivamente los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC, ni existiendo uno de responsabilidad por daños a funcionarios, genérico o específico del caso, el procedimiento a seguir ha de ser el administrativo común determinado en la Ley 30/1992, que no establece como preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo».

No obstante, la doctrina consultiva que acaba de exponerse ha venido a ser matizada de forma significativa por nuestro Dictamen 62/2022, de 17 de febrero. En el mismo se consideró adecuadamente tramitada y ajustada a Derecho una Propuesta de Resolución que estimaba la reclamación de una funcionaria pública por un daño generado en el ejercicio de sus responsabilidades como tal. El citado Dictamen, que recogía doctrina del Consejo de Estado en esa misma línea, señalaba:

“ 3.5. En definitiva, la doctrina sustentada hasta ahora por este Consejo parte exclusivamente del criterio general ya señalado de que cuando los hechos en que se fundamenta la reclamación se producen en el ejercicio y con ocasión de la actividad laboral, las reclamaciones se han de sustanciar en el seno de la relación jurídica que vincula al empleado con la Administración, sin que quepa por tanto el recurso al procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración ni, por ende, la emisión de Dictamen por este Consejo. No obstante, dado el sentido de la doctrina mantenida también de forma constante por el Consejo de Estado y acogida por la generalidad de los Consejos Consultivos, sin que esta doctrina suponga contravención de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, el Pleno de este Organismo, mediante Acuerdo de 17 de febrero de 2022, ha completado la misma a fin de acoger las excepciones que posibilitan el planteamiento de estas reclamaciones por el personal al servicio de las Administraciones públicas, aplicando el principio de indemnidad, y, en consecuencia, emitir en estos procedimientos un dictamen que entre en el fondo del asunto. Sin embargo, esta valoración ha de ser analizada caso por caso, teniendo en cuenta si los daños por los que se reclama derivan o no del funcionamiento del servicio público y, en caso afirmativo, del cumplimiento de los restantes requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el presente caso, constatada la inexistencia de un procedimiento específico para la reclamación de los daños producidos y siendo los mismos consecuencia del funcionamiento del servicio público concernido -como veremos más adelante-, resulta procedente acudir a la vía

de la reclamación de responsabilidad patrimonial y, por tanto, preceptiva la solicitud de dictamen.

(...)

Así, en el presente supuesto ha resultado acreditada tanto la realidad de los hechos alegados como la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento de las instalaciones de la oficina pública y tales daños, ...por lo que este Consejo coincide en la existencia de nexo causal entre la indebida colocación de los cables y la caída de la interesada”.

Teniendo en cuenta la expuesta doctrina de este Consejo Consultivo, llamados como estamos a su consideración para cada caso concreto, cumple analizar el supuesto ahora sometido a consulta, y resolver en consecuencia.

Según consta en el expediente, la Dirección Provincial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en su Dictamen de 14 de noviembre de 2017, calificó los hechos como “accidente de trabajo”, con lo que coincide el escrito del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Las Palmas de 17 de noviembre de 2017. Posteriormente, el Informe de Investigación de Accidentes de la Inspección provincial de trabajo y seguridad social de Las Palmas, de 12 de marzo de 2019, concluye afirmando *“la ausencia de responsabilidad del empleador Ayuntamiento de Santa Lucía en la producción del accidente de trabajo”.*

Con la anterior conclusión coincide el preceptivo informe del Servicio de Riesgos Laborales y Recursos Humanos del Ayuntamiento de Santa Lucía (de 2 de agosto de 2021), que tuvo en cuenta el “Procedimiento para la manipulación de rollos de tubería de polietileno” asumido por el Ayuntamiento, pues (el reclamante) *“al realizar él solo sin la asistencia del compañero el desenrollado de la bobina, favoreció el retroceso de la misma.. y no siguió (así) las instrucciones dadas por su compañero, personal laboral indefinido del Ayuntamiento y realizó el solo la operación”.*

La Propuesta de Resolución, que con carácter previo considera extemporánea la reclamación y prescrita la acción para ejercitarla, considera no probada la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos municipales, al imputar su producción a una acción del trabajador negligente e incumplidora de las instrucciones recibidas.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos puede afirmarse que en el presente caso no se da la *“inexistencia de un procedimiento específico para la reclamación de los daños producidos”* a que alude el arriba citado Dictamen 62/2022, pues se siguió el propio de un accidente de trabajo por parte de la Inspección de Trabajo, lo que aseguró la efectividad del principio de indemnidad. No resulta por tanto incluíble este supuesto en las excepciones que según el anterior Dictamen cabe formular a la doctrina general sobre los procedimientos de responsabilidad de la Administración, según la cual éstos sólo se aplican a los eventuales

daños que los particulares, y no los empleados públicos, hubieren sufrido por el funcionamiento de los servicios públicos, salvo que su reclamación no cuente con una vía específica de resarcimiento para ser sustanciada.

Recientemente, en su Dictamen 620/2022, de 16 de junio, el Consejo de Estado ha venido a recordar lo que por otra parte denomina su *“reiterada doctrina”* en relación con la indemnización por los perjuicios derivados del accidente sufrido por un trabajador al servicio de la Administración sucedido en su puesto de trabajo: *“No es este, a juicio del Consejo de Estado, el cauce adecuado para dilucidar la pretensión indemnizatoria de la reclamante quien, en la fecha en la que se produjo el accidente (13 de abril de 2015) prestaba sus servicios en virtud de una relación contractual laboral en la que la Administración militar asumía el papel de empleadora. Es doctrina reiterada de este Consejo que la existencia de una vía específica de resarcimiento excluye, en principio, el régimen general de la responsabilidad patrimonial. En el caso del expediente sometido a consulta, esa vía específica de resarcimiento es la que se corresponde con la naturaleza contractual del vínculo de la interesada con la Administración.”*

Añade en este sentido el Consejo de Estado en el citado Dictamen que las prestaciones reconocidas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, incluyendo los recargos que pudieran determinarse debido a la inobservancia por parte de la empleadora de las medidas de seguridad exigibles, son independientes del derecho que asiste al interesado de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente laboral, *“pretensión ésta que no procede enjuiciar a la Administración en el marco de un expediente de responsabilidad patrimonial, sino que habrá de dilucidarse ante la jurisdicción social (previo trámite de conciliación)”*. En efecto, de acuerdo con el art. 2.b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social, corresponde a los órganos jurisdiccionales de este orden el conocimiento de las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente.

En consecuencia, habida cuenta de la existencia de una vía específica de resarcimiento también en este caso tampoco procede ahora emitir dictamen por este Consejo Consultivo (DCC 164/2023).

B. 2. Retraso injustificado en la resolución del procedimiento

Además de la doctrina expuesta con anterioridad, a la hora de entrar en la cuestión de fondo se ha de tener en cuenta también la doctrina establecida por los Tribunales de Justicia

relativa a la determinación de aquellos casos en los que el retraso injustificado a la hora de resolver los procedimientos administrativos por parte de las Administraciones Públicas, constituyen un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos, dando lugar a la producción de un daño antijurídico e indemnizable, doctrina esta que, como se verá, tiene por fundamento el criterio de razonabilidad.

Así, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sentencia 39/2014 de 29 enero, se afirma que:

«No obstante, lo anterior no excluye la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración en los casos en que tiene lugar un incumplimiento de plazo que venga alzado como esencial y en que la demora resulte significativa y, atendiendo al caso concreto, reveladora de un funcionamiento anormal de la Administración apartándose del estándar de razonabilidad. En este sentido, resulta elocuente el Dictamen del Consejo de Estado. 449/2012, de 21 de junio, que referido a otras cuestiones, al menos fija la doctrina general en los siguientes términos: "Como ha señalado este Consejo de Estado en anteriores dictámenes (entre ellos, el 928/2002, de 16 de mayo; el 1.579/2007, de 6 de septiembre; el 1.592/2008, de 6 de noviembre; el 1.389/2009, de 10 de septiembre; o el 259/2010, de 25 de marzo), 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».

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que se razona lo siguiente:

«Ahora bien, el simple transcurso del plazo legalmente establecido para la resolución y notificación administrativa no es suficiente para el surgimiento de la responsabilidad administrativa. Sólo nos encontraremos ante un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos, aquí Administración urbanística, cuando la demora sea " injustificada ", como se encarga de matizar el citado artículo 35.d) TRLS de 2008.

Así, el retraso en la concesión de la licencia urbanística no tendrá consecuencias, por ejemplo, en aquellos casos en que el plazo legal para el dictado de la resolución sea suspendido para la realización de distintos trámites o para la subsanación de defectos de la propia solicitud (artículo 42.5 de la Ley 30/1992), o cuando sea causa de la actuación del propio administrado (Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011). También se ha considerado justificado el retraso en aquellos supuestos en que la demora es consecuencia de una dificultad objetiva de la aplicación de la normativa urbanística (Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 573), rec. 411/2001, y 8 de junio de 2006 (RJ 2006, 4657), rec. 3347/2002)».

A mayor abundamiento, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, del Tribunal Supremo, de 8 junio 2006, se afirma que:

«Entiende la Sala que en el presente caso, dados los términos en que el recurso está planteado y la complejidad de las actuaciones administrativas a desarrollar, el plazo transcurrido para la obtención de la licencia de edificación no puede estimarse que exceda del asumible conforme a criterios de razonabilidad, pues no se está ante un auténtico expediente administrativo sino en presencia de una actuación urbanística compleja, con competencia de diversas administraciones concernidas, y que exige la tramitación de diversos instrumentos urbanísticos a los que en modo alguno puede ser aplicable el principio de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) que sobre el plazo máximo de duración de un expediente» (DCC 140/2023).

B. 3. Acto declarado nulo

Pues bien, en los supuestos de responsabilidad patrimonial por anulación en virtud de sentencia firme de actos y disposiciones administrativas generales, este Consejo Consultivo ha venido señalando (por todos, DCCC 169/2018) que:

«4. Dispone el art. 142.4 LRJAP-PAC que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos administrativos no presupone derecho a la indemnización. Con ello, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, el derecho a la indemnización no se da por supuesto por el solo hecho de que el acto administrativo haya sido anulado, no es una secuela necesaria derivada de dicha anulación, sino que requiere la concurrencia de los requisitos generales establecidos en el art. 139.1 LRJAP-PAC, esto es, daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia del deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo (SSTS de 31 de mayo de 1997, 28 de junio de 1999, 15 de abril de 2000, 12 de julio, 26 de septiembre de 2001, 16 de febrero de 2009, 20 de enero de 2013, 25 de abril y 7 de noviembre de 2017 y 22 de enero de 2018, entre otras muchas). El citado art. 142.4 establece pues la posibilidad de que la anulación del acto administrativo, de acuerdo con el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sea presupuesto inicial u originario para que tal responsabilidad pueda nacer siempre que concurren los requisitos para ello.

La abundante jurisprudencia en la materia se condensa del siguiente modo en la reciente STS de 21 de marzo de 2018:

“En relación con estas cuestiones, recientemente, en la STS 65/2018, de 22 de enero, hemos examinado, una vez más, la exigencia del artículo 142.4 de la LRJPA en relación con la de la antijuridicidad derivada del daño, como determinante para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, a cuyo efecto, decíamos que `conviene tener en cuenta el fundamento y finalidad de esta institución, que se dirige a garantizar la indemnidad patrimonial, mediante la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, por la actividad de la Administración, que, en el ejercicio de sus competencias y dirigida a la consecución de los objetivos que en cada caso le

son propios, afecta además de manera concurrente, específica y negativa a los derechos e intereses del administrado, causándole una lesión que no tiene el deber de soportar. La finalidad de la institución se asocia a la reparación de la situación patrimonial del administrado afectada por la actividad administrativa y el fundamento legal viene determinado por la falta de justificación de la lesión en cuanto no existe un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño patrimonial. De tal manera que el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo sino a esa falta de justificación del daño, es decir, a la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber de soportarla. Como dice el art. 141 de la Ley 30/92, aplicable al caso, solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular por daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

De esta manera, el examen de la antijuridicidad del daño, como elemento determinante de la resarcibilidad de la lesión, permite a la jurisprudencia modular la responsabilidad en cada caso, atendiendo a la naturaleza y alcance de la actividad administrativa causante, que en el caso de las reclamaciones derivadas de la anulación de actos o disposiciones ha dado lugar a una doctrina, que se refleja ya en las sentencias de 5 de febrero de 1996, 4 de noviembre de 1997, 10 de marzo de 1998, 29 de octubre de 1998, 16 de septiembre de 1999 y 13 de enero de 2000, y que se recoge en la sentencia de 20 de noviembre de 2013 .

En estos casos, la responsabilidad patrimonial no se anuda con carácter necesario a la anulación del acto o resolución administrativa sino que es preciso valorar si tal actividad administrativa se ha producido en el margen de razonabilidad que corresponde al caso, valoración que compete realizar el Tribunal y que no puede sustituirse por las apreciaciones subjetivas de las partes, salvo que se ponga de manifiesto una relevante falta de correspondencia con la realidad fáctica enjuiciada o una interpretación jurídica carente de fundamento”.

En consecuencia, que en el caso específico de esta responsabilidad fundada en el artículo 142.4 de la LRJPA, su apreciación y procedencia no se vincula simplemente a la anulación del acto sino que, además, deben concurrir todos los requisitos exigidos a tal efecto por dicha ley: daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo.

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala (STS de 16 de febrero de 2010) ha puesto de manifiesto que no caben ni resultan procedentes interpretaciones maximalistas del citado precepto de uno u otro sentido; esto es, que no procede afirmar que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad.

Igualmente, la jurisprudencia de esta Sala ha perfilado la exigencia de responsabilidad basada en dicho artículo 142.4 en función del tipo de potestades articuladas por la Administración, en cuyo ejercicio se produjo la nulidad en la que se fundamenta la exigencia de responsabilidad, debiendo, pues,

atenderse a las peculiaridades del caso. Así en la STS de 9 de diciembre de 2015 se expuso que “... no procede esa exigencia de responsabilidad o, lo que es lo mismo, existe el deber jurídico de soportar el ciudadano afectado el daño ocasionado, cuando la norma que habilita la actuación de la Administración la somete a la consideración de potestades discrecionales, conforme a las cuales puede optar por varias soluciones, porque todas ellas son admisibles en Derecho, al ser jurídicamente indiferentes, supuestos en los cuales cuando, por circunstancias diversas, pueda verse anulada la decisión adoptada al amparo de dichas potestades, se considera que los ciudadanos afectados están obligados a soportar el daño ocasionado.

Panorama bien diferente es el que se genera en los supuestos en que la norma habilitante de la actuación administrativa establezca criterios reglados para su aplicación, rechazando cualquier margen de apreciación para la Administración, en el que el criterio de imposición de soportar el riesgo es más débil, precisamente porque ese carácter reglado de la norma comporta un mayor grado de incorrección en la decisión adoptada. No obstante, también cuando actúa la Administración sometida a esas normas que confieren potestades regladas, se han discriminado aquellos supuestos en que ese rigor de la norma se impone acudiendo a conceptos jurídicos indeterminados, es decir, cuando la norma no agota todos los elementos de la potestad conferida, sino que requiere una valoración de las circunstancias concurrentes para determinar la abstracción que la descripción de la norma impone con tales indeterminaciones a concretar en cada supuesto concreto, atendiendo a las circunstancias de cada caso. Por último, aun en los supuestos en los que se aplican normas de carácter absolutamente regladas, es admisible supuestos --y se deja constancia ejemplificativa de ello en la sentencia antes mencionada-- en la que la posterior anulación de la actividad administrativa excluye la responsabilidad patrimonial porque la decisión adoptada aparezca como fundada. Porque lo relevante para la valoración de la tipología a que se ha hecho referencia han de ser examinados conforme a las características de razonabilidad de la decisión y a la motivación de esa razonabilidad, apareciendo la decisión adoptada como una de las alternativas admisible en derecho, sin perjuicio de que, por las circunstancias de cada supuesto, la decisión última en vía administrativa o jurisdiccional sea contraria a lo decidido”.

En tal sentido se ha puesto de manifiesto por esta Sala (STS de 8 de abril de 2014) que “la apreciación de que la resolución anulada a que se imputa el daño por responsabilidad patrimonial es razonable y razonada, excluye la obligación de resarcimiento y genera la obligación del perjudicado de soportarlo, conclusión que se funda en que siendo razonada la decisión, aun cuando fuese posteriormente anulada, no puede concluirse la irrazonabilidad de la mera anulación cuando, como concluye la Sala de instancia en el presente caso, la decisión administrativa comporta una interpretación de los preceptos normativos que no pueden generar la responsabilidad reclamada”. Y en la STS de 30 de junio de 2014 añadimos que “tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5 de febrero de 1996, de 4 de noviembre de 1997, de 10 de marzo de 1998, de 29 de octubre de 1998, de 16 de septiembre de 1999 y de 13 de enero de 2000, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la

actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados, habiendo descartado esta Sala en sentencias de 16 de febrero y 8 de mayo de 2007 (recursos de casación n.º 346/2003 y 5866/2003) que la actuación de una Administración sea razonable cuando se ha faltado el presupuesto básico para su actuación como es la competencia”.

(...)

En consecuencia, que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativos no presupone el derecho a indemnización (ex artículo 142.4 de la LRJPA, hoy artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LSP), de tal manera que si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone sin más el derecho a la indemnización, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que la anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión.

Partiendo, pues de que la anulación administrativa o jurisdiccional no presupone, por sí misma, el derecho a indemnización, ha de estarse al principio de que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (artículo 139.1 de la LRJPA, 32.1 de la LSP). En consecuencia, solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (artículo 141.1 de la LRJPA; hoy artículo 32.1 de la LSP)» **(Doctrina reiterada en los DDCC 390/2023 y 513/2023).**

B. 4. Supuestos especiales

B. 4. 1. Daños causados por la gestión urbanística

En relación con el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas la jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que «para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

Los anteriores principios generales en materia de responsabilidad patrimonial en materia administrativa, es preciso concretarlos en materia urbanística.

Uno de los principios generales que recoge el art. 4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (antes art. 3 de la Ley del Suelo de 2008) y el art. 4.2 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo (TRLOTENC), y posteriormente la Ley 4/2017, del Suelo y de los Espacios Naturales de Canarias (art. 26.2) es el principio de no indemnizabilidad por la ordenación urbanística salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes.

Sin embargo, este principio no puede ser interpretado como una exoneración absoluta a la Administración de su responsabilidad patrimonial en materia urbanística.

Así el art. 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana concreta los supuestos indemnizatorios, como consecuencia del principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 CE y en el principio de confianza legítima (art. 3.1 LRJSP), principios que imponen importantes matices al citado principio de no indemnizabilidad.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que, más que «*supuestos*» indemnizatorios, lo que recoge el art. 48 TRLSRU son «*presupuestos*» indemnizatorios, puesto que, por mucho que concurren las circunstancias previstas en dicho precepto, solamente se generarán derechos indemnizatorios si, además, se dan los requisitos que la LRJSP establece para que nazca la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a los que anteriormente se ha hecho referencia.

Asimismo, en relación con el daño ocasionado (daño que ha de ser efectivo, evaluable económicamente, individualizado y antijurídico), uno de los principios básicos del ordenamiento urbanístico es el principio de «*patrimonialización de aprovechamientos urbanísticos*».

Para que exista un daño indemnizable, debe tenerse en cuenta que nuestro sistema funciona bajo la exigencia de consolidación de derechos urbanísticos para que pueda generarse legítimamente alguna pretensión indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración, negando la ausencia de consolidación, la entrada en juego del instituto de la responsabilidad patrimonial (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2011).

En este sentido, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de forma reiterada viene entendiendo (Sentencia de 15 de diciembre de 2010, entre otras) que en materia de responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico, el contenido económico del derecho de

propiedad del suelo es el que corresponde a su valor inicial, es decir, al de un terreno no urbanizable, que sólo tiene el aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal propio de su naturaleza. Por ende, las facultades o contenidos urbanísticos artificiales, que no son inherentes a esa naturaleza, sino producto de la concreta ordenación urbanística, como adiciones o añadidos que derivan de la clasificación y calificación prevista en una norma o plan de ordenación, no pasan de ser meras expectativas, que sólo se adquieren, consolidan e ingresan en el patrimonio del propietario mediante la participación de éste en el proceso urbanizador a través del gradual cumplimiento de los deberes urbanísticos que son su contrapartida. Es entonces cuando nace el derecho a su indemnización y a la de los gastos ocasionados para ese cumplimiento que hayan devenido inútiles.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006, entre otras, en supuestos de responsabilidad por actos del legislador que inciden en el planeamiento urbanístico, considera que *«la posible privación de derechos e intereses con un contenido patrimonial radica en la determinación de si los derechos e intereses de que ha resultado privado el eventual perjudicado han sido incorporados realmente a su patrimonio, o constituyen meras expectativas de derecho»*.

Por su parte, resulta igualmente significativo lo razonado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2009, al señalar:

«Abundando más en la naturaleza del daño, aquí de índole urbanística, debemos señalar que la privación mediante acto legislativo de derechos de esta naturaleza urbanística debe acomodarse al grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva al propietario, mediante la escalonada incorporación de derechos derivados de la ordenación urbanística al patrimonio del propietario, tales como el derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, o el derecho a edificar y a la edificación. De manera que solo cuando los deberes del propietario en el proceso urbanizador han sido cumplidos puede decirse que se han incorporado a su patrimonio los contenidos que la norma, de modo artificial, añade a su derecho inicial, toda vez que solo en tal caso ha contribuido a que dicho ejercicio sea posible».

Pues bien, uno de los deberes que establece nuestro ordenamiento jurídico para patrimonializar el correspondiente aprovechamiento urbanístico es la obtención de los permisos necesarios, previo cumplimiento de las normas o del planeamiento aplicable (arts. 4.2, 26.2 y 3, y 28 LSENPC). Sin el previo cumplimiento de estos deberes las facultades urbanísticas no se pueden patrimonializar, y en consecuencia, no procede reclamar su obtención por la vía de la responsabilidad patrimonial.

El daño a reclamar, puede consistir tanto en el daño emergente (por ej. gastos de los proyectos devenidos inútiles por cambio de planeamiento) como en el lucro cesante (por ej. pérdida del aprovechamiento urbanístico). Pero para que proceda la reclamación de tales conceptos indemnizatorios es preciso que el solicitante haya cumplido con todos sus deberes,

de forma que no se le pueda atribuir responsabilidad a título de dolo, culpa o negligencia grave, en la pérdida de los posibles derechos urbanísticos **(DCC 413/2023)**.

C. Relación de causalidad

C. 1. Intervención de terceros

Asimismo, en el Dictamen 69/2022, de 21 de febrero, en relación con la intervención de terceros en la producción del resultado final, se ha señalado que:

«Este Consejo Consultivo, siguiendo la reiterada doctrina jurisprudencial en la materia, ha manifestado, entre otros, en su Dictamen 382/2019, de 29 de octubre, que:

«A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 8 noviembre 2010, señala que:

“(…) En lo que atañe al nexo causal, se ha superado la inicial doctrina que supeditaba la responsabilidad de la Administración a la existencia de una relación no solo directa sino exclusiva entre el funcionamiento del servicio y el resultado lesivo (STS 28-1-1972), lo que suponía excluir dicha responsabilidad cuando en el proceso causal incidía el comportamiento del perjudicado o la intervención de tercero, de manera que la jurisprudencia viene manteniendo que dicha intervención no supone excluir la responsabilidad de la Administración, salvo que aquella resulte absolutamente determinante.

*(…) No obstante, el carácter objetivo de esta responsabilidad no supone que la Administración haya de responder de todas las lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, siendo preciso para ello que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio, quedando exonerada la Administración cuando la intervención de tercero o del propio perjudicado reviste la suficiente intensidad para resultar determinante del resultado lesivo, quebrando la relación con el servicio público en cuyo ámbito se han producido los hechos, aun cuando el funcionamiento del mismo sea defectuoso”» **(DCC 140/2023)**.*

C. 2. Negligencia del interesado

Partiendo de la doctrina expuesta anteriormente, se hace preciso advertir que la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño causado por la caída -este último debidamente acreditado por el interesado-, pasa por contrastar si está acreditado que los hechos fueron consecuencia del funcionamiento del servicio público municipal -tal y como sostiene el perjudicado-, o si, por el contrario, resulta imputable a la conducta observada por el reclamante al deambular -criterio sostenido por la Propuesta de Resolución-.

Pues bien, una vez examinado el contenido del expediente tramitado y los instrumentos de prueba que figuran en él, se entiende que los daños sufridos por el reclamante resultan imputables a su falta de diligencia debida al deambular por la zona en la que acontece el hecho lesivo.

En efecto, teniendo en cuenta que la caída se produce: a) de día y en una zona con suficiente iluminación –según se extrae de la propia documental aportada por el reclamante-; b) en una «[...] zona del pasillo situado encima de la grada y cerca de la cantina» -folio 19- lo suficientemente amplia como para poder esquivar fácilmente el desperfecto presente en el pavimento -folio 6-; c) en presencia de un desnivel de escasa entidad, debidamente señalizado y, por tanto, fácilmente perceptible -tal y como se deduce de la documental fotográfica aportada por el perjudicado y del informe emitido por el Instituto Municipal de Deportes: «Lo que aparece en la fotografía no es ninguna marca vial, es una cuña señalizada que evita el tropiezo entre ambas superficies separadas por una junta de dilatación, que por asentamiento del terreno había producido un pequeño desnivel que ocasionaba tropiezo»-; y d) sin que las circunstancias climatológicas alteraran el estado del pavimento o la visibilidad, ni el reclamante haya alegado ni acreditado padecer deficiencia física/psíquica alguna que limitara su percepción de las circunstancias de la acera -suficientemente amplia, como ya se ha apuntado- que le impidiera ver y sortear cualquier obstáculo y/o desnivel; es por lo que procede concluir que el hecho lesivo no resulta imputable al funcionamiento del servicio público municipal, sino a la falta de una mínima diligencia al deambular por parte del transeúnte -y ahora reclamante-.

Como ya ha señalado este Consejo Consultivo en relación con caídas sufridas por los peatones en las vías públicas [v.gr., Dictamen 134/2022, de 7 de abril], de la mera producción del accidente no deriva sin más y en todos los casos la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues es preciso que concurra, entre otros requisitos legalmente determinados, la existencia del necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el daño por el que se reclama.

En relación con este requisito, cuando se trata de caídas producidas en los espacios públicos procede reiterar la doctrina sentada por este Consejo, entre otros, en sus Dictámenes 216/2014, de 12 de junio; 234/2014, de 24 de junio; 374/2014, de 15 de octubre; 152/2015, de 24 de abril; 279/2015, de 22 de julio; 402/2015, de 29 de octubre; 441/2015, de 3 de diciembre; 95/2016, de 30 de marzo, y 402/2016, de 1 de diciembre, a su vez recogida en el Dictamen 453/2019, de 5 de diciembre y otros muchos posteriores. En ellos se ha señalado lo siguiente:

«El art. 139.1 LRJAP-PAC exige que para que surja la obligación de indemnizar de la Administración el daño alegado debe ser causa del funcionamiento normal o anormal de un servicio público. No basta por tanto que el reclamante haya sufrido un daño al hacer uso de un servicio público, sino que es necesario que ese daño hay sido producido por su funcionamiento. Tampoco basta que este haya sido defectuoso. Es necesario que entre el daño alegado y el funcionamiento anormal haya una relación de causalidad. El principio de causalidad parte de la constatación de que todo efecto tiene siempre una causa. Dadas unas condiciones necesarias y suficientes para que se produzca un efecto,

éste siempre sucede. En idénticas circunstancias una causa produce siempre el mismo efecto. Una causa puede estar configurada por una serie de condiciones. Todas ellas son necesarias para que se produzca determinado efecto, pero si éste no se produce al eliminar una de esas condiciones, entonces la condición eliminada será la causa determinante del resultado. Las calles de una ciudad presentan distintos planos y elementos sobre su superficie que los transeúntes han de superar o sortear. Así, al cruzar la calle el peatón ha de salvar la diferencia de plano entre el bordillo de la acera y la calzada acomodando su marcha al efecto. Si tropieza con el bordillo de la acera y cae, la causa decisiva no radica en la existencia de ese desnivel. Esta es una condición necesaria para que se produzca la caída, pero la circunstancia decisiva para que se produzca la caída ha sido que el transeúnte no ha acomodado su marcha a las circunstancias de la vía a fin de pasar desde el plano inferior de la calzada al plano superior de la acera. Igualmente, sobre las aceras pueden estar dispuestos diferentes elementos: bolardos, postes de farolas o de semáforos, bancos públicos, objetos dejados circunstancialmente por otros usuarios (...) etc. Todos estos elementos son visibles y los viandantes los sortean en su deambular. Si alguno tropieza con ellos y cae la causa decisiva de esa caída no estriba en la presencia de ese objeto en la vía sino en la distracción del peatón (...).».

A la vista de cuanto se ha expuesto anteriormente, se entiende que no cabe apreciar la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público municipal y el daño alegado, por lo que la pretensión resarcitoria debe ser desestimada (**DCC 337/2023**).

C. 3. Culpa *in vigilando*

A lo largo del procedimiento, indudablemente, debió emitirse informe municipal que se pronunciara sobre la titularidad de la vía y de las obras en el momento del accidente; pero, a la vista de los informes existentes en el procedimiento, es indudable la responsabilidad de la Administración en la producción del daño por el que se reclama, pues al estar la vía abierta al tráfico (como se desprende de los mismos informes municipales) mientras se ejecutaban unas obras en la misma que implicaban peligro para las personas, tanto por la existencia de obstáculos (hoyos para plantación futura) como por la ausencia de iluminación (luminarias aún sin haber entrado en funcionamiento), la Administración debió establecer o hacer establecer las medidas necesarias para evitar posibles daños durante la ejecución de las obras en la vía, siendo responsable en caso de ejecutarse obras por entidad privada por culpa *in vigilando*, por permitir el uso público de la vía sin que ésta tuviera las debidas condiciones de seguridad o estuviera sin señalizar la existencia de peligro por la presencia de socavones. Que los elementos de la vía, según el informe policial constituían un peligro para los viandantes en horas nocturnas como el día del accidente, lo corrobora en suma la circunstancia de que la fuerza actuante hubo de proceder al vallado de la zona tras el acaecimiento del hecho lesivo.

Este Consejo se pronunció en el Dictamen 151/2022, de 21 de abril, en el sentido que indicamos:

«(...) Tampoco se puede obviar que la vía está abierta al uso público sin limitación -como reconocen los informes municipales-, por lo que en este caso, con independencia de quién sea el titular de la vía, el Ayuntamiento tiene responsabilidad por permitir el uso público de la vía sin que ésta tenga las debidas condiciones de seguridad o sin señalizar la existencia de peligro por la presencia de socavones. En este sentido el art. 25.2 g) LRBRL atribuye competencia a los municipios sobre el tráfico en las vías urbanas. En el mismo sentido el art. 7 del RDLeg 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, atribuye a los municipios la regulación, ordenación, gestión, vigilancia y disciplina, por medio de agentes propios, del tráfico en las vías urbanas de su titularidad, o incluso, permite el cierre de vías urbanas cuando sea necesario. Por tanto, el Ayuntamiento tiene una responsabilidad in vigilando por permitir la apertura al uso público de una vía sin las debidas condiciones de seguridad.

En el DCC 292/2008, en un asunto similar, señalamos:

«1. La Propuesta de Resolución es desestimatoria al considerarse que no concurre relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño sufrido por el reclamante, pues no ha quedado probado en la instrucción del procedimiento que los hechos sucediesen en las circunstancias descritas por la interesada y, además, la calle Atbitocazpe se encuentra en una urbanización no recepcionada, no siendo responsable el Ayuntamiento de su conservación y mantenimiento.

2. En este caso, antes de entrar en el fondo del asunto es preciso realizar dos observaciones. La primera, es que el daño fue causado por un imbornal de recogida de aguas pluviales, por lo tanto, del servicio municipal de alcantarillado, siendo un dato que corrobora dicha titularidad el que en el informe del Servicio se afirma que fue reparado por los Servicios municipales.

La segunda es la relativa al uso de la calle Atbitocazpe, resultando que la misma está abierta al tráfico público sin limitación y con el conocimiento municipal. No se trata de una calle que sólo sea utilizada por los propietarios de la urbanización.

Además, en ella se encuentra la Guardería municipal, de servicio público, a la que tienen acceso los vecinos usuarios de la misma.

Por lo tanto y en lo que se refiere a dicha calle, la Administración municipal tiene una obligación de vigilancia respecto a la seguridad del tráfico, sin perjuicio de lo relativo a la competencia en materia de alcantarillado, que a ésta le corresponde».

Si el uso de la vía es público -como reconocen los informes municipales-, el Ayuntamiento no se puede excusar en la titularidad privada de los terrenos, para no proceder al mantenimiento de la vía, pues la obligación de conservación no deriva de la titularidad, sino del uso por la generalidad de los ciudadanos. Aunque formalmente la vía no esté recepcionada por el Ayuntamiento, si ese uso público se realiza con el consentimiento del Ayuntamiento, la Administración debe mantener la vía, porque no es admisible la apertura de una vía a la generalidad de los ciudadanos sin que la misma presente condiciones de seguridad. En otro caso, la Administración debería cerrar la vía al uso público y obligar a los titulares a mantenerla para un uso exclusivamente privado.”

Las obligaciones que tienen atribuidas las entidades locales en materia de seguridad en las vías públicas, por lo demás, han sido puestas de relieve de forma constante en la jurisprudencia relacionada con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones

Públicas; citaremos a título de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 noviembre de 1994:

«Tal daño ha sido producido, en relación de causa a efecto por el defectuoso funcionamiento de un servicio público, propio y específico de la entidad recurrente, cual es el actuar administrativo conducente al mantenimiento de las condiciones mínimas y elementales de seguridad de las calles y paseos públicos locales, toda vez que las entidades de la Administración Local tienen la obligación inexcusable de mantener tales vías públicas abiertas a la circulación peatonal y viaria, en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilizan esté normalmente garantizada, al menos en cuanto a los aspectos materiales de mantenimiento de esas vías para su fin específico, sin que sea permisible que presenten dificultades u obstáculos a la normal circulación peatonal tales como agujeros, depósitos de arena, u otros materiales, etc. sin por lo menos estar adecuadamente señalizados o con la adopción de las medidas pertinentes para la prevención, en tales casos, de posibles eventos dañosos. Y es precisamente, este ineludible deber municipal el que establece el nexo causal entre la actuación u omisión administrativa y las consecuencias dañosas de los eventos que como el aquí contemplado signifiquen una quiebra real de tales condiciones de seguridad.

(...) La causa directa y exhaustiva del resultado dañoso radicó en el deficiente estado del pavimento de la calle pública por donde apaciblemente paseaba la noche de autos la lesionada, al no estar colocada la tapa del registro de una arqueta del alumbrado público, quedando en la acera del mencionado Paseo un hueco peligroso al aire libre, sin ni siquiera estar señalizada tal circunstancia, lo que es revelador de un claro déficit en la actividad municipal constitutiva del servicio público de mantenimiento de las vías públicas municipales en el adecuado estado de seguridad para los ciudadanos que transitan por las mismas.

Tal omisión de esos deberes de conservación del pavimento de una calle, no fue un evento imprevisible de ser evitado a tiempo, ya que del informe del Cabo-Agente municipal de 24 agosto 1984 -folio 10 del expediente- se desprende que varios días después de sucedido el evento dañoso se «pudo comprobar la existencia de varios de estos registros faltos de tapa» en el lugar donde ocurrieron tales hechos, cuyas consecuencias son por tanto imputables al aquí recurrente como titular de dicho servicio público antecitado, independientemente de que la instalación de ese servicio de alumbrado fuese construido por el Ministerio de Obras Públicas o de que se haya o no transferido el mismo a la Comunidad Autónoma de Andalucía, y haya sido o no recepcionado por el Ayuntamiento sin perjuicio de que la entidad municipal sevillana, si así lo cree oportuno, deduzca las correspondientes acciones de regreso contra quien corresponda, en su caso».

En similares términos se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en Sentencia de 30 de mayo de 2002:

«La existencia de tal deficiencia -una alcantarilla que sobresalía un centímetro con una tapa mal colocada y la existencia de una baldosa junto a la referida tapa que presentaba un hundimiento o rotura que hacía un desnivel mayor formando un hueco-, es atribuible a la Administración, por el incumplimiento de sus deberes de conservación de elementos de un servicio público de su titularidad conlleva a entender que existe plena relación de causalidad entre el actuar de la Administración y las

lesiones de la actora. Y es que como ya ha señalado esta Sala en otras ocasiones (...) y de conformidad con el planteamiento ya efectuado, no puede entenderse que el Ayuntamiento de Pamplona carezca de obligación alguna en relación con el estado de la tapa-registro, pues el estado de dicha tapa-registro trasciende propiamente al del servicio de mantenimiento-conservación (...) para convertirse en un aspecto de seguridad viaria, y de adecuada conservación y policía viaria, aspectos sobre cuyos extremos es competente el Ayuntamiento encargado de la prestación de servicios en forma directa, sin pueda quedar exonerado el mismo -en los términos expuestos- por la contratación del mantenimiento de las instalaciones de regulación del tráfico, servicio cuya titularidad originaria siempre corresponde al Ayuntamiento". Y añade esta resolución judicial: "Así, dentro de los servicios públicos municipales está el de conservar en estado de uso seguro las vías públicas -art. 25 de la Ley de Bases de Régimen Local-, por lo que ha de reputarse que la lesión es atribuible al servicio público municipal, y esta relación de causa a efecto no puede verse enervada en este caso por la supuesta omisión de un cuidado en el ciudadano usuario, pues éste al deambular por la calle debe extremar el celo en orden a la circulación de vehículos, existencia de obstáculos o de otros peatones, pero no es exigible que verifique la regularidad de la calzada, ya que la misma se presume apta y en perfecto estado de conservación - máxime como es el caso en un lugar de tránsito obligado y al borde de la calzada, con colores prácticamente mimetizados que hacen prácticamente imposible la apreciación ordinaria de tales defectos apuntados-. El Ayuntamiento se encuentra obligado inexcusablemente a mantener las vías públicas abiertas a la circulación peatonal y viaria, y tales vías deben encontrarse en condiciones tales de mantenimiento para su fin específico que la seguridad de quienes las utilizan se halle normalmente garantizada. Por consiguiente, los obstáculos a la normal circulación, sea peatonal o de vehículos, no cabe que sean permitidos, a menos que se señalicen adecuadamente o se adopten medidas pertinentes para la prevención. Esta falta de atención o cuidado en el mantenimiento de las condiciones mínimas y elementales de seguridad en las calles y paseos públicos locales, ya ha sido apreciada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo -SSTS 10 de Noviembre de 1994 y de 22 de Diciembre de 1994-, como constitutiva de responsabilidad patrimonial de la Administración».

Así, pues, debe corresponder a los municipios, en los lugares de titularidad privada pero de uso público, las tareas de mantenimiento directamente ligadas con ese uso público. Diversos pronunciamientos jurisprudenciales, como se ha indicado, ponen de relieve esa responsabilidad municipal.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia número 124/2001, de 21 de febrero, explica también:

«El Ayuntamiento de Vallromanes razona su tesis exculpatoria en la pura y simple aplicación del ordenamiento urbanístico, representado, por los arts. 67 y 68 del R.G.U., 177.4 del Decret-legislatiu 1/1990, de 12.7 y 145 de sus Normas Subsidiarias complementado por la doctrina del T.S. recogida en las Sentencias de 14.3 y 21.11.89 que, en síntesis, establecen que del hecho de que los propietarios-promotores de la urbanización cedieran, en este supuesto, el 3.11.88, los terrenos para viales no modifica su obligación de conservar la urbanización hasta que acabadas, correctamente, las obras de las mismas, sean recepcionadas por el Ayuntamiento, lo que todavía no ha ocurrido.

Este Tribunal, sin embargo, aun reconociendo la existencia de esa normativa, no comparte el alcance que le concede la Administración demandada ya que según su criterio, el Ayuntamiento, carece de cualquier responsabilidad, si durante un periodo de ocho años se desentiende del estado de conservación de una vías de su municipio, de uso público (no consta que sólo fuera privado), sobre las que ejerce su autoridad, concede licencias y percibe tributos y nada hace, directa o por vía subrogatoria, para que las obras, al menos, afectantes a la seguridad de aquellas queden garantizadas. Tanta desvinculación, en lo que respecta a terceros, no se acepta sin perjuicio de que el Ayuntamiento responsable solidario en este proceso, reclame la parte que estime pertinente a los responsables de la urbanización».

Sobre el alcance que tiene el concepto de «seguridad en lugares públicos», cabe traer a colación lo que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia número 935/2004, de 8 de junio, manifiesta:

«Analizando en primer lugar la falta de legitimación pasiva alegada por el Municipio, ha de ser rechazada, toda vez que con independencia de la titularidad dominical del árbol que causó daños al vehículo del recurrente, y que no corresponde resolver en esta vía jurisdiccional, por ser la propiedad un derecho que, en su caso, ha de ser declarado por la jurisdicción civil ordinaria; es lo cierto que el art. 25 de la Ley de Bases de Régimen Local, impone a las Corporaciones Municipales la obligación de garantizar la seguridad en lugares públicos, cual es la C/ Arrayanes, ya que el propio Ayuntamiento reconoce que la zona donde se hallaba el vehículo es de uso público, es decir, no se trata de una urbanización cerrada donde sólo transiten los propietarios, sino vía de uso público, y de hecho consta en el expediente administrativo que fue la propia Policía Municipal, la que alertó al recurrente de la caída del árbol y el Servicio de Extinción de Incendios el que acudió a tronzar y retirar el árbol, sin que ninguno de dichos servicios, hubiera tenido que intervenir si se hubiera producido en el recinto de una propiedad privada. Por tanto, en una vía de uso público es el Ayuntamiento el que debe garantizar la seguridad, o en su caso, exigir a los que considere propietarios que no tengan elementos peligrosos o susceptibles de crear riesgos para la vida y seguridad de las personas en la vía pública, y, no habiendo observado ninguna de dichas conductas, incurrió en responsabilidad» (DCC 464/2023).

C. 4. Obligación de los usuarios. Deber de diligencia

En el presente asunto, la Administración considera que el hecho lesivo alegado por la interesada ha quedado suficientemente acreditado a través de los diferentes elementos probatorios que obran en el presente expediente, entre los que se encuentran el informe del Servicio de Urgencias Canario, referido al auxilio prestado por el mismo a la interesada como consecuencia de la mencionada caída, las declaraciones testificales, las fotografías y el informe del Servicio que confirman la realidad de la deficiencia causante del accidente.

Además, las lesiones sufridas por la interesada, propias del tipo de accidente alegado, se han acreditado por medio de la documentación médica aportada, así como el mal estado de la valla que supuestamente causó el daño.

Sentado lo anterior, en supuestos similares al que nos ocupa, este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante, como se hace en el reciente Dictamen 204/2023, de 11 de mayo, en el que se afirma que:

«Este Consejo Consultivo ha reiterado en supuestos similares (véanse, por todos, los DDCC 55 y 81/2017) que la existencia de irregularidades en el pavimento no produce siempre e inevitablemente la caída de los peatones, pues la inmensa mayoría transitan sobre ellos o los sortean sin experimentar caídas. En muchos casos la caída de un peatón no se debe por tanto a la mera existencia de esa deficiencia, sino, como en este supuesto, a que a ella se ha unido de manera determinante la negligencia del transeúnte.

En este sentido, en el Dictamen 142/2016, de 29 de abril, se señala por este Organismo lo siguiente:

“(…) de la presencia de obstáculos o desperfectos en la calzada no deriva sin más la responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que tales irregularidades, de existir, resulten visibles para los peatones, porque estos están obligados a transitar con la debida diligencia al objeto de evitar posibles daños (DDCC 216/2014, de 12 de junio; 234/2014, de 24 de junio; 374/2014, de 15 de octubre; 152/2015, de 24 de abril; 279/2015, de 22 de julio; 402/2015, de 29 de octubre; 441/2015, de 3 de diciembre; y 95/2016, de 30 de marzo, entre otros muchos)”.

Esta doctrina resulta ser plenamente aplicable al presente asunto.

4. Así mismo, en el Dictamen 382/2019, de 29 de octubre, se afirma:

«(…) En lo que atañe al nexo causal, se ha superado la inicial doctrina que supeditada la responsabilidad de la Administración a la existencia de una relación no solo directa sino exclusiva entre el funcionamiento del servicio y el resultado lesivo (STS 28-1-1972), lo que suponía excluir dicha responsabilidad cuando en el proceso causal incidía el comportamiento del perjudicado o la intervención de tercero, de manera que la jurisprudencia viene manteniendo que dicha intervención no supone excluir la responsabilidad de la Administración, salvo que aquella resulte absolutamente determinante.

(…) No obstante, el carácter objetivo de esta responsabilidad no supone que la Administración haya de responder de todas las lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, siendo preciso para ello que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio, quedando exonerada la Administración cuando la intervención de tercero o del propio perjudicado reviste la suficiente intensidad para resultar determinante del resultado lesivo, quebrando la relación con el servicio público en cuyo ámbito se han producido los hechos, aun cuando el funcionamiento del mismo sea defectuoso».

La doctrina expuesta resulta ser aplicable al presente asunto, e implica que atendidas las circunstancias acreditadas en el presente expediente, se considere que la falta de diligencia de la reclamante al deambular ha causado la plena ruptura del nexo causal que debe existir entre el actuar administrativo y el daño por ella padecido.

En efecto, ha quedado probado en el presente expediente que la interesada, por una lado, era plenamente conocedora de la existencia de la referida deficiencia, al vivir en las inmediaciones del lugar del accidente y no ser la primera vez que transitaba por allí. De otro

lado, de las fotografías aportadas e incorporadas en el acta notarial que acompaña a la reclamación de responsabilidad patrimonial, se puede advertir que la acera tiene una anchura considerable, invadiendo la valla que supuestamente causó una porción de acera de no más de 30 cm que se encuentra justo en el límite de la acera con el solar anexo, sin que en el expediente se haya explicado por la reclamante la razón por la que transitaba tan al límite del referido solar cuando la acera tiene una anchura más que suficiente para sortear ese pequeño obstáculo sin riesgo alguno. Tampoco ha quedado acreditado en el expediente que la atención que pudiera ir prestándole a su hija de diez años justificara su falta de diligencia, además, en relación con este extremo, ninguno de los testigos hace referencia a la presencia de la menor en el momento de los hechos, por lo que no se puede dar por probado. A todo ello debe unirse la circunstancia de que los hechos suceden a plena luz del día.

Por todo lo anteriormente expuesto, debemos concluir que procede la desestimación de la reclamación interpuesta por la interesada, ya que la falta de diligencia en su conducta ha ocasionado la plena ruptura del nexo causal existente entre el deficiente funcionamiento del Servicio y los daños reclamados (**DCC 270/2023**).

C. 5. Riesgo que no supera el estándar social

Ahora bien, como ha tenido ocasión de señalar en numerosas ocasiones este Consejo Consultivo, la mera constatación de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no lleva aparejada *per se* y automáticamente la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, toda vez que es preciso examinar si en el siniestro producido se dan las circunstancias que permitan reconocer a la reclamante el derecho a ser indemnizada por concurrir los demás requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos a tal efecto. Singularmente, si los perjuicios alegados son consecuencia directa e inmediata del funcionamiento del servicio público implicado.

Como se indica en la Sentencia n.º 289/2018, de 15 de junio de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco -Rec. n.º 223/2018-, «[...] es obligación del ayuntamiento demandado el mantener la vía en las mejores condiciones de seguridad posibles para transitar por ella. Ahora bien, como ya ha manifestado esta sala en otras ocasiones, esta obligación no puede extenderse hasta el punto de hacer responsable a la Administración por los daños causados como consecuencia de defectos como el apuntado en este procedimiento (en este sentido, sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 90.004/2012, de veinticinco de enero ; del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 132/2013, de doce de julio; del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 597/2013, de dieciséis de octubre; y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 639/2013, de ocho de noviembre). En efecto, para que pueda hablarse de responsabilidad patrimonial de la administración es preciso que se acredite, por la parte demandante, la existencia de una relación de causalidad entre el daño sufrido por el ciudadano y la actuación de la

Administración. Y la jurisprudencia viene entendiendo que únicamente existe ésta en los casos en que haya una deficiente conservación o un déficit en el estándar de mantenimiento del servicio público que genere un riesgo. De no ser así, se estaría convirtiendo a la Administración, tal y como advierte la sentencia de instancia, en una aseguradora universal de todos los riesgos que pudieran sufrir los ciudadanos, con independencia del comportamiento de aquella.

Hemos de tener en cuenta que, tal y como reconocen todas las partes, el desnivel en cuestión no supera los dos centímetros de altura. Sobre este particular, esta sala ya ha manifestado (sentencia 33/2010, de cuatro de febrero; recurso: 1.055/2007; ponente: José Ramón Blanco Fernández) que “La existencia de un desnivel con la superficie de la acera de unos dos centímetros en uno de los lados y algo menos en los otros lados (¿) no se puede considerar un déficit de conservación o mantenimiento de la vía pública susceptible de producir un accidente”. No obstante, este dato objetivo del hundimiento de la arqueta ha de analizarse conjuntamente con el resto de circunstancias concurrentes por si del conjunto del estado de la acera pudiera resultar que ese defecto constituye un verdadero peligro para los viandantes».

En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia n.º 91/2021, de 26 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Valladolid [Rec. n.º 175/202]:

«En relación con supuestos de caída en la vía pública, no cabe duda, puesto que así se establece con claridad en el 79 de la Ley de Bases de Régimen local, así como del artículo 25.2 de la misma en sus apartados a) y d) y 26.1.a) que el ayuntamiento es el titular de las vías públicas y tiene el deber de mantenerlas en buen estado, de forma que los ciudadanos puedan circular la misma sin peligro para su personas y bienes. No obstante, no todos los supuestos de daños en las vías públicas son iguales, debiendo distinguirse aquellos supuestos en que la vía pública es inadecuada por mala ejecución de la obra, mala elección de materiales, etc. aquellos supuestos en que el mal estado proviene de la falta de mantenimiento, o el mismo es inadecuado. En el primer caso, para que pueda afirmarse que existe antijuridicidad, es necesario que la recurrente acredite que, efectivamente, el piso se ejecutó en contra de la normativa o la “lex artis”; en el segundo la prueba debe recaer sobre ese mantenimiento. Y, desde luego, acreditada esa antijuridicidad, el perjuicio daño debe tener la debida relación de causalidad con esa “ilegalidad administrativa”. Como límite inferior de esa antijuridicidad se encuentran, como ya explica la sentencia transcrita, aquellos supuestos en que el riesgo creado por la actuación administrativa no supera el estándar social o que el administrado tenga el deber de soportar el daño creado. No puede olvidarse, como recuerda la sentencia de fecha 22 de octubre de 2012 del Ilmo. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que afirma:

“En supuestos como el presente, conforme reiterado criterio de esta Sala, no basta a la actora con afirmar que la calzada o la acera no es regular o se halla en mal estado para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial, por cuanto dicha responsabilidad solo surge cuando el obstáculo en la calle supera lo que es el normal límite de atención exigible al deambular, por no ser exigible como fundamento de una reclamación de responsabilidad patrimonial una total uniformidad en la vía pública, sino que el estado de la vía (hablando en un sentido comprensivo de acera y calzada) sea lo suficientemente uniforme como para resultar fácilmente superable, con un nivel de atención exigible

socialmente pues de otra forma, se estará haciendo un llamamiento a la falta de responsabilidad individual pese a constituir esa responsabilidad uno de los fundamentos de la vida social”.

En el mismo sentido puede verse las sentencias del Ilmo. Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 12 de abril de 2010 y 19 de julio de 2011 referido a defectos levísimos. Asimismo, conviene recordar la sentencia núm. 1087/2011 de 19 de diciembre de 2011 del Ilmo. Tribunal Superior de Justicia de Valencia que en su fundamento jurídico tercero ha dicho:

“[...] Para enjuiciar tal extremo, debe recordarse que con relación al nivel de diligencia que resulta exigible la deambulación de un peatón, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, S. 17/mayo/2001) y la práctica emanada de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía, Sala de Sevilla de 21/septiembre/2005 o 5/enero/2006) han atendido como factor primordial a la previsibilidad del elemento que colocado en la vía pública obstaculiza el paso del viandante, distinguiendo dos supuestos:

1º) Cuando el obstáculo es un elemento ordinario y habitual de la vía pública, vinculado a un funcionamiento correcto del servicio público (bolardos o monolitos para evitar el aparcamiento, farolas, semáforos, bancos, papeleras, y demás mobiliario urbano, correctamente situados), y sin perjuicio de que incluso de este funcionamiento normal también puede derivar responsabilidad, lo normal es considerar que la relación causal se rompe por la falta de previsión del peatón ante ese obstáculo. En estos casos, la utilización normal de estos elementos en la vía pública, y la previsibilidad de los mismos determina que cualquier golpe del peatón con ellos, les sea imputable al mismo, pues lo contrario supondría admitir que es posible, lógica razonable que cuando se camina por la calle, se tropiece de forma habitual con ese mobiliario urbano.

2º) Ahora bien, cuando el golpe se produce con este tipo de mobiliario urbano, sino con elementos impropios, o con parte de ese mobiliario urbano incorrectamente colocado, de manera que la existencia del mismo no es previsible ni esperable (losetas levantadas, alcantarillas destapadas, mobiliario urbano arrancado y desplazado de su lugar, etc.), se genera un riesgo para los viandantes no previsible ni justificado, y con el que por tanto estos no tienen por qué contar. De manera que el golpe con estos por parte de un peatón determina inicialmente la efectiva existencia relación causal, que solo será modulable o llegará a desaparecer cuando se apruebe por quien lo alega la concurrencia de culpa o negligencia por parte del viandante.

Modulación que puede llegar incluso a atribuir en exclusiva la culpa al peatón y no a la Administración, a la que incumbe el cuidado de la calle, cuando sólo la falta de atención en el deambular, es la que explica la caída, desde el momento en que las propias circunstancias del lugar exigían a cualquier viandante que prestase la debida atención ante las irregularidades del terreno (SSTS de 4/mayo/2006, 4/marzo/2009 , entre otras muchas), en cuyo caso procede la exoneración de responsabilidad para la Administración, pese al carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado la determinante del daño producido”».

Por lo demás, en la misma línea, tienen también dicho los tribunales, «[...] el administrado no puede pretender que la superficie de las aceras, o sus bordillos se encuentre en un absoluto alineamiento, totalmente rasante y carente de la más nimia irregularidad, por lo que la existencia de irregularidades en las aceras o en sus bordillos es inevitable en toda población. La

pavimentación de vías urbanas responde a la necesidad no sólo de garantizar unas objetivas condiciones de salubridad del entorno, sino también de garantizar condiciones objetivas de seguridad: seguridad para el tránsito de vehículos y seguridad para el tránsito de las personas que es el caso. Y así, la existencia de un ligero desnivel de 1 o 2 cm en las losas de hormigón que conforman el pavimento de la calzada, no supone por sí solo un obstáculo esencialmente peligroso, pues como se ha dicho, no puede pretenderse que la superficie de las aceras se encuentre en un absoluto alineamiento, totalmente rasante y carente del más mínimo desnivel, máxime cuando éste se torna en prácticamente inapreciable como allí se desprendía del examen de las fotografías obrantes en autos» [Sentencia de 17 de marzo de 2016 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos].

Idénticas consideraciones jurídicas manifiesta nuestra doctrina consultiva, por ejemplo, entre otros, el Dictamen 436/2022, de 11 de noviembre de 2022:

«En el supuesto de que los desniveles, irregularidades y presencia de obstáculos en las vías públicas obedezcan a deficiencias en el funcionamiento del servicio de conservación, si son visibles por los viandantes, éstos pueden evitar tropezar con ellos y caer, ya sea sorteándolos, ya sea adaptando su marcha al estado de la vía.

La existencia de irregularidades en el pavimento no produce siempre e ineludiblemente la caída de los peatones. La inmensa mayoría transitan sobre ellos o los sortean sin experimentar caídas. La caída de un peatón no se debe por tanto a la mera existencia de esa deficiencia, sino a que a ella se ha unido de manera determinante la posible falta de prudencia o grado de atención al transitar por la zona.

No es exigible que las vías públicas carezcan de cualquier incidencia, alteración, incluso pequeños bultos o rugosidades en su superficie: existen escalones, bordillos, e incluso los dibujos en la pavimentación pueden ser objeto de queja. No se trataría por tanto de un defectuoso servicio público ni desidia o negligencia, sino que se trataría de irregularidades del terreno propias de cualquier lugar, que deben ser advertidas por los viandantes con un mínimo grado de atención.

Además, sobre las aceras pueden estar dispuestos diferentes elementos: bolardos, postes de farolas o de semáforos, bancos públicos, objetos dejados circunstancialmente por otros usuarios. Todos estos elementos son visibles y los viandantes los sortean en su deambular. Si alguno tropieza con ellos y cae, la causa decisiva de esa caída no estriba en la presencia de ese objeto en la vía, sino en la distracción del peatón».

Así pues, como acertadamente advierten también otros Consejos Consultivos [por todos, Dictamen 126/2021, de 1 de julio, del Consejo Consultivo de Asturias], en ausencia de estándares objetivos legalmente impuestos, el ámbito del servicio público ha de ser definido en términos de razonabilidad, sin que quepa considerar que el deber de conservación y mantenimiento de las aceras se extienda a que se elimine, de forma perentoria, toda clase de imperfecciones o defectos, por mínimos que sean, lo que resultaría inasumible o inabarcable desde la natural limitación de los recursos públicos, pues tal empresa abocaría a postergar la prestación de servicios imprescindibles o necesarios, debiendo demandarse de la

Administración una reacción proporcionada a la entidad del riesgo generado o su potencialidad lesiva y no una respuesta inmediata a toda suerte de desperfectos en el viario público (DCC 255/2023).

D. Indemnización

D. 1. Reparación *in natura*

Por otro lado, ha de tenerse presente, asimismo, que, a fin de garantizar la reparación integral de los daños y evitar que se vuelvan a producir en el futuro, la Administración deberá poner solución en origen dentro de los propios jardines del Conservatorio Profesional de Música para evitar que las raíces de los árboles vuelvan a producir destrozos en las viviendas colindantes, con la prestación de reparación *in natura* imprescindible para que el daño no se vuelva a producir.

El informe pericial propuesto por la reclamante propone una solución para que las raíces no invadan su propiedad.

En el sentido expuesto, cabe invocar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón nº 442/2018, de 20 de septiembre, que señala:

«En el supuesto litigioso, la indemnidad total de la Comunidad de Usuarios apelada no puede obtenerse sin la eliminación de la fuente u origen del daño que viene padeciendo continuamente a causa del incumplimiento municipal de las funciones de tutela sobre un bien de su titularidad, de manera que, para conseguir la plenitud de la reparación, es necesario ejecutar las obras de subsanación de los desperfectos y de las deficiencias constructivas del aparcamiento, lo que es posible encuadrar dentro del resarcimiento "in natura" a que se refieren el último párrafo del artículo 141.4 de la Ley 30/1992, así como el preámbulo y el artículo 2.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, sin que, optando por una interpretación restrictiva de los preceptos citados, los tribunales hayan rechazado de plano tal posibilidad, como resulta de la sentencia de la Sección Segunda de esta Sala parcialmente transcrita en la de instancia y también de la del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2004, en la que se declaró el derecho de la demandante a obtener, por parte de la Administración, la restauración de unos montes de utilidad pública como reparación "in natura", y en cuyos fundamentos jurídicos se declaraba que "Una de las innovaciones más significativas en el instituto de la responsabilidad patrimonial se produjo en el apartado 4 del artículo 141 de la Ley 30/1992, al permitir que la indemnización pueda también ser satisfecha en especie o ser abonada mediante pagos periódicos. Una y otra modalidad convenientemente se adaptan y complementan a la exigencias resarcitorias de ciertos eventos dañosos, similares al que contemplamos, pues la reparación integral del daño exige que la víctima o perjudicado resulte indemne, de ahí que la indemnización debe comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante, de la que una de sus manifestaciones es la reparación in natura a través de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada",

por todo lo cual procede concluir que, al no haberse desvirtuado en esta instancia los fundamentos de la sentencia impugnada, no resulta procedente estimar el presente recurso de apelación».

De forma similar se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2010 (rec. 161/2009):

«El otro punto sobre el que gira el recurso es la reclamación por daños en las personas que derivan del ruido provocado por la elevada circulación en la Autopista A-6.

Sería absurdo desconocer los efectos que el ruido provoca en esta zona colindante con la Autopista.

La solución no puede venir, empero, de una indemnización sino de la instauración de medidas para evitar que se siga produciendo ruido molesto e insalubre para las personas que viven en la zona próxima. Es justo compensar con cargo a la Administración los perjuicios que genera el ruido-ambiental tomando en consideración, entre otros factores, el tipo de hábitat al que está destinado el territorio próximo».

Y, en fin, también cabe la cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León nº 1297/2010, que considera que la estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial reclamada por los daños ocasionados a causa de humedades procedentes de filtraciones de una calle conduce a acordar que:

«[...] por el Ayuntamiento demandado se proceda a ejecutar las siguientes medidas necesarias para evitar que se produzcan filtraciones de agua en la vivienda de la actora:

La ejecución de un sumidero con rejilla metálica delante de la puerta del pajar que haga de elemento de corte de acceso de las de las aguas hacia el interior del pajar, la longitud del sumidero sería el doble del ancho de la puerta.

La colocación de bordillos y de aceras. Sobre esta medida de corrección la obra mínima a realizar consiste en hacer un acerado de 50 cm. de ancho con bordillo en borde, que se eleve sobre la rasante de la calle de 7 a 8 cm., y que se ejecute cuando menos desde la esquina del canalón de la foto número 9, hasta la esquina de la tapia de la demandante foto número 7.

En lo que afecta al albañal particular, (foto 14 del informe) lo que se debe hacer con dicho albañal es anularlo, verter hormigón sobre el fondo del albañal hasta superar la rasante de la calle, dando pendiente desde fachadas a interior de la calle para que el agua de la lluvia del tejado que llega ahora al albañal discurra por la calle como sucede en el resto de las calles del municipio. En todo caso conforme resulta del informe pericial, además de la anulación en el exterior del citado albañal, debe hacerse un sumidero-imbornal con rejilla de protección y conducir y canalizar en inicio y final del trayecto los vertidos del albañal a la red de saneamiento».

Pero mayor relevancia si cabe, acerca de la reparación del origen de los daños causados, tiene la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995 (Rec. 303/1993), a cuya doctrina los interesados apelan en su escrito de reclamación cuyos pasajes más destacados reproducen igualmente en dicho escrito y se transcriben también ahora:

«en modo alguno puede sostenerse, en los términos absolutos en que se afirma, que el hecho de que la Ley se refiera únicamente a indemnización ello signifique que quede excluida en todo caso la reparación in natura. (...)

El artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuyo contenido ha quedado constitucionalizado por el artículo 106.2 de la Constitución, configura el deber del Estado de tener que indemnizar, reparar, compensar o resarcir el daño producido, o lo que es lo mismo la responsabilidad u obligación en definitiva de dejar el patrimonio del administrado, que ha resultado perjudicado, en la situación en la que estaba antes de ser perturbado por la lesión sufrida como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor, resarcimiento que podrá ser in natura o por equivalente al tener que abonar una suma dineraria que sea la que satisfaga el "it quod interest" mas los perjuicios producidos ulteriormente.

Tal criterio interpretativo viene ya sostenido desde antaño por la Sala 1ª de este Tribunal Supremo en relación con los supuestos del artículo 1902 del Código Civil, precepto con el que el recurrente incardina el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción que ahora examinamos. En efecto, la sentencia de la Sala 1ª de este Tribunal Supremo de 3 de Marzo de 1978 afirma que los verbos indemnizar a que alude el artículo 1101 del Código Civil, al igual que lo hace el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que ahora nos ocupa, el verbo reparar a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil, con el que el recurrente incardina el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico al regularse en ambos casos, en definitiva, una responsabilidad extra contractual, responden a la misma finalidad de restablecer la situación económica y patrimonial del perjudicado, con lo que ambos están incluidos en el concepto jurídico que a la palabra indemnización asigna el artículo 1106 2 JURISPRUDENCIA del Código Civil, según establecen ya entre otras las sentencias de 22 de Octubre de 1932 y 9 de Junio de 1949, siendo el primero, indemnizar, de mayor amplitud que el segundo, reparar, cuyo significado, según el Diccionario Oficial de la Lengua, significa "componer, aderezar o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa", por lo que al estar este segundo concepto incluido en el primero de mayor amplitud, no puede excluirse la reparación in natura por el simple hecho de que el precepto en cuestión utilice el verbo indemnizar, dado que, como queda dicho, la finalidad esencial del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico es dejar el patrimonio del administrado, que ha resultado perjudicado, en la situación que estaba antes de ser perturbado por la lesión sufrida como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y esa reposición del patrimonio a su situación anterior a la lesión causada podrá serlo tanto mediante la reparación in natura como por la vía de la reparación equivalente en dinero. Pero no ha sido sólo la Jurisprudencia de la Sala 1ª de este Tribunal Supremo la que ha declarado la procedencia de la reparación in natura en los supuestos del artículo 1902 del Código Civil, sino que también la Jurisprudencia Contencioso Administrativa se ha pronunciado ya sobre este punto en relación con el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, así sentencia de 17 de junio de 1987 de la antigua Sala Cuarta y sentencias de esta misma Sala y Sección de 14 de Febrero de 1990 y 20 de Marzo de 1995.

Conviene finalmente recordar aquí que la Ley 30/92 en su artículo 141.4 prevé ya de manera expresa la reparación in natura en aquellos casos en que resulte más adecuado para lograr la reparación debida, convenga al interés público y exista acuerdo con el interesado, precepto que si bien

no es aplicable al caso que nos ocupa por razón de la fecha, si nos sirve como elemento integrador de la interpretación favorable a la posibilidad de entender incluida la reparación in natura en el ámbito del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, si bien en la actual redacción del artículo 141.4 de la Ley 30/92 se produce una restricción, al exigirse acuerdo de las partes, no exigible en los supuestos como el que nos ocupa que se rigen por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico por razones temporales. En el caso que nos ocupa, del análisis de lo actuado se deduce con absoluta claridad que la reparación equivalente en dinero no garantiza la reparación del patrimonio lesionado y ello de una parte porque para conseguir tal fin ha de actuarse sobre bienes de dominio público mediante la realización, en los muros de contención de la C.N. 340 a su paso por la urbanización Alfamar, de las obras de reforzamiento necesarias para la consolidación definitiva de los terrenos, evitando así que continúen produciéndose daños en el patrimonio de los demandantes y de otra parte, como pone de relieve el informe emitido por el Ingeniero Sr. Cosme , ratificados por el Departamento de Geología de la Universidad de Granada, resulta conveniente una acción conjunta sobre la carretera y la urbanización en orden a la ejecución de las medidas que recomienda, acción conjunta que resulta extremadamente dificultosa ni hubiese de actuarse separadamente sobre cada clase de bienes, razón esta que justifica que la reparación deba efectuarse in natura por la propia Administración demandada, resolviéndose las discrepancias que en este punto puedan surgir en trámite de ejecución de sentencia, debiendo concretarse las reparaciones a efectuar sobre los bienes propiedad de los demandantes a las necesarias para eliminar los daños tanto en edificaciones como en solar y elementos afectados que se recogen en el informe pericial, practicado de periodo probatorio, emitido por el arquitecto Alfredo y las que han de efectuarse en suelo público a fin de lograr la estabilización de los terrenos a las que figuran en el informe del ingeniero (...), resolviéndose, como decimos, las discrepancias que puedan surgir al respecto en cuanto a la realización de las mismas en trámite de ejecución de sentencia, sin que la intervención de los técnicos que los demandantes puedan contratar a efectos de controlar dicha ejecución pueda interferir en la dirección y ejecución de las obras que haya de efectuarse en suelo público para la estabilización del terreno y que se recogen, como queda dicho, en el informe del Ingeniero (...)» (DCC 211/2023 y 355/2023).

D. 2. Reparación integral del daño

En lo que se refiere a la indemnización del daño, es preciso señalar que es doctrina reiterada de este Consejo Consultivo (v.g. Dictamen 69/2021, de 18 de febrero, entre otros) en relación con la reparación integral del daño, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, lo siguiente:

«Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante en multitud de Dictámenes (por todos, DDCC 150, 191, 410/2018 y 86/2020) que, en virtud del principio de reparación integral del daño que rige en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, los interesados deben ser indemnizados en toda la extensión del daño realmente sufrido, teniendo en cuenta en este caso la referida concurrencia de concausa.»

Al respecto se ha señalado en el DCC 410/2018, de 8 de octubre, que:

« (...) señala la sentencia de 6 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9019), “la aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos valiables, partiendo de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las sentencias de 7 de octubre (RJ 1980, 3566) y 4 de diciembre de 1980, 14 de abril (RJ 1981, 1843) y 13 de octubre de 1981, 12 de mayo (RJ 1982, 3326) y 16 de julio de 1982, 16 de septiembre de 1983, 10 de junio (RJ 1985, 3566), 12 y 22 de noviembre de 1985)”, doctrina de aplicación al presente asunto», que igualmente es aplicable a este supuesto.”

Nos remitimos igualmente al DCC 381/2021 de 15 de julio, donde señalamos lo siguiente:

“Resulta congruente, por un lado, con los términos establecidos por nuestra doctrina, por ejemplo, en el Dictamen 86/2020, que a su vez invoca otros anteriores:

En el ya mencionado Dictamen 223/2019, cuyo objeto es de gran similitud al del presente asunto, se afirma que:

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en anteriores Dictámenes (Dictámenes 662/2011, de 1 de diciembre y 102/2017, de 23 de marzo, y 463/2018, de 18 de octubre, entre otros), en los que hemos aplicado nuestra doctrina sobre la “restitutio in integrum”, recogida de la jurisprudencia. Así, en nuestro Dictamen 102/2017, reproduciendo también lo señalado en el Dictamen 662/2011, decíamos lo siguiente:

“Es correcta, pues, la Propuesta de Resolución en lo referente a la exigencia de responsabilidad y, además, plena en este supuesto por lo expuesto, sin embargo no es adecuada en lo concerniente a la valoración del daño y, por ende, a la determinación de la cuantía de la indemnización, sin que aquélla pueda limitarse al mero valor venal del vehículo, debiéndose aplicar el principio de reparación integral del daño, si bien que ajustado al valor del bien, sin generar enriquecimiento injusto o desproporción entre el valor real del bien, incluido el de su uso, y la cuantía solicitada, en función del costo de reparación del vehículo accidentado.

En este sentido, de acuerdo con doctrina de este Organismo, en línea, esencialmente, con jurisprudencia mayoritaria de los Tribunales, singularmente del Tribunal Supremo, no basta al respecto el valor venal del vehículo, debiéndose reponer al interesado, razonablemente, en la situación previa al hecho lesivo, cuando disponía de un vehículo en condiciones apropiadas de uso a todos los efectos, no procediendo obligarle al sobre costo que supondría su sustitución por disponer al efecto tan sólo de la cuantía correspondiente a su valor venal.

Por tanto, la indemnización ha de partir de una valoración superior a éste, aproximada al efectivo valor del vehículo al ocurrir el accidente más una cantidad que repare la falta de uso y la necesidad de adquirir otro vehículo, aunque no proceda que alcance la cuantía de la reparación del vehículo que exceda, no ya el valor del mercado del vehículo, sino que incluso se aproxime a su adquisición de primera mano”, doctrina que también es de aplicación a este caso».

Y, asimismo, se acomoda el planteamiento que la reclamante intenta hacer valer a la doctrina refrendada recientemente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Concretamente, de la STS 420/2020, de 14 de julio. Sala de lo Civil, extractamos, aunque con algún pormenor dada su relevancia, algunos de sus pasajes, que resultan perfectamente atendibles:

«Procede, en consecuencia, resolver el recurso de casación interpuesto, analizando la cuestión debatida, que radica en determinar la forma procedente de resarcimiento de los daños materiales ocasionados a un vehículo automóvil, en accidente de circulación, cuando el coste de reparación excede manifiestamente del valor venal (o valor de venta en el mercado del vehículo siniestrado), e incluso, del valor de compra en el mercado de segunda mano de un vehículo de las mismas características. Cuestión controvertida que abordaremos en los apartados siguientes:

1.- Consideraciones generales sobre la indemnidad de la víctima como principio resarcitorio rector ante los daños injustamente sufridos.

La responsabilidad civil no se explica sin la existencia del daño. Puede concurrir una responsabilidad civil sin culpa, pero no es viable sin menoscabo, perjuicio o dolor ajeno. La causación del daño, cuando concurre un título de imputación jurídica, justifica la transferencia o endoso del perjuicio sufrido del patrimonio de la víctima al del causante, al que se le impone, por elementales exigencias de decencia en las relaciones humanas, la obligación de resarcirlo. La regulación normativa de la responsabilidad civil busca los presupuestos necesarios para la determinación del sujeto que ha de asumir tan elemental obligación.

El art. 1902 del CC (LEG 1889, 27) obliga a reparar el daño causado. La búsqueda de la indemnidad del perjudicado se convierte en pilar fundamental del sistema, que informa los artículos 1106 y 1902 del CC, y exige el restablecimiento del patrimonio del perjudicado al estado que tendría antes de producirse el evento dañoso (sentencias 260/1997, de 2 de abril (RJ 1997, 2727); 292/2010, de 6 de mayo (RJ 2010, 4810) y 712/2011, de 4 de octubre (RJ 2011, 6703)).

En definitiva, nuestro sistema de responsabilidad civil está orientado a la reparación del daño causado, bien in natura o mediante su equivalente económico (indemnización). Manifestación normativa de lo expuesto la encontramos en el art. 33 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (RCL 2004, 2310), cuando establece que el principio de reparación íntegra busca “asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos”.

En el sentido expuesto, se manifiesta la sentencia 247/2015, de 5 de mayo (RJ 2015, 1725), cuando declara que: “[...] el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito, lo que se conoce como restitutio in integrum”.

2.- El resarcimiento del perjudicado no puede suponer para éste un beneficio injustificado. Existencia de límites al deber de reparar o indemnizar el daño

El daño ha de ser resarcido, pero también en su justa medida. No puede convertirse en beneficio injustificado para el perjudicado. De esta manera, para el contrato de seguro, lo proclama expresamente el art. 26 de su ley reguladora 50/1980, de 8 de octubre (RCL 1980, 2295), cuando norma que “el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado”.

A ese equitativo resarcimiento del daño se refiere la sentencia 208/2011, de 25 de marzo (RJ 2011, 3017), cuando señala que la “[...] finalidad de la indemnización es la de reparar el daño causado y no la de enriquecer el perjudicado”. De igual forma, se expresa la sentencia 712/2011, de 4 de octubre (RJ 2011, 6703), al reafirmar que los tribunales han de ponderar las circunstancias concurrentes para

evitar que se produzca una indeseable situación de tal clase. O, en el mismo sentido, la sentencia 482/1981, de 15 de diciembre.

3.- El resarcimiento del daño habrá de ser racional y equitativo, no se puede imponer al causante una reparación desproporcionada o un sacrificio económico desorbitado que sobrepase la entidad real del daño.

En los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil se establecen tales límites. Y así, en el art. 10:104, bajo el epígrafe “reparación en forma específica”, se señala que: “En lugar de la indemnización, el dañado puede reclamar la reparación en forma específica en la medida en que ésta sea posible y no excesivamente gravosa para la otra parte”.

Y, en el art. 10:203, concerniente a la “pérdida, destrucción y daño de cosas”, norma, en su apartado (1), que:

“Cuando una cosa se pierde, destruye o daña, la medida básica de la indemnización es su valor y, a estos efectos, es indiferente que la víctima quiera sustituir la cosa o repararla. No obstante, si la víctima la ha sustituido o reparado (o lo va a hacer) puede recuperar el mayor gasto si tal actuación resulta razonable”.

En los daños materiales, la reparación del objeto dañado es la forma ordinaria de resarcimiento del daño sufrido. Ahora bien, este derecho a la reparación in natura no es incondicional, sino que está sometido a los límites de que sea posible -naturalmente no es factible en todos los siniestros- y que no sea desproporcionado en atención a las circunstancias concurrentes. O dicho de otra manera, siempre que no se transfiera al patrimonio del causante una carga económica desorbitante. La forma de resarcimiento del daño pretendida ha de ser razonable y la razón no se concilia con peticiones exageradas, que superen los límites de un justo y adecuado resarcimiento garante de la indemnidad de la víctima.

En definitiva, el derecho del perjudicado a obtener la reparación del daño como cualquier otro no puede ser ejercitado de forma abusiva o antisocial (art. 7 del CC), sino que queda circunscrito a la justa compensación, encontrando sus límites en la proporcionada satisfacción del menoscabo sufrido al titular del bien o derecho dañado.

Incluso, la sentencia 79/1978, de 3 de marzo, que se viene citando como manifestación de un incondicionado derecho de opción del perjudicado para exigir la reparación in natura, utiliza como razonamiento la proximidad del precio del valor de reparación del vehículo siniestrado y el de sustitución de otro similar en el mercado, al señalar que “[...] como ocurre en este caso, ambos valores se aproximan sensiblemente, como se da por acreditado en el quinto considerando de la sentencia de primer grado”; es decir, que la precitada resolución no dejaba de contemplar ni, por lo tanto, descartaba que fueran objeto de ponderación y correlativo tratamiento específico los supuestos de antieconómicas reparaciones.

4.- Valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto de daños derivados de la circulación de vehículos de motor.

En el caso litigioso, nos hallamos ante un daño material causado en un automóvil propiedad del demandante, con las connotaciones específicas de los objetos de tal clase, que deben de ser ponderadas a la hora de resarcir el daño.

En efecto, los vehículos de motor son bienes perecederos, que se deterioran y agotan con su uso y, por lo tanto, se devalúan con el tiempo. Es manifestación normativa de lo expuesto que a efectos fiscales se publican precios medios de venta aplicables a los vehículos de motor, en atención a su marca y modelo, con sus correlativas tablas de depreciación por el transcurso del tiempo (anexo IV de la Orden HAC/1273/2019, de 16 de diciembre (RCL 2019, 1941)).

En consecuencia, es habitual que sus dueños se vean obligados a sustituirlos por otros, dándolos de baja o vendiéndolos a terceros, cuando todavía conservan un valor de uso susceptible de transmisión onerosa.

Otra circunstancia a ponderar es la existencia de un mercado, bien abastecido, de vehículos de ocasión, en el cual es posible la adquisición de un vehículo de similares características al que se venía disfrutando sin excesivas dificultades.

Por otra parte, el adquirente consumidor cuenta con la protección dispensada por la legislación tuitiva de consumidores y usuarios, que se extiende a los vehículos de segunda mano u ocasión (art. 123 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372)); o cuando la relación sea entre particulares o profesionales las previsiones del art. 1484 CC, relativas al saneamiento por vicios ocultos, o incluso la aplicación de la doctrina del aliud pro alio, en casos de inhabilitación del vehículo adquirido en sustitución del siniestrado.

Constituye elemental máxima de experiencia que la circulación de vehículos de motor es fuente generadora de indiscutibles riesgos sometidos a un sistema de aseguramiento obligatorio, siendo pues desgraciadamente habitual los siniestros viarios y la necesidad de asumir el resarcimiento tanto de los daños corporales como de los materiales causados, hallándose aquéllos, a diferencia de éstos, sometidos a un sistema tabular de preceptiva aplicación (art. 33.5 del RDL 8/2004, de 29 de octubre, sobre el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad y seguro en la circulación de vehículos de motor, tras modificación por Ley 35/2015, de 22 de septiembre (RCL 2015, 1435)).

Cuando se trata de daños materiales, el natural resarcimiento del daño se obtiene generalmente por medio de la efectiva reparación de los desperfectos sufridos en un taller especializado, cuyo coste el perjudicado repercute en el autor del daño o en las compañías aseguradoras, que abordan directamente el coste de la reparación o lo resarcen a través de acuerdos entre ellas. Es cierto que la reparación puede implicar una cierta ventaja para el dueño del vehículo dañado, derivada de la sustitución de las piezas viejas deterioradas por el uso por otras nuevas en óptimas condiciones, pero tampoco el resarcimiento del perjudicado es susceptible de llevarse a efecto de forma matemática, por lo que dichos beneficios son tolerables y equitativos, como también no deja de ser cierto que el valor del vehículo se devalúa al sufrir el siniestro que lo deteriora. Esta concreta forma de resarcimiento se reconduce, sin más complicación, a la simple valoración del importe de la reparación llevada a efecto.

5.- Análisis específico de los supuestos en los que la reparación sea manifiestamente superior al valor de un vehículo similar.

No se cuestiona el derecho, que compete al dueño del vehículo, a abordar su reparación, postular que se lleve a efecto, o exigir, en su caso, la indemnización correspondiente. Cosa distinta es que pueda imponer unilateralmente la reparación o endosar el coste de la misma al causante del daño,

prescindiendo del importe al que se eleve la mano de obra y las piezas de repuesto necesarias para ejecutar la reparación del vehículo en los supuestos de siniestro total.

En efecto, la problemática se suscita, cuando siendo la reparación viable, así como sería y real la intención del dueño de llevarla a efecto, o incluso se haya abordado y sufragado su precio, se pretenda repercutir el importe de la misma al causante del daño, a pesar de ser el coste de aquélla manifiestamente desproporcionado con respecto al valor del vehículo al tiempo del siniestro.

Tal cuestión no es novedosa, pues se suscita habitualmente ante los tribunales de justicia, existiendo criterios resolutorios, no siempre coincidentes, en las sentencias dictadas por nuestras Audiencias Provinciales, lo que justifica el interés casacional, como fundamento del recurso de casación interpuesto. Ya esta misma Sala 1.ª, en sentencia de Pleno 338/2017, de 30 de mayo (RJ 2017, 2491), intentó abordar dicha problemática, si bien insubsanables defectos procesales de formalización del recurso de casación impidieron fijar doctrina jurisprudencial al respecto.

Sobre tal cuestión, amén de la precitada sentencia 79/1978, de 3 de marzo, se pronunció, de forma indirecta y sin constituir específico motivo de casación, la sentencia 347/1996, de 24 de abril (RJ 1996, 3020) , tratándose de un caso de error judicial, en el cual se consideró lógica y razonable, a tales y exclusivos efectos, la decisión del órgano unipersonal de la Audiencia Provincial, que avaló la negativa de la entidad recurrente a sufragar la reparación del vehículo siniestrado, en los supuestos en que el valor de dicha reparación fuera muy superior al venal, en cuyo caso será este último importe el procedente para fijar la correspondiente indemnización, incrementándolo en la cantidad necesaria para cubrir los gastos de adquisición de otro vehículo de similares características y el posible valor de afección si lo hubiere.

En la sentencia 48/2013, de 11 de febrero (RJ 2013, 2007), no se cuestionaba el criterio de la Audiencia de cuantificar los daños del vehículo conforme al valor venal, más el incremento necesario en concepto de valor de afección; sino que se pretendía que dicho valor se incrementase del 20% al 50%, lo que fue desestimado, dado que “las diferencias están amparadas en supuestos concretos que han sido debidamente ponderados en las dos sentencias de instancia”.

Pues bien, desde esta perspectiva, hemos de señalar que no existe un incondicionado ius electionis (derecho de elección) del dueño del vehículo siniestrado para repercutir contra el causante del daño el importe de la reparación, optando por esta fórmula de resarcimiento, cuando su coste sea desproporcionado y exija al causante del daño un sacrificio desmedido o un esfuerzo no razonable.

En consecuencia, cuando nos encontremos ante una situación de tal clase, que se produce en los supuestos en los que el importe de la reparación resulte muy superior con respecto al valor de un vehículo de similares características, no es contrario a derecho que el resarcimiento del perjudicado se lleve a efecto mediante la fijación de una indemnización equivalente al precio del vehículo siniestrado, más un cantidad porcentual, que se ha denominado de recargo, de suplemento por riesgo o confianza, y que, en nuestra práctica judicial, se ha generalizado con la expresión de precio o valor de afección, que comprenderá el importe de los gastos administrativos, dificultades de encontrar un vehículo similar en el mercado, incertidumbre sobre su funcionamiento, entre otras circunstancias susceptibles de ser ponderadas, que deberán ser apreciadas por los órganos de instancia en su específica función valorativa del daño».

Descendiendo al supuesto ahora analizado, se entiende por este Organismo que procede indemnizar al perjudicado en el importe del valor venal del vehículo (6.180 euros, según se hace constar en el informe de la entidad aseguradora municipal), mas un tanto por ciento -dentro de la horquilla señalada por la doctrina consultiva y jurisprudencial expuesta con anterioridad-, y que, en atención a las circunstancias concurrentes, convenientemente apreciadas, se entiende que debería consistir en un 30% **(DCC 182/2023)**.

D. 3. Abono por el contratista

Como hemos manifestado en diversas ocasiones en relación con la responsabilidad por daños causados a particulares cuando el servicio es prestado por una entidad contratista de la Administración, este Organismo Consultivo ha tenido ocasión de señalar lo siguiente (Dictámenes 270/2019, de 11 de julio; 202/2020, de 3 de junio y 365/2021, de 8 de julio, entre otros):

«(...) Las sucesivas normas reguladoras de los contratos administrativos han mantenido una regulación similar en lo que se refiere a la responsabilidad de los contratistas por los daños causados a terceros como consecuencia de la ejecución de tales contratos arts. 97.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; 214 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; art. 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. La concreta legislación aplicable vendrá determinada por la fecha de adjudicación del contrato a (...), si bien, como se ha dicho, no difieren en su regulación material sobre este extremo.

(...)

Según los referidos artículos de la legislación de contratos, la responsabilidad del contratista ante los particulares es una responsabilidad directa. La Administración no responde por los daños causados por su contratista ni mancomunada, ni solidaria, ni subsidiariamente (...).».

Por esta razón, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración como el contratista, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de éste, entonces será el obligado a resarcirlo, salvo cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, en cuyo caso será ésta la responsable sin perjuicio de que la propia Administración responda y posteriormente repita contra aquél.

La entidad contratista ostenta por tanto la cualidad de interesada según el art. 4.1.b) LPACAP. Así lo ha razonado este Consejo Consultivo en varios de sus Dictámenes, entre los que cabe citar el 554/2011, de 18 de octubre de 2011; 93/2013, de 21 de marzo de 2013;

132/2013, de 18 de abril de 2013; y 91/2015, de 19 de marzo; 291/2015, de 29 de julio y 41/2017, de 8 de febrero. Por esta razón la Administración ha de llamar al procedimiento administrativo al contratista lo que se ha llevado a efecto en el presente caso en relación con la empresa a quien se adjudica el servicio.

En esos procedimientos, la Administración debe declarar si existe responsabilidad, y si esta resulta imputable a la contratista por darse los mismos requisitos que le exige nuestro Ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, esto es, que exista un daño efectivo, antijurídico, individualizado y evaluable económicamente en relación a un bien o derecho de un particular cuya producción haya sido causada, en este caso, por el funcionamiento de un servicio público prestado indirectamente.

La Propuesta de Resolución entiende probado los hechos por lo que se reclama ya ha resultado acreditado por el informe de la Policía Local que el 16 de agosto de 2021, el vehículo matrícula (...), cuando se encontraba estacionado en la calle (...) a la altura del número 5, sufre daños por la caída de palmera *Phoenix spp.* sobre el mismo. En efecto, aun cuando no hay testigos directos del momento de la caída de la palmera sobre el vehículo, distintos efectivos de emergencia (unidades de Bomberos y personal de Parques y Jardines) acreditan que cuando llegaron era evidente que los daños del vehículo eran consecuencia de la caída de la palmera.

La Propuesta de Resolución también comparte lo informado por la entidad aseguradora (...), cuando afirma:

«1) Que la palmera tenía una zona de podredumbre en el lugar donde se produce la rotura del tronco, estando aquella causada por hongos.

2) Que el efecto de la oscilación térmica o golpe de calor no afectó a otras palmeras en esa zona o en otros lugares de la Ciudad, con lo cual es la podredumbre del tronco lo que determinó la rotura de la caída de esta.

3) Que, si bien se refiere la poda de la palmera en julio de 2021, los partes de trabajo que se han aportado son de 2019 no constando ninguno de 2021.

4) Una temperatura puntual de 43°C no se admite como fenómeno atmosférico exonerador de responsabilidad por la jurisprudencia, soportándose en verano en muchas ciudades españolas temperaturas más elevadas durante un periodo de tiempo más prolongado.

5) Incluyendo el cuidado de la vegetación urbana de esa zona del concierto suscrito entre (...) y el Ayuntamiento, resulta que la condición 11.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas para la Contratación del Servicio de Mantenimiento y Conservación de los Espacios del Servicio de Mantenimiento y Conservación de los Espacios Verdes y Arbolado Urbano de Las Palmas de Gran Canaria(...)».

En efecto, el Pliego de Prescripciones Técnicas, en sus condicionantes generales, recoge «2.2. Objeto (...) Los espacios verdes objeto de conservación y mantenimiento de los espacios verdes y del arbolado urbano del municipio, llevando a cabo todas aquellas técnicas jardineras

encaminadas a que la traza y disposición de cada uno de los elementos del jardín perduren y se consoliden en el tiempo en el cual fueron además de contribuir al embellecimiento y mejora del valor botánico y ornamental de los elementos que lo integran, considerando el uso público previsto. Los espacios verdes objeto de conservación y mantenimiento son los parques urbanos, zonas ajardinadas(zonas interbloques, plazas, etc.) arbolado viario (incluyendo palmeras en alineación, jardineras, estructuras florares, espacios verdes viarios(medianas, taludes, bulevares)'; y 11. 2 Responsabilidad por parte de cada empresa adjudicataria: "(...) Cada empresa adjudicataria adoptará las medidas preventivas necesarias para evitar accidentes y/o perjuicios de todo orden sobre personas y bienes. Los daños y perjuicios ocasionados en cualquiera de los elementos de los espacios verdes, edificios municipales y demás elementos de propiedad municipal serán responsabilidad de cada empresa adjudicataria cuando se deban a negligencia, culpa o incumplimiento del presente pliego, así como por una inadecuada ejecución de las labores (...))».

Con respecto a la poda de árboles, el Pliego establece que «*Los árboles de los espacios verdes carecerán de ramas secas, infectadas, rotas o mal formadas y rebrotes, conservándose la estructura característica de la especie*»; recogiendo el informe aportado por la empresa (...) que la última revisión y poda se efectuó en el 10 de febrero de 2021 y el 01 de julio de 2021, sin que se especifique además, cuál es el tiempo medio de poda de dichos ejemplares.

En este caso, este Consejo coincide con la Propuesta de Resolución en que las consecuencias de la caída de un árbol sobre un vehículo correctamente estacionado es responsabilidad de la propia empresa de mantenimiento, puesto que no es algo sobrevenido o puntual derivado de circunstancias externas, sino de la propia estructura del árbol y de un inadecuado funcionamiento de la empresa contratista, que tiene la obligación de mantener bien conservada la arboleda, debiendo observar la afección de cualquier árbol y tomar las medidas necesarias, pertinentes y oportunas para evitar daños al mobiliario público y a terceros.

En situaciones similares este Consejo ha apreciado la existencia de responsabilidad. Así, en nuestro Dictamen 29/2016, de 5 de febrero, afirmábamos: «*Dado por acreditado el origen del daño reclamado, es patente la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público municipal y el mismo. El servicio ha actuado de forma deficiente, ya que la palmera no fue objeto de las obligadas revisiones sobre su estado (máxime cuando había precedentes de la existencia de enfermedades en las palmeras del municipio, tal como reconoce el Concejal en los reportajes periodísticos aportados al expediente), circunstancia que hubiera revelado su mal estado y la necesidad de tratarlas o retirarlas para evitar que pudieran causar daños a personas o bienes. Por lo tanto, no es que se haya producido el daño por caso fortuito, como argumenta la Propuesta de Resolución, sino por el mal funcionamiento del servicio municipal de parques y jardines, pues la Administración municipal está obligada a desplegar una actividad dirigida a comprobar el estado de su masa arbórea y ajardinada para mantenerla en condiciones tales que se eviten posibles daños en personas o bienes de los ciudadanos.*

A la misma conclusión se llegó en el Dictamen 149/2012, de este Consejo, en un caso sustancialmente idéntico al que nos ocupa».

En definitiva, acreditado que la enfermedad de las palmeras fue la causa necesaria y suficiente para producir el daño, porque sin esa enfermedad no se habría producido la caída, la consecuencia lógica es que la causa determinante del resultado lesivo (daños en el vehículo sobre el cayó la palmera) fue no haber detectado esa enfermedad ni, en consecuencia, haber adoptado las medidas precisas en evitación de los riesgos y posibles daños a los administrados, de lo que se sigue que es imputable a la entidad adjudicataria del contrato de mantenimiento y conservación de los espacios verdes, áreas caninas y arbolado urbano de Las Palmas de Gran Canaria la responsabilidad y, por ende, el deber de indemnizar a la reclamante **(DCC 305/2023)**.

D. 4. Abono por la compañía aseguradora. Improcedencia

En cuanto a la indemnización otorgada por la Administración, 10.467,06 euros, está suficientemente justificada mediante la documentación médica incorporada al expediente y el informe médico pericial presentado por la compañía aseguradora del Ayuntamiento.

Asimismo, se afirma por el Ayuntamiento en la Propuesta de Resolución que:

«SEGUNDO.- La indemnización por los daños físicos ocasionados y valorados asciende al importe de DIEZ MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS CON SEIS CÉNTIMOS (10.467,06 €), que deberá ser satisfecha por Mapfre España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. con la que este Ayuntamiento ha suscrito contrato de seguro de responsabilidad civil/patrimonial con vigencia desde el día 24 de octubre de 2008».

Pues bien, en relación con el pago de la indemnización por la compañía aseguradora del Ayuntamiento y no por la propia Corporación Local, este Consejo Consultivo ya le ha señalado a esta Corporación Local en el Dictamen 342/2023, de 27 de julio que:

«Finalmente, la Propuesta de Resolución en su parte dispositiva (apartado segundo) determina requerir a la entidad aseguradora para que a la mayor brevedad haga efectivo el pago de la indemnización a favor de la interesada, en la cuantía estimada mediante ingreso en la cuenta bancaria que le será indicada y que dicho ingreso deberá acreditarse documentalmente a ese OAMC. Esto es, procede a señalar que la cantidad indemnizatoria reconocida a la reclamante deberá ser satisfecha por la compañía aseguradora municipal.

Sobre esta cuestión se debe señalar que la Administración ha de abonar íntegramente esta cantidad y no procede que en la Propuesta de Resolución, ni en la resolución que pone fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, se disponga que el pago lo haga su compañía aseguradora.

Al respecto este Consejo Consultivo ha señalado repetidamente (por todos, Dictámenes 104/2019, de 26 de marzo, 438/2020, de 29 de octubre, 458/2020, de 11 de noviembre, 48/2021, de 4 de febrero, 155/2021, de 8 de abril o 216/2022, de 2 de junio) que

“En todo caso, según ha razonado reiteradamente este Consejo en asuntos donde se produce la misma circunstancia, se observa que, tramitado el procedimiento de responsabilidad y aun cuando la Administración hubiese concertado contrato de seguro con una empresa del ramo para cubrir los gastos que por este concepto tuviere, no hubiera cabido, y menos aún en la PR que lo concluye, acordar que la aseguradora abone la indemnización propuesta al interesado, en el caso de que la PR hubiera sido estimatoria (...)”.

En base a ello, se concluye que es el Ayuntamiento quien debe proceder al abono y se añade:

“En este sentido, tan solo emitido el dictamen sobre la PR y resuelto el procedimiento con la concesión de indemnización, no antes, existe gasto municipal con esta base y cabría exigir la ejecución de la correspondiente póliza a la aseguradora por el Ayuntamiento, procediéndose en los términos del contrato formalizado y entre las partes del mismo”.

Esta doctrina resulta igualmente aplicable en este caso y, en consecuencia, la Propuesta de Resolución, en este punto concreto, no se ajusta a Derecho», todo lo cual es aplicable al presente asunto (DCC 431/2023).

E. Dictamen de Consejo Consultivo

E. 1. Trámite esencial. Nulidad de actuaciones

Entiende la Propuesta de Resolución que con la retroacción del procedimiento ordenada por la Resolución 21384/2023, de 19 de mayo, de la Concejala de Gobierno del Área de Economía y Hacienda, Presidencia y Cultura, cabe proceder a la convalidación de la Resolución 32600/2021, de 30 de septiembre, de la Concejala de Gobierno del Área de Economía y Hacienda, Presidencia y Cultura, por la que se estima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el interesado.

Así, se señala en el informe jurídico-Propuesta de Resolución de 18 de mayo de 2023, en cuya virtud se dictó la Resolución 21384/2023, de 19 de mayo, de la Concejala de Gobierno del Área de Economía y Hacienda, Presidencia y Cultura:

«A fin de posibilitar la convalidación de la Resolución en cuestión, subsanando los vicios de que adolece, retrotraer la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial al momento oportuno, esto es, a aquél en el que procede solicitar la emisión del preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Canarias (...)».

La reclamación por responsabilidad patrimonial presentada por el interesado superaba la cuantía de 6.000 euros, lo que determinaba efectivamente la preceptividad de la solicitud de dictamen del Consejo Consultivo sobre el asunto planteado.

Sin embargo, olvida la Administración tomar en consideración que este trámite (el dictamen del Consejo Consultivo en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración) resulta insoslayable y tiene además carácter esencial, por lo que su omisión constituye un defecto de forma determinante de nulidad de pleno derecho.

En este sentido, la jurisprudencia tiene asimilado a la ausencia de todo procedimiento, que es la causa de nulidad expresamente prevista en el art. 47.1.e) LPACAP (inobservancia del procedimiento legalmente establecido), la omisión de la práctica de sus trámites esenciales.

La esencialidad del trámite del dictamen del órgano consultivo ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por la doctrina consultiva. También, incuestionablemente, por este Consejo Consultivo, v.g., en su Dictamen 345/2019, de 7 de octubre.

Así las cosas, no cabe proceder a la convalidación «*ex post*» de la resolución adoptada, porque no cabe la aplicación de esta técnica de conservación de los actos administrativos en casos de nulidad de pleno derecho. Legalmente solo se admite la convalidación de los actos administrativos, mediante la subsanación de los defectos formales de que adolecen, en el caso de que dichos actos sean anulables (art. 52.1 LPACAP: «*La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan*»)

No cuando, como es el caso, el defecto observado tiene tal grado de gravedad que determina la nulidad de pleno derecho de la resolución adoptada en ausencia del preceptivo dictamen del Consejo Consultivo.

Siendo ello así, se precisa acordar la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 20 de septiembre de 2021, cuya convalidación no cabe, decretando el inicio del correspondiente procedimiento de revisión de oficio (**DCC 325/2023**).

1. 2. Servicio público sanitario

A. Servicio público de la sanidad

A. 1. Gastos asumidos de forma voluntaria

Este Consejo Consultivo ha manifestado, en relación con la reclamación de gastos generados por acudir los interesados a la medicina privada, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, en el Dictamen 140/2020, de 21 de mayo, lo siguiente:

«En cuanto a la solicitud referida al Servicio Canario de la Salud para que soporte el costo de la intervención a efectuar por la Dra. F.F., de París, de acuerdo con los principios generales del Sistema de la Salud, así como lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), la sanidad pública tiene la obligación de atender sanitariamente a los ciudadanos pero no de abonar a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en Ley General de Sanidad, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

El desarrollo reglamentario de este precepto de la LGS lo representa actualmente el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que dispone:

‘La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción’.

Reiterada jurisprudencia en relación con estos preceptos o con sus antecedentes legales ha insistido en que la prestación sanitaria exigible en el ámbito de la sanidad pública responde a los siguientes ejes fundamentales: que la citada prestación ha de otorgarse con los medios disponibles del Sistema Nacional de Salud; que la asistencia sanitaria ha de llevarse a cabo en términos de eficacia e igualdad, pero también en términos que permitan la estabilidad financiera del sistema, lo cual precipita en todo caso que la asistencia debida por el servicio público de salud se encuentra sometida a limitaciones; que no existe un derecho de opción de los beneficiarios del sistema público de salud para recabar asistencia sanitaria fuera del ámbito de ese sistema, ya que el recurso a la sanidad privada es excepcional por imperativo legal, ha de justificarse en cada caso y ha de hacerse ello con especial rigor, habida cuenta la calidad cierta de los recursos económicos y dotacionales del sistema público y la cualificación técnica y humana del personal al servicio del mismo; que, en razón de lo anterior, el servicio público de salud no puede arrostrar los gastos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a ese servicio, excepción hecha de los casos reglamentariamente establecidos; que, en atención a las previsiones reglamentarias vigentes, el recurso a la asistencia sanitaria privada que es susceptible de ser económicamente asumido por el sistema público de salud es exclusivamente el recurso debido a una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, siempre que conste que no se pudieron utilizar los servicios sanitarios públicos y que se acudió a la prestación sanitaria privada de forma no abusiva ni desviada; y que una interpretación extensiva de la responsabilidad del sistema sanitario público por gastos generados como consecuencia de asistencia prestada en el ámbito privado, es interpretación que bien puede abrir la inaceptable espita discriminatoria consistente en incrementar las posibilidades de recepción de asistencia sanitaria en favor de quienes dispongan de recursos económicos para acudir a la asistencia privada, iniciando a renglón seguido el procedimiento para intentar obtener la restitución del desembolso efectuado, posibilidad que en ningún caso existiría para el mayoritario colectivo que carece de los recursos necesarios a tal fin”», doctrina aplicable a este caso.

Atendidas las circunstancias de este caso, anteriormente señaladas, y aplicando esta doctrina, cabe afirmar que en este supuesto no concurren las circunstancias excepcionales contempladas en la normativa de aplicación que impliquen que el SCS deba asumir los gastos

derivados de una posible reintervención de la patología del menor en el extranjero (DCC 135/2023).

B. Lex artis

B. 1. El estado de la ciencia como parámetro de la *lex artis*

Por otro lado, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario presenta una serie de particularidades que se derivan de la denominada *Lex artis ad hoc*.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice que *«la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación»*.

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación n.º 89/2008) *«que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración»*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara lo siguiente: *«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria.*

Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».

Así pues, ha de concluirse que la principal exigencia de comportamiento de los facultativos es prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

En este mismo sentido se ha decantado este Consejo Consultivo de Canarias. Así, se ha de traer a colación, por ejemplo, y, entre otros muchos, el Dictamen 6/2019, de 9 de enero, de este Organismo, en el que se expresa lo siguiente:

«El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la lex artis y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física.

En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la lex artis, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la lex artis se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la lex artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha lex artis. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad.

Este límite nos lo proporciona el criterio de la lex artis, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la lex artis (no siendo el daño antijurídico) mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la lex artis, la obligación de reparar recae sobre la Administración. El criterio de la lex artis se define como ad hoc, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso. La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece “El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 67) (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente”.

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que “en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto”. Así las cosas y como quiera que de los hechos que la Sala de instancia declara probados no resulta en el caso enjuiciado una actuación médica contraria a lex artis, ha de concluirse que los eventuales daños que con ocasión de la misma se hubieran podido producir -incluidos los daños morales- en ningún caso serían antijurídicos, por lo que existiría la obligación de asumirlos, sin derecho a indemnización» (DCC 192/2023).

C. Legitimación activa

C. 1. Herederos del interesado

En cuanto a la legitimación activa, resulta necesario traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 66/2020, de 3 de marzo:

«4.1.1. Respecto a la posibilidad de reclamación por daños -patrimoniales y extrapatrimoniales- derivados del fallecimiento, se ha de indicar lo siguiente:

La doctrina y la jurisprudencia consideran de forma prácticamente unánime que la muerte en sí misma considerada no se indemniza (a quien la sufre), sino que lo que se indemniza es la pérdida neta que sufren aquellas personas que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (daño patrimonial), así como el dolor, sufrimiento, aflicción, la pérdida de la compañía, de proyectos conjuntos, etc., que produce a los familiares y allegados la muerte de una familiar (daño no patrimonial).

El fallecimiento de una persona da lugar a daños patrimoniales y no patrimoniales, pero no los sufre el que muere, sino los familiares cercanos, de modo que la indemnización no la perciben iure hereditatis, sino iure proprio. Se trata de un criterio generalizado en el Derecho comparado europeo, en el que la privación de la vida, no se considera un daño a efectos de las normas que regulan la responsabilidad y no es indemnizable.

En nuestro ordenamiento jurídico, el criterio de que el perjudicado por la muerte no es quien muere, sino los parientes allegados, se recoge en el baremo previsto para las indemnizaciones que se deriven de accidentes de tráfico. En consecuencia, la privación de la vida no es indemnizable a quien fallece, y, por tanto, nada se puede transmitir a los herederos del que muere.

La jurisprudencia así lo viene señalando desde hace tiempo. En este sentido, las diversas Salas del Tribunal Supremo consideran hoy que están legitimadas para reclamar por la muerte de una persona quienes resulten personalmente perjudicados por ella, en cuanto dependían económicamente del fallecido o mantenían lazos afectivos con él, de modo que ejercen un derecho originario y no derivativo. La STS (Sala de lo Civil) de 1 de abril (RJ 2009/4131) señala lo siguiente: “es doctrina pacífica que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable ex iure proprio, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del de cuius, por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos”.

4.1.2. Dicho lo anterior, se ha de añadir que, como muy bien señala la sentencia de 2 de octubre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.780/2006), “(...) la temprana y didáctica Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, estableció lo siguiente: Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como ‘iure hereditatis’, sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte ‘iure proprio’, las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien ‘vida’ sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisibile ‘mortis causa’ a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales ‘iure hereditatis’” (...)).

Tal y como se cita en el Dictamen 292/2021, de 24 de mayo, de este Organismo consultivo «sólo podrán reclamar por el daño moral derivado del fallecimiento de (...) aquellos que posean: “vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios causados directamente de la muerte producida” (STS, de 4 de noviembre de 1999; STSJ de Navarra n.º 1089/2003, de 17 de octubre de 2003).

Al tratarse de un daño moral en los sentimientos, se hace necesario poner un límite a la condición de legitimado. Es obligado establecer un orden de preferencia excluyente, siguiendo un orden lógico de afinidad con la fallecida, de forma que sean los más inmediatos los que, en su caso, reciban la indemnización con exclusión de los demás, primando de forma natural, a quienes hayan sufrido de forma más palmaria y directa. El Tribunal Supremo, en algunos casos se refiere a “parientes más allegados”. Según la jurisprudencia, puede establecerse un orden de preferencia:

1.- Los miembros de la familia nuclear, que en este caso se desconocen, si bien parece desprenderse de la reclamación que (...) estaba casada y tenía un hijo, que no se identifican (¿?). El dolor de la familia nuclear, es decir, marido e hijos, se presume, no requiere prueba (STS de 15 de abril de 1988). No obstante, estos, los más allegados, no formulan reclamación en este caso.

2.- Para el resto de los parientes no existe presunción, requiriéndose la acreditación de alguna de las siguientes circunstancias para establecer su legitimación: Que pertenezcan de hecho a la familia nuclear por convivir con ella, o bien se demuestren fuertes e importantes vínculos afectivos, asimilándose a los que normalmente se dan entre los miembros de la familia central.

En síntesis, la jurisprudencia ha atribuido la legitimación de los daños morales derivados del fallecimiento de una persona, en primer lugar, al viudo o viuda, junto a los hijos del fallecido y en segundo término a sus padres si la víctima está soltera (STS de 2 de julio de 1979; STS de 14 de diciembre de 1996). Finalmente, los hermanos también estarían legitimados en defecto de otros familiares más allegados (los ya expuestos) (STS de 4 de julio de 2005), debiendo probar en su caso la vinculación afectiva entre ellos, su dependencia económica o su convivencia en el núcleo familiar» (DCC 16/2023).

D. Diagnóstico

D. 1. Erróneo. Manifiesta negligencia o ignorancia

Por lo demás, y como quedó apuntado en nuestro Dictamen 107/2022, de 23 de marzo de 2022 [con cita de los Dictámenes 170/2020, de 1 de junio y 384/2016, de 24 de noviembre], «el diagnóstico médico (...) es un juicio clínico sobre el estado de salud de una persona y que establece, a partir de los síntomas, signos y hallazgos de las exploraciones y pruebas a un paciente, la situación patológica en que se encuentra. Por regla general una enfermedad no está relacionada de una forma biunívoca con un síntoma. Normalmente un síntoma no es exclusivo de una patología. Diferentes patologías pueden expresar síntomas idénticos. Por ello no es jurídicamente exigible para todos los supuestos el diagnóstico certero y en consecuencia el error científico médico en principio no puede originar sin más responsabilidad. Éste sólo surge cuando el error de diagnóstico se debe a una manifiesta negligencia o ignorancia o por no emplear oportunamente los medios técnicos y pruebas

médicas que ayudan a evitar los errores de apreciación. Por esta razón, la STS de 6 de octubre de 2005 señala que "(...) no cabe apreciar la culpa del facultativo en aquellos supuestos en que la confusión viene determinada por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismos resultan enmascarados con otros más evidentes característicos de otra dolencia (STS de 10 de diciembre de 1996), y tampoco cuando quepa calificar el error de diagnóstico de disculpable o de apreciación (STS de 8 de abril de 1996)".

Y es que, como ha indicado la jurisprudencia del Tribunal Supremo -sentencia de su Sala de lo Civil, núm. 679/2010, de 10 de diciembre (RJ 2011 137), cuyo criterio jurisprudencial se sigue, entre otras, en la sentencia de su Sala de lo Civil, núm. 112/2018, de 6 de marzo (RJ 2018 1066)-, «en una medicina de medios y no de resultados, la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica por tanto un doble orden de cosas:

En primer lugar, es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles.

En segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (SSTS 15 de febrero 2006 (RJ 2006, 692); 19 de octubre 2007 (RJ 2007, 7309); 3 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3778)) (dictamen n.º 529/2021, de 4 de noviembre)» (DCC 79/2023).

E. Pérdida de oportunidad

E. 1. Daño antijurídico

En relación con esta materia, como hemos manifestado en diversas ocasiones (ver por todos Dictamen 415/2019 de 19 de noviembre, con cita del Dictamen 287/2017, de 6 de septiembre), desde la Sentencia de 10 de octubre de 1998, el Tribunal Supremo ha iniciado una línea jurisprudencial hoy ya consolidada favorable a dar valor a la llamada «*pérdida de oportunidad*» cuando, aunque no resultara patente la presencia del vínculo causal por dificultad en su prueba, concurrieran circunstancias que evidenciaran una alta probabilidad de que, de haberse ofrecido las oportunidades perdidas, se hubiera evitado o disminuido el daño.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo viene admitiendo la aplicación de esta doctrina como criterio de flexibilización de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo

causal especialmente en materia de responsabilidad sanitaria y la ha aplicado a la actuación del facultativo cuando no puede asegurarse que haya sido causante del daño reclamado o, al menos, la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano. *«La omisión de las pruebas y actuaciones tendentes a la determinación del diagnóstico en un momento anterior, ha privado al paciente de la oportunidad de anticipar un tratamiento que podía incidir favorablemente en la evolución del padecimiento, aun cuando no se evitara el resultado final, privación que consecuentemente ha de ser indemnizada»* (STS, Sala III, Sección 6ª, de 23 de octubre de 2007, recurso casación n.º 6676/2003).

Pues bien, como hemos dicho en el Dictamen 300/2019, de 12 de septiembre, para esta consolidada jurisprudencia *«la pérdida de oportunidad constituye un daño antijurídico puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias»* (STS, Sala III, Sección 4ª, de 21 de diciembre de 2015, FJ 1º, recurso casación n.º 1247/2014).

Así pues, debemos concluir que la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, pues el retraso en la realización de las pruebas oportunas determinó un error en el diagnóstico inicial y un retraso en el correcto tratamiento, mermando las probabilidades de curación del paciente, razón por la cual se concluye la falta de adecuación a la *lex artis ad hoc* dada por una falta de puesta a disposición del paciente de todos los medios diagnósticos y terapéuticos existentes.

Por ello, debe ser indemnizado, como consecuencia de la ausencia de puesta a su disposición de todos los medios diagnósticos y terapéuticos existentes, si bien, no por la pérdida del testículo, pues una vez producida la torsión testicular, aunque la posibilidad de conservación del testículo aumenta exponencialmente con un diagnóstico precoz, no puede garantizarse, como no puede garantizarse nunca la curación en los procesos médicos, al tratarse de obligación de medios y no de resultados, como recuerda la constante doctrina jurisprudencial: *«la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el*

estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación» (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007).

En consecuencia, ante la patología y síntomas que presentaba el paciente, que hacían sospechar de torsión testicular, no se utilizaron todos los medios adecuados para descartar la misma mediante una ecografía eco-doppler, por lo que, en este caso, se ha vulnerado *la lex artis ad hoc*, incurriendo en responsabilidad la administración sanitaria por el daño causado, que podía haberse evitado, produciéndose una pérdida de oportunidad en el paciente de salvar su testículo.

A mayor abundamiento, este Consejo se ha pronunciado en supuestos de hecho similares en los que el reclamante presentaba la misma sintomatología y hecho lesivo (pérdida de testículo por torsión testicular), entre otros, en los Dictámenes 16/2012, de 9 de enero, 367/2013, de 29 de octubre, 119/2015, de 9 de abril, 400/2015, de 29 de octubre, 53/2016, de 25 de febrero, 451/2017, de 5 de diciembre y 179/2019, de 16 de mayo, en los que en unos casos la administración sanitaria propone la terminación mediante acuerdo convencional (Dictámenes 367/2013, 451/2017 y 179/2019) o estima parcialmente la reclamación (Dictámenes 119/2015, 400/2015 y 53/2016), considerando este Consejo en muchos de los casos que debían incrementarse las cuantías indemnizatorias.

Así, en el Dictamen 239/2019, de 20 de junio, decíamos lo siguiente, con cita, entre otros, de los Dictámenes 367/2013 y 119/2015: *«Por su parte, en el Dictamen 367/2013, señalábamos: “(...) A la vista de los hechos expuestos resulta patente que en la asistencia sanitaria prestada al paciente el día 15 de septiembre de 2010, por los facultativos del Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Canarias, no se utilizaron todos los medios de diagnóstico disponibles aconsejados por las circunstancias del caso –ecografía doppler-, especialmente, en relación al anterior diagnóstico del paciente emitido por el facultativo del Centro de Salud ‘torsión testicular’, constituyendo esta omisión de recursos una vulneración de la lex artis ad hoc; la cual ha impedido la intervención a tiempo sobre la torsión testicular, causando la pérdida del testículo derecho. Hay, pues, una relación de causa a efecto entre la deficiente atención médica prestada al paciente y el daño personal por el que reclama, que la Administración sanitaria reconoce y no discute, proponiendo el correspondiente acuerdo indemnizatorio de terminación convencional previsto en el art. 15.2 RPAPRP (...)».*

Finalmente, en el Dictamen 119/2015, también indicábamos lo siguiente: *«(...) La actuación médica inicial, llevada a cabo el 26 de enero de 2013 en el Centro de Salud de la localidad de El Doctoral, originó la pérdida de oportunidad referida al dolor que el menor manifestaba con ocasión de dicha asistencia, lo que fue confirmado posteriormente por el urólogo de zona, que diagnosticó la lesión padecida como “síndrome escrotal agudo derecho desde hace días”. Además, el diagnóstico inicial en un menor de edad no es el habitual, pues como nos indica el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, la orquiepididimitis es más común en pacientes mayores de 18 años. Por dichas razones,*

para determinar la enfermedad del menor se tendría que haber requerido un mejor estudio o exploración física, así como la práctica de la ecodoppler que, como indica el propio informe del citado Servicio de Inspección y Prestaciones, es el mejor medio disponible para tratar la enfermedad padecida. Por lo tanto, siendo evidente la pérdida de oportunidad con motivo de la asistencia médica recibida por el menor en un primer momento, procede indemnizar al interesado (...)».

Ahora bien, por otra parte, aun en la hipótesis de que el reclamante hubiera sido correctamente asistido desde un primer momento, no sería posible saber la probabilidad de conseguir con éxito un testículo viable. En tal sentido, La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuantificación de las indemnizaciones provenientes de pérdida de oportunidad, señalando que procede valorarla «no por la totalidad del daño sufrido pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación» (STS de 19 de noviembre de 2012, rec. de casación n.º 579/2011, citada a su vez por la STS de 27 de noviembre de 2012, rec. casación n.º 4981/2011). Por ello, procederá atenerse «prudencialmente y de manera analógica, a los criterios marcados por el baremo indemnizatorio previsto para los accidentes de circulación, que adapta equitativamente a las circunstancias del caso con la rebaja sustancial propia de la aplicación de la doctrina de la llamada pérdida de oportunidad» (STSJ de Galicia, de 16 enero 2013, rec. apelación n.º 7126/2012). En esta línea, este Consejo (v.g. Dictámenes 450/2017, 287/2017), en casos de valoración económica de daños provenientes de pérdida de oportunidad ha entendido, de acuerdo con dicha jurisprudencia, que si bien no puede alcanzar una cuantía indemnizatoria idéntica a la que resultaría de imputar en su totalidad al Servicio Canario de la Salud el daño, la Administración sanitaria debe ponderar el grado de participación de la pérdida de oportunidad en el resultado final de la actuación sanitaria prestada, que este Consejo ha estimado, según la naturaleza del caso, entre el 10 y el 60% de la cantidad que resultaría de aplicar el referido baremo por la totalidad de los daños. En este caso, se estima razonable aplicar el porcentaje del 60 por ciento de la cantidad que debería corresponderle, por cuanto la pérdida de oportunidad ha sido consecuencia exclusiva del deficiente funcionamiento del servicio público sanitario. Así, resultan aplicables las tablas de valoración previstas el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, según Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para el año 2019; y con aplicación del 60% igualmente señalado.

La cantidad resultante habrá de ser actualizada de acuerdo con lo dispuesto en el art. 34.3 LRJSP, que hace referencia a la actualización de la cuantía de la indemnización señalando que se realizará a la fecha que ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad fijado por el Instituto Nacional de Estadística (DCC 127/2023).

F. Consentimiento informado

F. 1. Información previa al consentimiento

Respecto a la figura del consentimiento informado, este Consejo Consultivo mantiene una doctrina consolidada, expuesta entre otros muchos en el Dictamen 542/2020, de 17 de diciembre, con cita del Dictamen 492/2020, de 25 de noviembre.

En el presente caso no consta acreditado -ni la reclamante aporta prueba alguna en este sentido- que la intervención quirúrgica se practicara mediando negligencia o mala praxis por el cirujano que la llevó a cabo. Sí se constata, por el contrario, que el dolor en la zona cicatricial, que puede hacerse permanente, y la posible recidiva de su sintomatología, lo que ocurrió respecto a la sensitiva, que no a la motora, presente durante la fase postoperatoria, es una complicación descrita como posible de la técnica quirúrgica empleada, que se concretó en la paciente a pesar de que el acto médico fue correctamente realizado.

Así pues, los padecimientos físicos que se alegan en el presente caso son la materialización de un riesgo cuya posibilidad de concreción la paciente aceptó debidamente informada de su existencia. El consentimiento informado (arts. 4, 8 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) constituye uno de los títulos jurídicos que obliga a la paciente a soportar los daños derivados de un acto médico correcto. La paciente, en cuanto asumió los beneficios que pudieran derivarse de la operación, asumió también los riesgos cuya concreción resultaba posible a pesar de que el acto médico fuera correctamente practicado. El consentimiento informado de la paciente hace recaer sobre ella la carga de soportar los daños que puedan producirse, bien porque el tratamiento es infructuoso, bien porque, aun alcanzando el resultado perseguido, se producen efectos perjudiciales secundarios. Por esta razón, esas complicaciones no tienen el carácter de antijurídicas y, por ende, no son indemnizables según el art. 34.1 LRJSP.

Como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en diversos Dictámenes (por todos, Dictamen 126/2017, de 20 de abril, entre otros), *«(...) los posibles daños iatrogénicos de un tratamiento médico o derivados de la plasmación de sus riesgos conocidos no están causados por la asistencia sanitaria correcta. Respecto a ellos los arts. 4, 8 y 10 LAP exigen que se informe al paciente con carácter previo a toda intervención médica a fin de obtener su consentimiento a ella, consentimiento previo que el paciente ha de prestar por escrito en los supuestos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa*

sobre la salud del paciente. Si los facultativos no proceden así, ello constituiría una infracción de la *lex artis*; por lo que, si se produce un daño iatrogénico, estarían obligados a responder patrimonialmente por sus consecuencias.

Las lesiones que se alegan son la materialización de riesgos iatrogénicos cuya posibilidad de concreción el paciente aceptó debidamente informado de su existencia. El consentimiento informado (arts. 8 y 10 LAP) constituye uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar los daños derivados de un acto médico correcto. El paciente, en cuanto asumió los beneficios que pudieran derivarse de la operación, asumió también las consecuencias dañosas de la eventual realización de los riesgos que comportaba. El consentimiento informado del paciente hace recaer sobre él la carga de soportar los daños que puedan producirse, bien porque el tratamiento es infructuoso, bien porque, aun alcanzando el resultado perseguido, se producen efectos perjudiciales secundarios. Por esta razón, esas lesiones no tienen el carácter de antijurídicas y, por ende, no son indemnizables según el art. 141.1 LRJAP-PAC».

En definitiva, constituyendo los daños por los que se reclama la materialización de un riesgo iatrogénico, cuya posibilidad de concreción la reclamante aceptó debidamente informada de su existencia en el documento de consentimiento informado rubricado por aquélla, se concluye que tales daños iatrogénicos no resultan indemnizables al amparo del art. 34.1 LRJSP (DCC 145/2023).

1. 3. Otros servicios públicos

A. Dependencia

A. 1. Procedimiento

A. 1. 1. *Dies a quo*

Pues bien, dados estos antecedentes, esta cuestión ha sido objeto del informe del Servicio de Valoración y Orientación a la Dependencia, 17 de noviembre de 2021, y acogida así por la Propuesta de Resolución, señalando que el *dies a quo* para el cálculo del plazo de prescripción de acción lo determina el fallecimiento de la persona dependiente, por lo que la segunda reclamación de responsabilidad patrimonial, interpuesta el 16 de enero de 2020, estaría prescrita dado que (...) falleció el 17 de marzo de 2017.

No obstante, se entiende presentada en plazo la interpuesta el 10 de octubre de 2017.

Por ello, ante todo, ha de señalarse que, habiéndose presentado una reclamación con identidad de objeto y causa el 10 de octubre de 2017, esto es, en plazo y previa a la interpuesta el 16 de enero de 2020, no puede considerarse que la última se haya presentado extemporáneamente, pues el plazo de prescripción quedó interrumpido por la anterior,

máxime cuando se ha acordado por la misma Administración la acumulación de expedientes, al no haber sido aún resuelta la primera.

En todo caso, debe recordarse, solo a efectos doctrinales, ya que la Propuesta de Resolución realiza sus razonamientos en torno a la consideración de que el *dies a quo* para el cálculo del plazo de prescripción de acción lo determina el fallecimiento de la persona dependiente, que si bien tal fallecimiento permite a los interesados presentar la reclamación si lo consideran, como señalamos en nuestro reciente Dictamen 493/2022, de 19 de diciembre, tal fecha no constituye el inicio del cómputo para reclamar.

Y es que el *dies a quo* viene dado por la fecha de notificación de la resolución del fin del procedimiento relativo a las prestaciones, pues, como argumentábamos en el citado Dictamen, si bien los reclamantes no ignoran que a la fecha del fallecimiento de la persona dependiente no ha aprobado el PIA, y, por ende, no se han recibido las prestaciones correspondientes, sin embargo, se desconoce, o puede desconocerse que la muerte de la persona dependiente determinaba el archivo del expediente sin el abono a sus herederos de las prestaciones impagadas, lo que precisamente constituye el motivo de la reclamación efectuada, dado que los herederos consideran que se continúan debiendo por la Administración a la comunidad hereditaria las prestaciones del PIA que debió aprobarse. Sólo tras la notificación del archivo del expediente de dependencia los herederos conocen que no se tramitará pago alguno de prestaciones, por lo que ésta es la fecha de inicio del cómputo para reclamar, esto es, la fecha en la que «*se manifiesta el efecto lesivo*» (art. 67.1 LPACAP).

Ciertamente, en el caso que nos ocupa, la segunda reclamación, de no haberse interpuesto previamente la de 10 de octubre de 2017, podría entenderse prescrita, pero no por el transcurso del tiempo desde el fallecimiento de la persona dependiente, sino por haber transcurrido sobradamente el plazo para presentar la reclamación de responsabilidad, pues la Resolución de finalización del expediente de dependencia se produjo el 30 de noviembre de 2017, siendo notificada el 21 de diciembre de 2017. Ello, incluso, sin perjuicio de haber presentado recurso de alzada el 19 de enero de 2018 a través del Sistema de Interconexión de Registros en el Registro General del Ayuntamiento de Los Realejos, y, por ello, en plazo -en contra de lo señalado en el informe del Servicio de Valoración y Orientación de Dependencia, que consideran como fecha la del registro de entrada en la entonces Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, esto es, el de 23 de enero de 2018-, que debió entenderse desestimado por silencio por no ser resuelto.

Sin embargo, este no es el caso, ya que, la reclamación de 11 de octubre de 2017 interrumpió, como ya señalamos, el plazo de prescripción, acumulándose la última que no está, por ello, prescrita (**DCC 7/2023**).

A. 2. Legitimación

A. 2. 1. Activa. Prestaciones *intuitu personae*

En este sentido es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, pues si bien se cataloga por los reclamantes como daño moral el daño por el que se reclama, sin embargo, el objeto de la reclamación es puramente patrimonial, pues se solicitan las prestaciones no abonadas a (...) que, según sus cálculos, debieron corresponderle de haberse aprobado el PIA.

Procede, en este punto, reiterar lo ya manifestado de forma reiterada por este Consejo Consultivo acerca de las prestaciones que pueden ser consideradas *intuitu personae* y las que no cabe entenderlo así en el ámbito que nos ocupa, señalándose en nuestro Dictamen 501/2018, de 7 de noviembre:

«Ciertamente es que este Consejo tiene declarado que la falta de legitimación activa es predicable cuando los reclamantes, en calidad de herederos del dependiente, pretenden ser resarcidos por las prestaciones dejadas de percibir por el fallecido, ya que tales prestaciones forman parte de un derecho que, por estar vinculado a la atención de la persona dependiente, se reconoce intuitu personae, por lo que se extingue con su muerte, sin que sea posible su transmisión mortis causa ni la acción para reclamarlas, por lo que los herederos no pueden reclamar las prestaciones por dependencia (Acuerdo de Pleno del Consejo Consultivo de 15 de marzo de 2017). (...) Distinto es el supuesto en el que los herederos del dependiente reclaman por otros daños, sea por derecho propio (al haberlos sufrido el propio heredero, v.g., por haber abonado gastos de asistencia a la persona dependiente o daños morales) o iure hereditatis, por tratarse de daños sufridos en el patrimonio del dependiente fallecido que sí son transmisibles mortis causa (v.g. por haberse detruido del patrimonio del dependiente pagos para su atención, minorando así el haber hereditario)».

En el mismo sentido se había ya pronunciado este Consejo en su Dictamen 166/2017, de 18 de mayo, en el que se señalaba:

«Según este Consejo, cuya posición se fijó de manera definitiva en el Acuerdo del Pleno, de fecha 15 de marzo de 2017, sobre doctrina en materia de responsabilidad patrimonial por daños causados por el servicio público de dependencia, distinto es el supuesto en el que los herederos del dependiente reclaman por otros daños, sea por derecho propio (por haberlos sufrido los propios herederos, sea patrimonial o moralmente) o por iure hereditatis (por tratarse de daños sufridos en el patrimonio del dependiente fallecido que sí son transmisibles mortis causa)».

Esta doctrina no vino sino a consolidar la que ya antes venía a haber sido apuntada, entre otros, en los Dictámenes 106/2015, de 31 de marzo y 482/2015, de 28 de diciembre, sobre legitimación de los herederos iure propio, y en los Dictámenes 272/2013, de 22 de julio y 124/2016, de 21 de abril, sobre legitimación de los herederos *iure hereditatis*, todos ellos en

reclamaciones de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del servicio público de atención a la dependencia.

Pues bien, en el caso que nos ocupa no se da ninguno de estos supuestos que podrían determinar un pronunciamiento de fondo, pues de la reclamación presentada se desprende que los interesados reclaman por la cantidad de 13.170,71 euros como resultante de la suma de las cantidades que los reclamantes consideran que le habrían correspondido a su causante de haberse aprobado el PIA.

Se reclama, en suma, por un daño atinente a la propia dependiente fallecida, nunca reclamada por ésta, que se concreta en las prestaciones del PIA no abonadas a aquélla, por lo que no cabe duda de que el objeto de la reclamación son las prestaciones del PIA dejadas de pagar a la fallecida.

Ciertamente, conforme a los arts. 659 y 651 del Código Civil, *«la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte»* y *«los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones»*.

Ahora bien, la sucesión no se entiende en términos absolutos, pues conforme a constante y reiterada jurisprudencia (SSTS de 11-10-43; 19-11-66; 1-7-81 y 3-11-2008), *«están exceptuados de la transmisión por causa de muerte, los derechos personalísimos, o sea aquellos ligados de tal suerte a determinadas personas, que tienen su razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que solo se dan en el titular, y así como existen derechos personalísimos transmisibles –derecho moral del autor intelectual, derecho a la patente o la acción de calumnia o injuria, a título de ejemplo–, existen otras cuya intransmisibilidad a título hereditario es evidente precisamente por aquel carácter personalísimo»*.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1981 declaró que *«conforme a lo dispuesto en el artículo 661 del Código Civil, los herederos suceden al difunto, por el solo hecho de su muerte, en todos los derechos y obligaciones, si bien es cierto que, ante la falta de una normativa sobre los que en esta sucesión son transmisibles o intransmisibles, ha venido la doctrina jurisprudencial estableciendo a título enunciativo, como excepciones al principio general de la transmisibilidad, los que en atención a su naturaleza han de tenerse como intransmisibles, como lo han de ser los de carácter público, o los intuitu personae o personales, en razón a estar ligados a una determinada persona, en atención a las cualidades que le son propias, como parentesco, confianza y otras, que por ley o convencionalmente acompañan a la persona durante su vida»*.

Por lo tanto, cumple concluir que las prestaciones económicas derivadas de la situación personal de dependencia no forman parte de los derechos transmisibles *mortis causa*, de acuerdo con lo establecido en el art. 14.1.C) del Decreto 54/2008, de 25 de marzo, por el que se regula el procedimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, que determina como causa de

extinción de las referidas prestaciones el fallecimiento del beneficiario de las mismas (DCC 7/2023, 162/2023 y 246/2023).

A. 3. PIA

A. 3. 1. Situación no condicionada a su aprobación

Ya en cuanto al fondo de la cuestión, este Consejo Consultivo ha venido manteniendo desde su Dictamen 450/2012, de 8 de octubre, que el derecho -que la reclamante estima vulnerado por el retraso y la omisión de la Administración, le supone la pérdida de las prestaciones que conlleva, que aunque sean asistenciales y no económicas, son evaluables económicamente- nace de forma plena y efectiva en el momento en que se reconoce la situación de dependencia por parte de la Administración, sin que la normativa reguladora de la materia permita entender que su efectividad queda condicionada a la aprobación del PIA.

En dicho Dictamen, con un razonamiento aplicable al supuesto analizado, se afirma que:

«En este caso, justamente, se obsta a que, con incumplimiento de la normativa aplicable, particularmente sobre la aprobación y notificación del PIA, la interesada disfrute de protección y de unas prestaciones a las que tiene derecho, como consecuencia del reconocimiento de su situación de dependencia, a partir del 1 de enero de 2009; lo que, tratándose de un derecho que debió tener efectividad en tal fecha, supone la producción de un daño efectivo, que, en cuanto tal, no requiere para su efectividad, que se apruebe, con injustificada dilación, el PIA meses o años después de cuando debió serlo.

Por tanto, no estamos ante una mera expectativa de derecho o de un derecho futuro no nacido ni exigible en el momento de la producción del hecho lesivo, el incumplimiento de la norma aplicable, con la no aprobación del PIA que lo hacía efectivo, sino de un derecho que lo era en su eficacia entonces y, por tanto, de una lesión real al no abonarse las correspondientes prestaciones».

Por tanto, cabe concluir que en el momento en el que se dicta la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia surge el derecho a percibir las correspondientes prestaciones que, ciertamente, se deben concretar mediante el PIA; y que el mismo derecho surge, del mismo modo, si transcurre el plazo máximo legalmente establecido para la terminación del correspondiente procedimiento.

De no resultar satisfecho entonces el referido derecho, se origina la producción del hecho lesivo, que cabe calificar como funcionamiento anormal del servicio, en la medida en que impide a la interesada disfrutar de las prestaciones a las que tiene derecho en atención a la situación de dependencia que le ha sido reconocida.

Esta privación supone la producción de un daño continuado, en efecto, que no cesa hasta tanto se otorguen a la interesada de manera efectiva y real las prestaciones que le

corresponden conforme a la situación personal y al grado de dependencia reconocido, momento en el que surte efectos el sistema asistencial previsto en la Ley de Dependencia (DCC 88/2023).

A. 3. 2. Retraso en la aprobación

Por otra parte, ha de recordarse nuestra doctrina de que con la aprobación del PIA no se proporciona entera satisfacción a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la interesada.

El PIA, una vez aprobado, constituye un pago debido, que se concreta, en su caso, en la prestación del servicio a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales correspondiente, no respondiendo al concepto de indemnización derivada de responsabilidad patrimonial por el retraso en la aprobación del PIA.

Las prestaciones no disfrutadas pueden cuantificarse económicamente por el tiempo no disfrutado por indebida dilación en la aprobación del PIA, lo que privó a la interesada de beneficiarse de las prestaciones asistenciales que en su caso le correspondían desde la fecha en la que debió haberse aprobado aquél (seis meses después de la solicitud efectuada el 23 de febrero de 2011, esto es, el 23 de agosto de 2011) hasta su efectiva aprobación.

Si bien hasta la aprobación del PIA no se concreta la cuantía o la prestación que corresponde a la persona dependiente, tal y como hemos señalado en nuestros dictámenes en la materia (Dictámenes 450/2012, 439/2014 y 448/2014), se trata de un daño que puede cuantificarse. Así, en el Dictamen 448/2014 indicábamos:

«6. Por supuesto, ningún problema existe sobre la individualización del daño, que es patente, aunque algo pudiera plantearse sobre la cuantificación o evaluación.

Al respecto ha de tenerse en cuenta el Real Decreto 727/2007, asimismo antes citado, pero también la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este punto en el ámbito de la responsabilidad patrimonial.

Así, la STS de 3 de febrero de 1989, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sostiene que se ha declarado reiteradamente que la imposibilidad de evaluar, cuantitativamente y con exactitud, el daño material y moral sufrido por el administrado implica que la fijación de la cuantía de la indemnización se efectúe generalmente, de un modo global; esto es, atemperándose al efecto los módulos valorativos convencionales utilizados por las jurisdicciones civil, penal o laboral, sin que además haya de reputarse necesario en ningún caso que la cantidad globalmente fijada sea la suma de las parciales con las que se cuantifique cada uno de los factores o conceptos tomados en consideración.

En este contexto, ha de considerarse la aplicación del principio de reparación integral del daño, propio de la responsabilidad patrimonial. En este sentido, la STS de 11 de noviembre de 2011, también

de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, recuerda que múltiples Sentencias del propio Tribunal Supremo han proclamado, insistentemente, que la indemnización debe cubrir todos los daños o perjuicios sufridos, hasta conseguir la reparación integral de los mismos y, con ello, la indemnidad del derecho subjetivo o interés lesionado.

7. A la luz de lo expuesto, es claro que en este caso cabe determinar -si bien que como cuantía mínima revisable a posteriori cuando se apruebe el PIA- la cantidad que corresponde percibir al interesado desde la terminación del plazo de suspensión de aprobación del PIA. Por tanto, será a partir de tal fecha (25 de septiembre de 2010), sin perjuicio de lo antedicho y como eficacia de un derecho que necesariamente se materializará en el futuro, la que inicie el cómputo de lo que deba abonarse como indemnización».

Por su parte, también hacíamos referencia a la cuantificación del daño en el Dictamen 476/2015, donde aclarábamos que, aunque la prestación que pudiera corresponder no fuera finalmente una prestación económica, sino un servicio de atención domiciliaria, puede -a efectos de determinación de la cuantía que correspondería en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la dilación indebida en la aprobación del PIA- cuantificarse económicamente «a posteriori» la eventual ayuda que no pudo disfrutarse «in natura» por no haberse aprobado el PIA en el plazo legalmente exigible. Así, señalábamos:

«Y es que, sea del tipo que sea, cualquier prestación es cuantificable económicamente; de hecho, en este caso, si bien no se concede a la interesada una prestación económica para cuidado en el entorno familiar (que es lo que deseaba la interesada, al venir siendo cuidada por su hijo), se concede una prestación económica en sustitución de la prestación de servicio a domicilio por la imposibilidad de acceder al mismo en el momento de su concesión, si bien vinculada a la adquisición de tal servicio, otorgada tras examinar sus circunstancias. Tal prestación se cuantifica, según comunicación de revisión del PIA de 12 de junio de 2014, en 426,12 euros, cantidad que se haría efectiva una vez se acreditara por la interesada la adquisición del servicio reconocido.

Tal cuantificación nos permite determinar la indemnización que corresponde a la interesada por los perjuicios sufridos por el retraso en la aprobación del PIA, al menos desde el 27 de mayo de 2010 (tres meses desde la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia) (...).».

La anterior doctrina es trasladable al presente caso.

Por todo lo expuesto, al reconocerse en el PIA una prestación económica para cuidados en el entorno familiar (la cuidadora no profesional es nieta de la persona dependiente) por importe de 368,26 euros, podemos cuantificar los períodos en que no recibió indebidamente las prestaciones derivadas de la situación de dependencia, en los términos que se expondrán a continuación **(DCC 88/2023)**.

A. 4. Prescripción del derecho a reclamar

Pues bien, respecto a la primera de las cuestiones planteadas -extemporaneidad en el ejercicio de la acción resarcitoria- y una vez examinado el contenido del expediente tramitado, se ha de concluir que la reclamante presentó de forma extemporánea su reclamación de responsabilidad patrimonial. Como bien se indica en la Propuesta de Resolución «[...] la reclamación se ha presentado fuera del plazo de un año previsto en el artículo 67.1, primer párrafo, de la [...] Ley 39/2015 [...]». En este sentido, se ha de indicar que «[...] la Resolución de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad n.º LRS2017-LL19405, de 30 de junio de 2017, por la que se aprobó el PIA de la interesada, y sobre la cual versa la reclamación, le fue notificada el 26 de septiembre de 2017, pero la reclamación de responsabilidad patrimonial no fue presentada hasta el 8 de octubre de 2019 (más de dos años después). En consecuencia, ya había prescrito el plazo de un año para reclamar. En conclusión, ha de inadmitirse a trámite la reclamación, al haberse interpuesto fuera de plazo».

Tal y como ha tenido ocasión de manifestar este Consejo Consultivo [v.gr., Dictamen 364/2016 de 3 de noviembre], «[...] en cuanto al cumplimiento por la interesada del plazo legalmente establecido para la presentación de la reclamación, debemos recordar lo indicado al respecto en nuestros numerosos dictámenes relativos a esta materia, donde venimos a señalar que el daño causado por el retraso en la aprobación del PIA tiene la condición de daño continuado, por lo que el cómputo del plazo para reclamar empezaría en la fecha de notificación de la aprobación del mismo, que en el presente caso, tras su aprobación el 27 de septiembre de 2010, fue el 18 de octubre de 2010. Entre otros, en el paradigmático Dictamen 403/2014 se señala que el daño generado por la falta de aprobación del PIA, en el que se han de concretar las prestaciones a las que tiene derecho la persona declarada dependiente, es “(...) uno de estos supuestos de daño continuado, pues habiéndose reconocido al interesado el derecho a unas prestaciones como consecuencia de su situación de dependencia, y habiéndose determinado, además, el carácter permanente de tal situación en aquella Resolución, la omisión de la tramitación del procedimiento oportuno por parte de la Administración genera a aquella un daño continuado, pues cada día de retraso en su resolución determina la imposibilidad de recibir las prestaciones a las que tiene derecho, produciéndose una acumulación del perjuicio que crece cada día (...). (...) Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, que es el día en el que se aprueba el PIA”. Pues bien, en el presente caso el PIA fue aprobado, como hemos señalado, el 27 de septiembre de 2010, recibiendo notificación de ello la interesada el 18 de octubre de 2010. No obstante, ciertamente, la interesada interpuso escrito de reclamación por la misma causa que ahora nos ocupa el 23 de noviembre de 2011, fecha en la que, en todo caso, habría transcurrido más de un año desde la determinación del hecho lesivo. En este sentido, ha de aclararse que no puede considerarse dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción el día 24 de noviembre de 2010, fecha en la que la interesada fue notificada de la Resolución de reconocimiento de la situación de gran dependencia, pues en esa fecha, aun tratándose de la notificación de un acto previo al PIA, ya se había aprobado el mismo y la interesada era conocedora de su contenido, como reconoce en su propio escrito de reclamación que nos ocupa».

Doctrina que se reitera, entre otros, en el Dictamen 111/2023, de 16 de marzo [*«El daño por el que se reclama en los casos de retraso en la aprobación del PIA tiene la condición de daño continuado, de modo que el cómputo del plazo para reclamar empezaría en la fecha de notificación de la aprobación del mismo [...]»*] y que resulta de plena aplicación al supuesto analizado (**DCC 315/2023**).

B. Educación

B. 1. Deber de vigilancia

En el presente expediente, ha quedado debidamente acreditada la realidad del hecho lesivo (caída de la alumna durante el recreo), así como las lesiones padecidas, que constan en los informes médicos presentados por la reclamante, obrantes en el expediente administrativo.

Sin embargo, como bien señala la Propuesta de Resolución, no concurre el necesario nexo de causalidad entre el daño por el que se reclama y el adecuado funcionamiento del Servicio educativo.

Y es que, si bien se atribuye la responsabilidad por el daño a la Administración por la falta de vigilancia debida a la menor, se ha señalado en anteriores ocasiones por este Consejo, respecto de tal deber en los centros educativos, v.g. en el Dictamen 363/2017, de 10 de octubre, donde se cita la doctrina consolidada del Consejo sentada, entre otros, en el Dictamen 60/2008, de 26 de febrero:

«El primer dato que debe tenerse en cuenta, pues, es si se trata de una actividad docente y si se cumplía con el deber de vigilancia que los docentes deben prestar sobre sus alumnos, sobre todo si son menores de edad; más aún cuando la minoría de edad impide el correcto discernimiento de los hechos y el peligro que conllevan. El deber de vigilancia se atenúa con la edad. Cuando se trata de menores de 6 años la vigilancia debe ser la “adecuada” (STSJCV de 28 de mayo de 2004, JUR 23660), siendo simplemente “relativa” a medida que la edad es mayor (Sentencia citada). La vigilancia debe serlo de las “actividades docentes organizadas y dependientes de la Administración educativa” (STSJN de 16 de mayo de 2003, JUR 189047), atemperada a los hechos en razón de un estándar razonable pues es claro que hay hechos que incluso existiendo vigilancia “no siempre (se) pueden impedir (...) al margen de la vigilancia que por parte de los profesores pueda existir” (STSJPV de 28 de abril de 2003, JUR 151072); como dice la STSJA de 25 de enero de 2002 (JUR 147863), son daños “imposible evitar cumpliendo estándares máximos de calidad, de modo que exigir más debe llevar a optar entre el riesgo o el servicio”.

Tal razón es la que determina que no existe responsabilidad cuando el daño, por ejemplo, se causa por un “choque fortuito” entre dos compañeros que jugaban un partido de fútbol en presencia de su profesor [al ser un “riesgo connatural al juego” acreditándose que había “vigilancia adecuada”, que el profesor en ningún momento permitió “la violencia o la brusquedad” y que el padre del niño

nunca manifestó reparo a que su hijo participara en el citado deporte (STSJA, de 1 de julio de 2002, JUR 242651)]; o cuando el daño lo causan unos alumnos a un tercero pese a las advertencias por parte del profesor que los guardaba del riesgo que había, tirar piedras (STSJA de 4 de junio de 2001, JUR 2002/2455); o un tropezón fortuito al descender los alumnos del autobús pues no es posible “impedir la cercanía física de los alumnos en las circunstancias descritas” (STSJPV de 18 de mayo de 2001, JUR 1171).

Hay responsabilidad, por el contrario, cuando los hechos se producen en ausencia de vigilancia –que no coincide con el concepto vigilancia existente pero burlada por el alumno que causa o sufre el daño- o con vigilancia insuficiente o deficiente. Para la valoración de la suficiencia o insuficiencia de la vigilancia se debe estar tanto a la edad de los intervinientes en los hechos (a menor edad, mayor vigilancia) como a las circunstancias de los mismos. Y no es igual el aula o el lugar donde se realiza actividad docente (donde la exigencia de vigilancia y control es máxima por parte del profesor presente, STSJE de 5 de junio de 2004, JUR 40394) que el patio de recreo “donde es más difícil mantener un control más estricto de la actividad de todos los alumnos” (SAN, Sala de lo Contencioso, Sección, 4ª, de 2 de noviembre de 2000, JUR 2001/72790), pero ese control debe existir concretado en la “diligencia precisa y exigible” (STSJCV de 11 de mayo de 1999, RJCA 1999/2871)».

Teniendo en cuenta lo expuesto, en el presente caso, nos encontramos, en primer término, con una menor que en el momento de los hechos tenía 11 años de edad, y, por ende, el deber de vigilancia sobre la misma no puede ser exigible de igual modo a cuando su edad es notoriamente inferior, no pudiendo «atar» a la menor ni perseguirle sus pasos, limitando con ello su desarrollo personal en el juego.

Pero es que, además, se realizaba una actividad, jugaba a la cogida con sus compañeros, que implica correr uno tras otro, siendo un tropiezo un riesgo inherente al propio juego, que, por otro lado, no implica peligro per se.

No era, por otra parte, una actividad dirigida, controlada o tutelada en un aula o dependencia en la que se realizara una actividad materialmente docente, sino que se trataba de una actividad de tiempo libre, pues era la hora del recreo, lo que atempera el deber de vigilancia, como este Consejo Consultivo ha manifestado en el Dictamen 416/2015, de 13 de noviembre, siguiendo su doctrina reiterada, que:

«En cuanto al funcionamiento del servicio, primeramente, se ha de tener en cuenta lo manifestado al respecto por este Organismo en el Dictamen 60/2008, al que se hace mención en el Proyecto de Orden resolutoria y en el que se afirma que, a la hora de determinar el grado de vigilancia exigible, se ha de atender a varios factores, entre los que se haya la menoría o mayoría de edad del alumno y si el accidente se produjo en las aulas, donde el nivel de vigilancia es máximo o en el patio de recreo donde la vigilancia es más difícil».

Y, en fin, ha de resaltarse que, en este caso, el deber de vigilancia se cumplía con mayor rigor, pues, como se detrae del informe del tutor, se trataba de grupos reducidos «burbuja», a consecuencia de la aplicación de las medidas Covid siendo la ratio de alumnos por profesor

menor de la habitual, detrayéndose también de aquel informe que la alumna tropezó cerca de él, y, por ende, estando adecuadamente vigilada, sin que pudiera preverse ni evitarse el hecho (DCC 381/2023).

C. Función pública

C. 1. Tardanza en resolver procedimiento selectivo

En el reciente Dictamen de este Consejo Consultivo 140/2023, de 5 de abril, se ha manifestado con carácter general, que:

«Además de la doctrina expuesta con anterioridad, a la hora de entrar en la cuestión de fondo se ha de tener en cuenta también la doctrina establecida por los Tribunales de Justicia relativa a la determinación de aquellos casos en los que el retraso injustificado a la hora de resolver los procedimientos administrativos por parte de las Administraciones Públicas, constituyen un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos, dando lugar a la producción de un daño antijurídico e indemnizable, doctrina esta que, como se verá, tiene por fundamento el criterio de razonabilidad.

Así, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sentencia 39/2014 de 29 enero, se afirma que:

«No obstante, lo anterior no excluye la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración en los casos en que tiene lugar un incumplimiento de plazo que venga alzado como esencial y en que la demora resulte significativa y, atendiendo al caso concreto, reveladora de un funcionamiento anormal de la Administración apartándose del estándar de razonabilidad. En este sentido, resulta elocuente el Dictamen del Consejo de Estado 449/2012, de 21 de junio, que referido a otras cuestiones, al menos fija la doctrina general en los siguientes términos: "Como ha señalado este Consejo de Estado en anteriores dictámenes (entre ellos, el 928/2002, de 16 de mayo; el 1.579/2007, de 6 de septiembre; el 1.592/2008, de 6 de noviembre; el 1.389/2009, de 10 de septiembre; o el 259/2010, de 25 de marzo), 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».

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que se razona lo siguiente:

«Ahora bien, el simple transcurso del plazo legalmente establecido para la resolución y notificación administrativa no es suficiente para el surgimiento de la responsabilidad administrativa. Sólo nos encontraremos ante un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos, aquí Administración urbanística, cuando la demora sea " injustificada ", como se encarga de matizar el citado artículo 35.d) TRLS de 2008.

Así, el retraso en la concesión de la licencia urbanística no tendrá consecuencias, por ejemplo, en aquellos casos en que el plazo legal para el dictado de la resolución sea suspendido para la realización de distintos trámites o para la subsanación de defectos de la propia solicitud (artículo 42.5 de la Ley 30/1992), o cuando sea causa de la actuación del propio administrado (Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011). También se ha considerado justificado el retraso en aquellos supuestos en que la demora es consecuencia de una dificultad objetiva de la aplicación de la normativa urbanística (Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 573), rec. 411/2001, y 8 de junio de 2006 (RJ 2006, 4657), rec. 3347/2002).

A mayor abundamiento, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, del Tribunal Supremo, de 8 junio 2006, se afirma que:

«Entiende la Sala que en el presente caso, dados los términos en que el recurso está planteado y la complejidad de las actuaciones administrativas a desarrollar, el plazo transcurrido para la obtención de la licencia de edificación no puede estimarse que exceda del asumible conforme a criterios de razonabilidad, pues no se está ante un auténtico expediente administrativo sino en presencia de una actuación urbanística compleja, con competencia de diversas administraciones concernidas, y que exige la tramitación de diversos instrumentos urbanísticos a los que en modo alguno puede ser aplicable el principio de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) que sobre el plazo máximo de duración de un expediente» **(Doctrina reiterada en los DDCC 225/2023 y 283/2023).**

C. 2. Errores en la baremación

Además de todo ello, la doctrina expuesta y los hechos indubitados, se ha de tener en cuenta también lo manifestado por este Consejo Consultivo en el Dictamen 172/2022, de 4 de mayo, que guarda gran similitud con el presente asunto, es decir en ambos se produce un retraso en un proceso selectivo a causa de errores en la baremación de méritos, si bien en el supuesto correspondiente a tal Dictamen se recurrió no solo en la vía administrativa, sino en la judicial, dando lugar a una Sentencia firme que anuló la resolución administrativa correspondiente a tal baremación.

En dicho Dictamen se señala, especialmente en lo que se refiere al requisito de la antijuridicidad y a los errores de baremación, que:

« 3. En los supuestos de responsabilidad patrimonial por anulación en virtud de sentencia firme de actos y disposiciones administrativas generales, este Consejo Consultivo ha venido señalando (por todos, DCCC 169/2018) que:

«4. Dispone el art. 142.4 LRJAP-PAC que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos administrativos no presupone derecho a la indemnización. Con ello, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, el derecho a la indemnización no se da por supuesto por el solo hecho de que el acto administrativo haya sido anulado, no es una secuela necesaria derivada de dicha anulación, sino que requiere la concurrencia de los

requisitos generales establecidos en el art. 139.1 LRJAP-PAC, esto es, daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia del deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo (SSTS de 31 de mayo de 1997, 28 de junio de 1999, 15 de abril de 2000, 12 de julio, 26 de septiembre de 2001, 16 de febrero de 2009, 20 de enero de 2013, 25 de abril y 7 de noviembre de 2017 y 22 de enero de 2018, entre otras muchas). El citado art. 142.4 establece pues la posibilidad de que la anulación del acto administrativo, de acuerdo con el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sea presupuesto inicial u originario para que tal responsabilidad pueda nacer siempre que concurren los requisitos para ello.

La abundante jurisprudencia en la materia se condensa del siguiente modo en la reciente STS de 21 de marzo de 2018:

«En relación con estas cuestiones, recientemente, en la STS 65/2018, de 22 de enero, hemos examinado, una vez más, la exigencia del artículo 142.4 de la LRJPA en relación con la de la antijuridicidad derivada del daño, como determinante para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, a cuyo efecto, decíamos que "conviene tener en cuenta el fundamento y finalidad de esta institución, que se dirige a garantizar la indemnidad patrimonial, mediante la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, por la actividad de la Administración, que, en el ejercicio de sus competencias y dirigida a la consecución de los objetivos que en cada caso le son propios, afecta además de manera concurrente, específica y negativa a los derechos e intereses del administrado, causándole una lesión que no tiene el deber de soportar. La finalidad de la institución se asocia a la reparación de la situación patrimonial del administrado afectada por la actividad administrativa y el fundamento legal viene determinado por la falta de justificación de la lesión en cuanto no existe un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño patrimonial. De tal manera que el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo sino a esa falta de justificación del daño, es decir, a la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber de soportarla. Como dice el art. 141 de la Ley 30/92, aplicable al caso, solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular por daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

De esta manera, el examen de la antijuridicidad del daño, como elemento determinante de la resarcibilidad de la lesión, permite a la jurisprudencia modular la responsabilidad en cada caso, atendiendo a la naturaleza y alcance de la actividad administrativa causante, que en el caso de las reclamaciones derivadas de la anulación de actos o disposiciones ha dado lugar a una doctrina, que se refleja ya en las sentencias de 5 de febrero de 1996, 4 de noviembre de 1997, 10 de marzo de 1998, 29 de octubre de 1998, 16 de septiembre de 1999 y 13 de enero de 2000, y que se recoge en la sentencia de 20 de noviembre de 2013.

(...)

4. Así las cosas, lo primero que se ha de valorar es si la lesión que ha sufrido la interesada como consecuencia de la declaración de nulidad de la Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud, de fecha 15 de junio de 2016, aprobando la lista definitiva de puntuaciones obtenidas por los participantes admitidos en el concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia, por sentencia firme, es antijurídica, cuestión que, como se ha visto, se trata de forma específica en la Propuesta de Resolución.

Pues bien, teniendo en cuenta la doctrina anteriormente expuesta se ha de valorar si tal Resolución era razonada y razonable, es decir si la decisión contenida en la misma se ajustaba al criterio de razonabilidad; pero para realizar tal valoración de forma adecuada es preciso hacer referencia expresa a lo manifestado en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en la Palmas de Gran Canaria ya mencionada, acerca de la concreción de la actuación de la Administración contraria a Derecho que implica la nulidad radical de tal Resolución, señalándose en la misma que:

«(...) alegando la administración apelante que la Juez a quo valora erróneamente la prueba obrante en el expediente, interpretando de forma incorrecta el art. 105.2 de la ley de procedimiento administrativo aplicable al caso, hoy art. 109.2 de la ley 39/015, ya que la reducción de la puntuación provisional otorgada a la recurrente en primera instancia en el apartado de formación universitaria y profesional en que se computó el título de farmacéutico especialista en análisis clínicos en el apartado referido a título oficial de máster universitario tuvo lugar por la simple corrección de un mero error material en la valoración efectuada, no siendo aplicable la sentencia del Tribunal Supremo citada por la Juez a quo (...).

Así, las apelantes consideran que existe error en la apreciación de la prueba en relación con una errónea interpretación de la normativa en la materia, en concreto el art. 105.2 de la ley de procedimiento administrativo aplicable al caso por razones temporales, pero la sentencia apelada se pronuncia adecuadamente, con argumentos que la Sala comparte plenamente, en el sentido de que no es posible apreciar que estamos ante un supuesto de subsanación de errores materiales, de hecho o aritméticos, existentes -en una actuación administrativa, ya que la actuación llevada a cabo por el órgano encargado de valorar los méritos de los concursantes afecta directamente al contenido de una decisión sobre la posibilidad de admitir o no un mérito como valorable, siendo claro que dicha tarea conlleva una valoración jurídica que en sí misma es incompatible con la mera existencia de tales errores, por lo que resulta estimable la alegación de la actora en primera instancia sobre vulneración del procedimiento al no haberse reducido la puntuación correspondiente al apartado de formación universitaria y profesional. Y es que, efectivamente, el argumento de ambas partes apelantes en orden a que la actuación del Tribunal calificador se limitó a corregir un mero error material no puede ser compartido por la Sala ya que, por una parte, como puso de relieve la apelada en su escrito de oposición, se trata de la consideración de un mérito a la luz de una base u otra, lo que es un acto de interpretación de la normativa de aplicación, que modifica sustancialmente el sentido del acto al afectar el orden de clasificación de los concursantes, lo que resulta trascendente no sólo para obtener una oficina de farmacia, sino también elegir la más interesante, mientras que, por otro lado, la administración había admitido inicialmente la autobaremación efectuada por la Sra. Muñoz en relación con la valoración del

título de farmacéutico especialista en análisis clínicos como equivalente a un máster del RD 1393/07 de 29 de octubre, a los efectos de puntuación, no presentando alegaciones al respecto ningún otro concursantes siendo el órgano baremador, de oficio el que procedió a la rectificación, siendo de tener en cuenta, por otra parte, que, como indicó la representación de la apelada en su oposición, el repetido título de farmacéutico especialista en análisis clínicos no viene contemplado entre los que son objeto de baremación en la convocatoria para el concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia de que se trata, pero sí es valorado en otras convocatorias en el apartado de méritos académicas, con valoración incluso superior a la del máster oficial, por lo que la señalada autobaremación podrá ser compartida o no, la administración apelante obviamente no la comparte, pero no puede afirmarse que se trate de un error material en el sentido de la ley de procedimiento administrativo».

Por tanto, la actuación inadecuada de la Administración, que le genera una clara lesión a la interesada al dar lugar al retraso indebido en el otorgamiento efectivo de una oficina de farmacia, radica no en un mero error aritmético o de hecho que tuviera lugar en una fase del correspondiente procedimiento administrativo dirigida a efectuar la baremación de los méritos de los interesados partícipes en el mismo, sino que la Administración vulneró el procedimiento administrativo al efectuar por su propia iniciativa («no presentando alegaciones al respecto ningún otro concursantes») una reducción de méritos, de la puntuación correspondiente al apartado de formación universitaria y profesional, de la interesada.

Tal es, en efecto, la expresa calificación que el vicio cometido recibe, de acuerdo con el texto de la sentencia que acaba de transcribirse: «(...) resulta estimable la alegación de la actora en primera instancia sobre vulneración del procedimiento al no haber reducción de puntuación correspondiente al apartado de formación universitaria y profesional (...)», en relación con un título, como el de farmacéutico especialista en análisis clínicos que en cambio de forma diferente y sin explicar suficientemente su causa «(...) sí es valorado en otras convocatorias en el apartado de méritos académicas, con valoración incluso superior a la del máster oficial (...)».

Dicha actuación, cuya realidad no se puede cuestionar de forma alguna, pues así se infiere de las dos Sentencias dictadas en relación con este asunto, implica que la Administración no vulneró la normativa aplicable en el ejercicio de una potestad discrecional, ello hubiera sido así si su actuación inadecuada hubiera consistido en la comisión de un mero error durante la correspondiente fase de baremación, sino que su actuación incorrecta se produjo con ocasión de una actuación reglada, pues no otra es la caracterización que procede al tratarse de un vicio en el procedimiento el que se reprocha haber cometido a la actuación administración controvertida en sede judicial, conforme a lo ya expuesto» (Doctrina reiterada en los DDCC 255/2023 y 283/2023).

D. Urbanismo

D. 1. Responsabilidad patrimonial. Suelo urbano no consolidado en situación de fuera de ordenación

Una vez emitidos los informes complementarios en cumplimiento de lo requerido en nuestro Dictamen 75/2023, de 2 de marzo, y valorado todo el material probatorio existente

en el expediente administrativo, vemos que la parcela se encuentra en la UA n.º 1. Se trata de suelo urbano no consolidado en situación de fuera de ordenación, con obras de urbanización pendientes.

Asimismo, ha quedado acreditado que desde 2013 existe un sistema privado de ejecución, que en 2019 se concreta, en el sistema privado de compensación.

La nave se encuentra en la fase II del Convenio, por lo que no resulta directamente afectada por las actuaciones previstas en la fase I del Convenio entre el Ayuntamiento y (...), y, en todo caso, son los propietarios los que tienen que costear las obras de urbanización pendientes en esta clase y categoría de suelo. Consta también que el Ayuntamiento realizó gestiones necesarias para procurar que la nave de la entidad reclamante pudiera contar con infraestructura eléctrica y (...) aportó a (...) un pliego de condiciones técnicas el 19/12/2017, donde informa los trabajos precisos para atender el suministro que requiere la nueva extensión de la red de distribución, adjuntando presupuesto por valor de 2.459,46 euros, por lo que la entidad ha tenido la oportunidad de poner la nave en funcionamiento abonando los gastos correspondientes.

El Ayuntamiento cometió el error de no advertir en el condicionado de la licencia la necesidad de costear los gastos necesarios de las obras de urbanización, infraestructuras e instalaciones pendientes, pero no parece que por este sólo error se pueda imputar al Ayuntamiento unos gastos que la Ley atribuye con toda claridad a los propietarios en esta clase y categoría de suelo, circunstancias estas últimas que sí constan en la licencia urbanística otorgada (suelo urbano no consolidado en situación de fuera de ordenación, con unidades de actuación -en las que había sistemas de ejecución privados-, publicado en el BOP), o, cuando menos, podían ser conocidas por la interesada (**DCC 289/2023**).

2. Revisión de oficio

A. Carácter excepcional

Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos y en razón de los vicios e infracciones legales que le son imputables a los mismos, es decir, que por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, le son atribuibles y susceptibles de valoración y corrección por la propia Administración autora del acto en el ejercicio de potestad de revisión, sin que pueda extenderse al examen de la

legalidad de otros actos dictados por otras administraciones no sujetos a revisión (STS 405/2020).

El Tribunal Supremo ha señalado en la Sentencia de 9 de diciembre de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), entre tantas otras, lo que a continuación se expone:

«La seguridad jurídica es un valor fundamental del ordenamiento jurídico, tanto desde el punto de vista constitucional (artículo 9.3 de la C.E.) como desde el punto de vista legal (v.g. artículo 106 de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), que, aunque referido a las facultades de revisión, expresa sin duda un valor general); se trata de un valor social, y no puramente individual, de forma que es la colectividad misma la que está involucrada en ella, y no sólo los intereses particulares; y los Jueces y Tribunales, que tienen encomendada la tutela judicial efectiva, también han de salvaguardar la seguridad jurídica a fin de que no se pongan en tela de juicio situaciones jurídicas consolidadas por el transcurso del tiempo, las cuales, en otro caso, podrían ser cuestionadas ad eternum; en la tensión dialéctica entre tutela judicial y seguridad jurídica, los Jueces y Tribunales no pueden, como pretende la parte recurrente, atender sólo a la primera con olvido manifiesto de la seguridad.

En suma, no cualquier vicio jurídico permite acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ello solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva.

La declaración de nulidad, en consecuencia, ha de analizarse partiendo del carácter restrictivo de los motivos de nulidad, pues la revisión de oficio no es en modo alguno un cauce para decidir cuestiones que debieran haber sido resueltas por las vías de impugnación ordinarias. Esto es, la revisión de oficio es una vía excepcional que solo se puede utilizar cuando se den las causas tasadas previstas legalmente», doctrina plenamente aplicable al caso que nos ocupa.

Es, por tanto, el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. 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 un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

Por su parte, en el Dictamen 46/2016, de 18 de febrero, afirmábamos que *«no toda infracción del Ordenamiento jurídico conlleva la revisión de oficio, que no está prevista para corregir errores o deficiencias de la Administración, sino para suprimir actos administrativos contaminados con vicios graves determinantes del nacimiento del derecho o facultad (...)».*

En definitiva, «la revisión de oficio en principio no es una técnica al servicio de la instrucción de una “causa general” respecto de determinado procedimiento, sino el instrumento que permite anular actos con vicios de orden público, que son los que la ley califica como causas de revisión, debidamente interpretadas en función de las circunstancias del caso, la conducta de los interesados y la actuación de la Administración» (DCC 449/2017, de 5 de diciembre) **(DCC 356/2023)**.

B. Alteración de su finalidad

Además, se ha separado una parte de la pretensión inicial de declaración de nulidad, que sí constaba en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 11 de mayo de 2023, -el periodo comprendido entre el 30/11/2022 y el 31/12/2022- (sobre el que se anuncia una futura revisión de oficio), por razones de índole presupuestario relacionadas con el pago de la indemnización, lo que contraviene los principios de racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos, eficacia, economía y eficiencia contenidos en el art. 3.1.d), h), i) y j) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, pues si la contratación es nula desde un principio (desde el 30/11/2022), nada impide que así se pretenda declarar, independientemente del momento concreto en el que se tenga que abonar la indemnización para liquidar el contrato, obligándose, con este actuar, a reproducir la tramitación de una revisión de oficio por periodos de facturación. Además, la carencia de crédito presupuestario es una causa de nulidad de pleno derecho autónoma, reconocida expresamente en el art. 39.2.b) LCSP.

Con esto se quiere significar que la reiteración de esta actuación administrativa puede dar lugar a un abuso de derecho o fraude de ley, que puede operar como un límite a la revisión de oficio del art. 110 LPACAP, tal y como hemos apreciado en algunas ocasiones. Así, por todos, en el Dictamen 158/2023, de 18 de abril, con cita de los dictámenes 81 y 82/2020, de 3 de marzo, hemos señalado lo siguiente:

«8. Por lo demás, es del parecer de este Consejo que el ejercicio de las facultades revisoras resultaría contrario a las leyes (art. 110 LPACAP), por lo que también por esta razón en este caso no procede la revisión de oficio. De entrada, procede aclarar que normalmente la revisión de oficio constituye la respuesta idónea ante la nulidad de un contrato, cuando hubieren transcurrido los plazos para interponer los recursos ordinarios. No obstante, en supuestos concretos, como el que es objeto de este Dictamen, el ejercicio por la Administración de las facultades de revisión resulta contrario a las leyes porque el procedimiento de revisión de oficio incurre en el fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil, pues con la declaración de nulidad pretendida se trata de eludir la aplicación de la legislación de contratación pública y de otras leyes, como veremos seguidamente. O lo que es lo mismo, perjudica o impide absolutamente la protección de bienes jurídicos legalmente amparados, desconociendo o chocando con principios jurídicos reconocidos o creados por una ley. En cada supuesto habrá que ponderar si ha de prevalecer el efecto depurador de la revisión de oficio o la consecución de los fines

que aquellas leyes persiguen. Como enseguida se argumentará, en el caso dictaminado la declaración de la nulidad instada resulta contraria a varias leyes.

En primer lugar, es palmaria su contradicción con la legislación de contratación pública, y concretamente con la tan citada LCSP. La irregular práctica seguida ha impedido fijar el objeto del contrato y su precio conforme regulan los arts. 99 a 105 LCSP, que aseguran el interés público del contrato mismo; pero es que, además, se omitió la formación de un expediente de contratación (arts. 115 y siguientes LCSP) y la formalización del contrato (art. 37 LCSP). También se desatendieron los artículos que regulan una selección del contratista conforme al principio de libre concurrencia (art. 132.2 LCSP: “La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda”), pero también aquellos que tratan de verificar la capacidad y solvencia de los licitadores (arts. 65 a 98 LCSP), condición relacionada con el éxito o fracaso del contrato. Con el buen resultado de la contratación pública también tienen que ver las prescripciones de los arts. 106 a 114 LCSP, relativas a las garantías. Por lo demás, debe destacarse particularmente la decisión del órgano de contratación que “ante la necesidad inmediata y urgente de obtener los suministros” (informe-memoria que figura en el presente expediente), no acude a la contratación de urgencia (art. 119 LCSP), pero ni siquiera a la de emergencia (art. 120 LCSP), sino que sigue como práctica habitual la de omitir todo procedimiento de planificación previa de la contratación (art. 28.4 LCSP). En fin, una práctica irregular como la seguida, que utiliza la revisión de oficio como trámite intermedio para convalidar la irregularidad, resulta contraria a la tan citada LCSP.

Finalmente, particular referencia habrá que hacer a la legislación estatal en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente arts. 8 y 12), así como a la canaria (Ley 12/2014, de 26 de diciembre, particularmente su art. 28). También por resultar la revisión de oficio que se dictamina contraria a estas Leyes procede aplicar los límites del art. 110 LPACAP.

Por todos estos motivos, en el procedimiento a que se refiere la PR resultan de aplicación los límites del art. 110 LPACAP, por lo que las facultades de revisión no podrán ser ejercidas.

9. Ya por último, debe recordarse el carácter excepcional de las nulidades contractuales, de aplicación, por tanto, restrictiva; pese a lo cual la Administración ha recurrido a ella de forma continuada, en una práctica incorrecta reiteradamente reparada por este Consejo Consultivo (por todos, DDCC 136/2016, de 27 de abril, 430/2016, de 19 de diciembre y 285/2017, de 27 de julio).

Por ello, procede reiterar lo señalado en multitud de Dictámenes (por todos, DDCC 128/2016, 479/2017 y 7/2018) sobre el inadecuado modo de proceder de la Administración en estos supuestos, al utilizar la declaración de nulidad de los contratos (vía excepcional y de aplicación restrictiva, como acabamos de señalar), como forma habitual de convalidar la contratación de suministros médicos, realizados con inobservancia de la normativa de aplicación.

El Servicio Canario de la Salud, al contratar, debe hacer una racional y eficiente utilización de los fondos públicos, pues así se dispone en el art. 1 LCSP, al que ya nos hemos referido, y en el art. 28.1 LCSP, que añade: “Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así

como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

La Administración, con carácter general, y, singularmente también en el ámbito de la contratación pública, está sujeta, además, a los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia, participación y seguridad jurídica, en virtud de lo dispuesto el art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Pues bien, sobre la base de estas premisas, hemos de concluir que no procede acordar la nulidad de las contrataciones efectuadas por la empresa mencionada, tal como hemos señalado con reiteración, pues, conforme a lo dispuesto en el art. 110 LPACAP, “las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

Finalmente, también resulta de aplicación lo establecido en el art. 20.1 LPACAP: “Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos”.

Por todo ello, se estima que no procede la declaración de nulidad solicitada» (DCC 318/2023).

C. Nulidad de disposiciones administrativas

C. 1. Pacto-convenio de los funcionarios

Como cuestión previa hemos de abordar la naturaleza del objeto de la presente revisión de oficio, consistente en la declaración de nulidad del art. 18.2 del Acuerdo de Funcionarios del Ayuntamiento de la Villa de Mazo, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia el 6 de abril de 2005.

Se trata de un Pacto-Convenio con los funcionarios aprobado en aplicación de la Ley 9/1987, de 12 de junio, modificada por la Ley 7/1990, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

En concreto, el art. 35 de la Ley 9/1987 contempla la posibilidad de que las entidades locales y las organizaciones sindicales o sindicatos lleguen a acuerdos o pactos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, siempre que los

mismos versen sobre el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba, en este caso el Pleno corporativo, cuyas competencias en la materia se concretan en el art. 22.2.i) LRBRL y cuya regulación, prevista en el Título VII de la misma ley así como en el Texto Refundido, hace salvaguarda y remisión a la legislación básica del Estado en la materia.

Estos acuerdos o pactos no son actos administrativos, sino que tienen carácter normativo.

En efecto, como sostiene la STS de 14 de abril de 2000 (RJ\2000\5148):

«El “Acuerdo” impugnado, en la medida en que su contenido plasma una regulación de determinados aspectos de la relación que liga al Ayuntamiento con sus funcionarios, tiene una significación normativa, pues su eficacia no se agota en una o varias concretas aplicaciones, sino que tiene una vocación ordenadora de situaciones futuras desde una previsión abstracta y general.

Por tanto, a los efectos que de lo que aquí se está analizando, a dicho “Acuerdo” ha de reconocérsele el valor de disposición de carácter general».

Esta línea es seguida, entre otros, por el Consejo Consultivo de Castilla León, que en sus Dictámenes 19/2014, 228/2020, 348/2020 y 320/2022 asume que el procedimiento de revisión de oficio de los acuerdos sobre condiciones de trabajo de funcionarios, relativos a los premios de jubilación de los que trae causa, se ha de basar en el procedimiento establecido en el art. 106.2 LPACAP, siempre que incurra en la causa del art. 47.2, dada su naturaleza de disposición general.

Aceptado lo anterior, esto es, que lo que se pretende revisar no es un acto administrativo sino una disposición general, la primera consecuencia ha de ser que, en el presente caso, el procedimiento para ello no es el previsto en el art. 106.1 LPACAP, sino el del art. 106.2; de lo que sigue que las causas en las que se debe incurrir para la declaración de nulidad no serían las del art. 47.1, sino las del art. 47.2 LPACAP. Pero, como se ha dicho, en relación con la legislación sustantiva, en el presente supuesto no es de aplicación la LPACAP, sino el art. 62.2 LRJAP-PAC (**DCC 383/2023**).

C. 2. Plan Parcial

Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución se dirige a la declaración de nulidad del acuerdo plenario, de fecha 12 de mayo de 2005, aprobación definitiva del Plan Parcial del sector de suelo urbanizable Guamasa 3, por haberse aprobado sin el informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Defensa.

La DA 1.^a de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, obligaba en la tramitación de los instrumentos de planificación urbanística con incidencia sobre terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional al sometimiento, respecto de esa incidencia, a informe vinculante de la Administración General del Estado con carácter previo a su aprobación.

Los planes parciales son instrumentos de ordenación urbanística, como afirma en su art. 31.1 el Decreto-Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (versión de 4 de junio de 2004, vigente en el momento de aprobación del plan parcial).

El art 31.2 del mismo texto legal asimismo señalaba: *«Los instrumentos de ordenación urbanística deberán ajustarse a las determinaciones de los instrumentos de ordenación de los recursos naturales y del territorio. Asimismo, los planes de desarrollo enunciados en el apartado anterior deberán ajustarse a las determinaciones de los Planes Generales»*.

Es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostiene la condición de normas de carácter general de los planes de urbanismo, como recuerda la STS de 1 de marzo de 2013 en los siguientes términos:

«(...) venimos declarando desde antiguo que los planes de urbanismo son normas de carácter general aunque de rango reglamentario, pues, “el Plan (...) tiene una clara naturaleza normativa - Sentencias de 7 de febrero de 1987, 17 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989, 6 de noviembre de 1990, 22 de mayo de 1991, etc.”, por todas, STS de 9 de julio de 1991. Si esto es así, nuestro Ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango, es decir, que incurran en un vicio de invalidez, la consecuencia más severa: la nulidad plena, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992».

Sobre el título competencial del Estado sobre la Defensa Nacional (art. 149.1.4.º CE), la STS de 29 de junio de 2012 señala:

«En reciente sentencia de esta Sala y Sección de 23 de marzo de 2012 (recurso de casación n.º 6099/2008) hemos examinado un asunto que guarda numerosas similitudes con este que ahora nos ocupa, al ser las mismas las partes litigantes y versar el litigio sobre los mismos títulos competenciales en relación con la declaración de un espacio natural protegido. Decíamos entonces, y hemos de repetir ahora, que versando la cuestión debatida sobre la concurrencia de títulos competenciales, autonómico y estatal, sobre el territorio, hemos de comenzar nuestra respuesta recordando que, como hemos señalado en sentencia de esta Sala y Sección de 22 de marzo de 2011 (recurso de casación n.º 1845/2006), las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación del territorio y medio ambiente no pueden terminar desvirtuando las competencias que la propia Constitución reserva con carácter exclusivo al Estado, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio, ya que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esa competencia exclusiva por la existencia de las otras competencias, aunque sean también exclusivas, de las Comunidades autónomas y los entes locales, pues ello equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución. No se puede olvidar que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva (como la aquí concernida), lo hace bajo la consideración de que la atribución competencial a favor del Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las competencias autonómicas, aunque, para que el condicionamiento legítimo de las competencias autonómicas no se transforme en usurpación ilegítima, resulta indispensable que el

ejercicio de esas competencias estatales se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarla para proceder, bajo su cobertura, a una regulación general del entero régimen jurídico de la ordenación del territorio.

Ciertamente, en estos casos en que el marco competencial diseñado por la Constitución determina la coexistencia de títulos competenciales con incidencia sobre un mismo espacio físico, se hace imprescindible desarrollar técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas, ahora bien, cuando los cauces de composición voluntaria se revelan insuficientes, la resolución del conflicto sólo podrá alcanzarse a costa de dar preferencia al titular de la competencia prevalente, que desplazará a los demás títulos competenciales en concurrencia.

Concretamente, la Defensa nacional constituye un ámbito de competencia estatal (art. 149.1.4 CE) que bien puede calificarse de rigurosamente exclusivo, en el sentido de que las Comunidades Autónomas no ostentan competencias de ninguna clase sobre él. Por lo demás, se trata de un sector de la actividad estatal cuya relevancia ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional, que se ha referido en numerosas resoluciones a “los altos fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional” (STC 179/2004 de 21 de octubre, entre otras).

Obviamente, en la medida que las actividades ligadas a la Defensa tienen una indudable proyección o repercusión territorial, resulta obligado articular en su regulación y desenvolvimiento las técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas a que acabamos de referirnos, pero siempre partiendo de la base de que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esas competencias exclusivas so pretexto de la competencia medioambiental de la Administración autonómica» (DCC 395/2023).

D. Nulidad de actos administrativos

D. 1. Reconocimiento de incompatibilidad a policía local

En el presente caso, la Propuesta de Resolución razona que, de acuerdo con los informes técnicos contenidos en el expediente, el acto presunto es contrario al ordenamiento porque se ha autorizado la compatibilidad pese a que el interesado percibe más del 30% de las retribuciones complementarias por lo que, efectivamente, ha adquirido la facultad de compatibilizar su condición de policía local con el ejercicio de la abogacía, careciendo del requisito de no superar ese porcentaje, por lo que el acto es nulo.

Así venía este Consejo a coincidir con la Propuesta de Resolución en los DDCC 215/2014, de 12 de junio y 232/2014, de 24 de junio.

En ese momento se entendía que el régimen de incompatibilidades de las policías locales era el general de los funcionarios locales, esto es, el mismo que el de todos los funcionarios, establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

Por ello no le era de aplicación la Disposición adicional cuadragésima segunda de la Ley 10/2012, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de

Canarias para el año 2013 -contenido reiterado en la Ley de Presupuestos Generales para 2014- que disponía la posibilidad de que los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias solicitaran la reducción, a petición propia, del complemento específico de la manera siguiente:

“Los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, podrán solicitar ante las órganos y unidades con competencias en materia de personal de los departamentos y organismos autónomos en los que estén destinados la reducción del importe del complemento específico correspondiente al puesto que desempeñan al objeto de adecuarlo al porcentaje al que se refiere el artículo 16.4 de la citada Ley 53/1984, de 26 de diciembre”.

Se optó por una interpretación literal del precepto, de tal manera que esa posibilidad era solo aplicable a los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Canarias, no a los funcionarios de los entes locales canarios.

A los reseñados dictámenes hacía referencia este Organismo en el reciente Dictamen 55/2023, de 16 de febrero, que señalaba:

<<De esta misma forma se ha pronunciado ya este Consejo Consultivo en otros supuestos de revisión de autorizaciones de compatibilidad obtenidas por silencio administrativo positivo (Dictámenes 215/2014 y 232/2014, de 12 y 24 de junio, respectivamente). Así, en este último Dictamen señalamos que: “Al ser la condición normal del empleado público la incompatibilidad, la infracción de ese régimen por un acto administrativo que autorizara ilegalmente una compatibilidad no constituye la adquisición de un derecho por un acto ilegal que adolece de un vicio anulabilidad, sino que tal adquisición es contraria a la propia relación de servicio, de lo que se deriva jurídicamente que el acto administrativo que se dicta en su contravención permite la adquisición de derechos o facultades para los que no se tiene, ni se puede tener, derecho. No se trata de que falte uno u otro requisito, sino que no existe el presupuesto mismo para que pueda surgir tal derecho. De donde se sigue que la excepción a esta regla también sea de aplicación rigurosa”>>.

Sin embargo, y a diferencia de lo que sucedía en el supuesto analizado en el mencionado Dictamen, en el que se concluía que procedía la revisión de oficio por faltar un requisito esencial para adquirir el derecho a obtener la compatibilidad dado que expresamente se prevé en un precepto legal la exclusión de la posibilidad de compatibilidad para los puestos de carácter directivo como el que desempeñaba la interesada y que había suscitado la controversia, por lo que el acto administrativo presunto sometido a revisión de oficio había de considerarse nulo de pleno Derecho, en el presente caso adquiere relevancia la STS 558/2021, de 26 abril (Recurso de Casación 5378/2019), recaída con posterioridad a la doctrina sentada por este Organismo respecto a la compatibilidad en aquellos supuestos que afectan a policías locales, y que ha interpretado que la posibilidad de solicitar la reducción del importe del complemento específico, con el fin de adecuarlo al porcentaje previsto en el

artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, es aplicable también a los funcionarios de los entes locales en los siguientes términos:

“De modo que cuando no estamos ante una norma básica, la regulación contenida extramuros del artículo 16.4 de la Ley 53/1984 citada, aunque vinculado estrechamente al mismo, resulta de aplicación supletoriamente la norma autonómica. Aunque, como ya hemos indicado, lo decisivo, a los efectos examinados, es la vinculación esencial que tiene lugar entre el artículo 16, apartados 1 y 4, de la Ley 53/1984 y la disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 20/2012 (cuyo contenido es esencialmente idéntico al de la disposición canaria)”.

En la actualidad, el artículo 2.4. de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria señala que *“al personal al servicio de la Administración local le serán de aplicación los preceptos contenidos en esta Ley en aquellos aspectos no reservados a la legislación básica del Estado o al desarrollo reglamentario de su autonomía organizativa”*, y la Disposición adicional décima de esta misma norma, *introducida por la Ley 9/2014, de 6 de noviembre, de medidas tributarias, administrativas y sociales de Canarias, contempla la adecuación retributiva para la autorización de compatibilidad para actividad privada al personal funcionario, señalando en su apartado 1 que:*

“Los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, podrán solicitar ante los órganos y unidades con competencias en materia de personal de los departamentos y organismos autónomos en los que estén destinados la reducción del importe del complemento específico correspondiente al puesto que desempeñan, al objeto de adecuarlo al porcentaje al que se refiere el artículo 16.4 de la citada Ley 53/1984, de 26 de diciembre.”

Así las cosas, esto es, que los funcionarios de los entes locales, policías locales incluidos, pueden solicitar la reducción del importe del complemento específico correspondiente al puesto que desempeñan al objeto de adecuarlo al porcentaje al que se refiere el artículo 16.4 de la citada Ley 53/1984, de 26 de diciembre, resulta que el acto presunto que se pretende revisar aun cuando pueda ser contrario al ordenamiento jurídico -porque se ha dado la compatibilidad sin reducir aun el importe del complemento específico-, el requisito de no tenerlo reducido puede refutarse como necesario, pero tras esa interpretación jurisprudencial, no como esencial.

En efecto, hemos razonado que solo puede considerarse un requisito como esencial cuando constituyan presupuesto ineludible de la estructura definitoria del acto, irreconocible sin ellos, o bien que han de cumplirse inexorablemente para que alcance su fin la norma vulnerada, esto es, sólo aquellos que le son realmente inherentes al acto y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma

infringida, de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma.

En el presente caso, si es posible solicitar la reducción del importe del complemento retributivo, hemos de convenir que ni constituye el presupuesto ineludible de la estructura del acto, ni ha de cumplirse para alcanzar su fin, ni, en fin, es un requisito inherente al acto, por lo que ya no es un requisito esencial para obtener la autorización de compatibilidad.

En consecuencia, dada la obligación de interpretar restrictivamente la existencia de las causas de nulidad al suponer el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración, y apreciado que el requisito de no tener reducido el importe del complemento específico al porcentaje al que se refiere el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, no es esencial de los previstos en la letra f) del art. 47.1 LPACAP para obtener la autorización de compatibilidad de actividad privada, hemos de concluir que no concurre dicha causa de nulidad para revisar de oficio el acto presunto que nos ocupa, por lo que no se dictamina favorablemente a dicha revisión, por cuanto la misma no es la vía adecuada ante la irregularidad en que incurre el acto presunto. Tal conclusión no cierra la puerta a que pudiera llegar a apreciarse, atendidas las características del ejercicio de la actividad, la existencia de irregularidades de calado que pudieran dar lugar a colisión de intereses entre la actividad pública y la privada (materias, horarios entre otros) (**Doctrina reiterada en los DDCC 68/2023 y 70/2023**).

E. Causas de nulidad

E. 1. Carecer de requisitos esenciales

En el presente caso, se esgrime como causa de nulidad la prevista en la letra f) del art. 47.1 LPACAP, en virtud de la cual son nulos de pleno derecho 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.

Sobre dicha causa hemos manifestado desde antiguo (DCC 219/2014, de 12 de junio): *«En este sentido, se ha de recordar, ante todo, como tantas veces se ha insistido por este Consejo Consultivo, que para la aplicación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) -actual 47.1.f) de la LPACAP-, se requiere que el interesado haya adquirido, en virtud del acto administrativo firme y antijurídico, facultades o derechos sin tener los requisitos que la norma vulnerada establece para su adquisición con carácter esencial.*

Así pues, no basta que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieran en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, no cualesquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos sean necesarios para la adquisición del derecho.

Por ello, se habrá de discernir entre requisitos necesarios y requisitos esenciales, de forma que sólo serán esenciales aquellos que constituyan presupuestos ineludibles de la estructura definitoria del acto, irreconocible sin ellos, o bien, que han de cumplirse inexorablemente para que alcance su fin la norma vulnerada». (Dictamen 178/2014, de 14 de mayo).>>

Por su parte, como advertíamos en el DCC 51/2022, de 4 de febrero, si dentro de los requisitos esenciales se incluyera cualquier condición necesaria para la validez del acto declarativo de derechos, entonces entraría en la categoría de nulidad radical todo supuesto de ilegalidad de un acto declarativo de derechos, en la medida en que dicha ilegalidad se funda siempre en la ausencia de una de las condiciones o requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

En definitiva, el art. 62.1.f) LRJAP-PAC debe ser interpretado restrictivamente, porque la equiparación de requisito esencial a cualquier requisito necesario aniquila la distinción legal de causas de nulidad y de anulabilidad y el sistema legal de recursos con interposición sometida a plazo. Por todas estas razones debe reservarse la expresión «requisitos esenciales» para aquellos vicios jurídicos en que el acto carece, no de cualquier requisito legal, sino de aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida; de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma. Por lo tanto y en relación con esta última condición, como ya considerábamos en el DCC 117/2021, de 11 de marzo, no bastará con que el acto incumpla cualquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos se exijan para la validez del acto que determina la adquisición del derecho, sino que resulta preciso distinguir entre «requisitos necesarios» y «requisitos esenciales», de tal forma que no todos los que puedan ser considerados como necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de «esenciales» (Dictámenes del Consejo de Estado 2.454/1994, 5.577 y 5.796/1997, 1.530/2002, 741/2004, entre otros), que sólo revestirán tal carácter cuando constituyan los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto (Dictámenes del Consejo de Estado 351/1996, 5.796/1997 y 2.347/2000, entre otros). Así, sólo podrán considerarse esenciales aquellos requisitos cuya concurrencia sea imprescindible para la configuración del derecho en cuestión. Tales condiciones han de venir definidas de manera conforme a la ley y su infracción afectar de modo grave tanto a la «estructura esencial del acto administrativo como al precepto legal vulnerado» (Dictamen del Consejo de Estado 842/1996) (DCC 117/2021, de 11 de marzo). Así pues, serán esenciales cuando constituyan presupuestos ineludibles de la estructura definitoria del acto, irreconocible sin ellos, o bien que han de cumplirse inexorablemente para que alcance su fin la norma vulnerada, esto es, sólo aquellos que le son realmente inherentes al acto y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida, de modo que el acto en cuestión tiene efectos

radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma (**Doctrina reiterada en los DDCC 55/2023, 68/2023, 197/2023 y 356/2023**).

E. 1. 1. Requisito esencial de índole objetiva

Trasladadas las precedentes consideraciones al supuesto sometido ahora a nuestro dictamen, la irregularidad esgrimida como causa determinante de la nulidad de pleno derecho es correcta, porque al acto autorizatorio le falta el presupuesto previo fundamental e ineludible para el necesario otorgamiento del mismo, como es la condición de dominio público del bien sobre el que se otorga el aprovechamiento especial, habiéndose otorgado la autorización por el Ayuntamiento sobre bienes ajenos de propiedad privada.

Ciertamente, es doctrina consolidada de este Consejo Consultivo que no son únicamente de índole subjetiva los requisitos esenciales indispensables para la adquisición de un derecho cuya carencia habilita el ejercicio de la potestad administrativa de revisión de oficio.

A propósito de un supuesto que sirve perfectamente como botón de muestra, manifestamos en nuestro Dictamen 547/2021, de 21 de noviembre (poco antes, asimismo, en el Dictamen 363/2021, de 19 de julio):

«(...) es patente que la resolución que nos ocupa ha otorgado el derecho a realizar actuaciones urbanísticas sin reunir requisitos esenciales, en este caso, ser titular del solar sobre las que se realizan dichas actuaciones, pues del expediente se desprende claramente que las obras se realizan en suelo no solo de titularidad municipal de naturaleza demanial, sino con la calificación de espacios libres públicos de uso dotacional (Ordenanza de Z-0). Concorre, por tanto, dicha causa de nulidad pues se carece del requisito esencial de poseer la titularidad del suelo para ostentar el derecho a realizar las obras.

Ciertamente, y centrados ahora en este supuesto, los requisitos cuyo incumplimiento puede dar lugar al ejercicio por la Administración de la potestad de revisión de sus propios actos pueden ser tanto los de carácter subjetivo como los de carácter objetivo. Con relativa frecuencia se pone el acento sobre los primeros, esto es, sobre la falta de las circunstancias personales ineludibles que han de reunir quienes ven reconocido a su favor un derecho que después se pretende remover por la vía de la revisión de oficio. Pero, con fundamento en la misma causa determinante de la nulidad de pleno derecho que ahora nos ocupa [art. 47.1.f) LPACAP], cabe también ejercer la potestad de revisión de oficio en los segundos casos antes indicados, esto es, cuando el incumplimiento de que se trata concierne a un requisito de carácter objetivo.

Nuestra propia doctrina ofrece manifestaciones abundantes en este sentido (por ejemplo, entre los más recientes, cabría citar dictámenes como el 493/2018, a propósito de la falta de carácter de «vehículo histórico» de una autocaravana; o, en el mismo sector del urbanismo que ahora nos ocupa, el 278/1919 (sic: 2019), sobre la falta de condición de «solar» de un terreno para una gasolinera). A los efectos que ahora nos conciernen, los incumplimientos pueden ser tanto o más graves en tales casos,

al menos, en algunos sectores, como, precisamente, sucede en el ámbito de la ordenación del territorio, el urbanismo y el medio ambiente».

A diferencia de aquel supuesto (licencia para la ejecución de obras en suelo público), se trata aquí del supuesto justamente inverso, esto es, lo que se pretende ahora es la revisión de una autorización para el uso y ocupación de una porción del dominio público que en realidad es de titularidad privada.

Pero, a la postre, tanto en uno como en otro caso se trata de que el suelo como soporte físico sobre el que se contempla una determinada actuación carece de la idoneidad requerida para darle el amparo.

Así, pues, en el supuesto que nos ocupa no cabe el otorgamiento de la autorización para la utilización del dominio público cuando le falta al suelo la condición demanial (extremo suficientemente acreditado en el expediente).

Y, por tanto, la falta del mencionado requisito habilita el ejercicio de la potestad administrativa de revisión de oficio por tratarse de un requisito esencial aquél del que se carece en este supuesto (del mismo modo que, si el suelo es público, tampoco cabe autorizar en él el cerramiento de un muro, como sucedía en el caso del antes citado Dictamen 547/2021) **(DCC 382/2023)**.

E. 2. Lesión de derechos fundamentales. Derecho a la defensa

En relación con la concurrencia o no de la primera de las causas de nulidad aducidas, la prevista en el art. 217.1.a) LGT, procede afirmar que la misma no concurre en este caso por las siguientes razones:

- En segundo lugar, tampoco se considera que concurra la referida causa de nulidad, por el mero hecho de haber realizado, de forma correcta, la notificación en papel, cuando la interesada lo solicitó digitalmente, pues, aunque ello fue irregular, sí consiguió lograr la finalidad que se perseguía con tal notificación, que no es otra que llegar a conocimiento de la interesada.

En relación con ello, este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante, como, por ejemplo, se hace en el ya mencionado Dictamen 254/2022, de 21 de junio, que:

«En cuanto al segundo motivo de nulidad alegado por el interesado, el relativo a la notificación defectuosa por no haberse insertado copia del anuncio de la Resolución sancionadora en el tablón de edictos del Ayuntamiento de su domicilio, motivo por el que el interesado afirma que la Resolución sancionadora referida incurre en la causa de nulidad del art. 62.1.a) LRJAP-PAC, se ha de señalar en primer lugar que este Consejo Consultivo ha manifestado en el Dictamen 602/2021, de 23 de diciembre, entre otros muchos, que:

«Asimismo, este Consejo Consultivo, en el Dictamen 77/2021, de 25 de febrero, entre otros muchos, ha señalado en relación con las notificaciones que:

«Admitido, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, que en el ámbito de las notificaciones de los actos y resoluciones administrativas resulta aplicable el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3; en el mismo sentido, SSTC 221/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2), debemos recordar que, como presupuesto general, lo trascendente en el ámbito de las notificaciones es determinar si, con independencia del cumplimiento de las formalidades legales, el interesado llegó a conocer el acto o resolución a tiempo para -si lo deseaba- poder reaccionar contra el mismo, o, cuando esto primero no sea posible, si, en atención a las circunstancias concurrentes, debe presumirse o no que llegó a conocerlos a tiempo’.

Pues bien, el análisis pormenorizado de la jurisprudencia de esta Sala y Sección en materia de notificaciones en el ámbito tributario -inevitablemente muy casuística- pone de relieve que, al objeto de determinar si debe entenderse que el acto administrativo o resolución notificada llegó o debió llegar a conocimiento tempestivo del interesado, los elementos que, con carácter general deben ponderarse, son dos. En primer lugar, el grado de cumplimiento por la Administración de las formalidades establecidas en la norma en materia de notificaciones, en la medida en que tales formalidades van únicamente dirigidas a garantizar que el acto llegue efectivamente a conocimiento de su destinatario. Y, en segundo lugar, las circunstancias particulares concurrentes en cada caso, entre las que necesariamente deben destacarse tres: a) el grado de diligencia demostrada tanto por el interesado como por la Administración; b) el conocimiento que, no obstante el incumplimiento en su notificación de todas o algunas de las formalidades previstas en la norma, el interesado haya podido tener del acto o resolución por cualesquiera medios; y, en fin, c) el comportamiento de los terceros que, en atención a la cercanía o proximidad geográfica con el interesado, pueden aceptar y aceptan la notificación.

En particular, el máximo intérprete de nuestra Constitución, subrayando el carácter ‘residual’, ‘subsidiario’, ‘supletorio’ y ‘excepcional’, de ‘último remedio’ -apelativos, todos ellos, empleados por el Tribunal- de la notificación mediante edictos (SSTC 65/1999, de 26 de abril, FJ 2; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 43/2006, de 13 de febrero, FJ 2; 163/2007, de 2 de julio, FJ 2; 223/2007, de 22 de octubre, FJ 2; 231/2007, de 5 de noviembre, FJ 2; 2/2008, de 14 de enero, FJ 2; y 128/2008, de 27 de octubre, FJ 2), ha señalado que tal procedimiento ‘sólo puede ser empleado cuando se tiene la convicción o certeza de la inutilidad de cualquier otra modalidad de citación’ (STC 65/1999, cit., FJ 2); que el órgano judicial ‘ha de extremar las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales a su alcance, de manera que el acuerdo o resolución judicial que lleve a tener a la parte en un proceso como persona en ignorado paradero debe fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o cuando menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación’ (STC 163/2007, cit., FJ 2) (...).

Pero también hemos puesto énfasis en el hecho de que la buena fe no sólo resulta exigible a los administrados, sino también a la Administración. En particular, esta buena fe obliga a la Administración a que, aun cuando los interesados no hayan actuado con toda la diligencia debida en la comunicación del domicilio (bien porque no designaron un domicilio a efectos de notificaciones, bien porque los intentos de notificación en el indicado han sido infructuosos), antes de acudir a la notificación edictal o

mediante comparecencia, intente la notificación en el domicilio idóneo, bien porque éste consta en el mismo expediente (SSTC 76/2006, de 13 de marzo y 2/2008, de 14 de enero), bien porque su localización resulta extraordinariamente sencilla, normalmente acudiendo a oficinas o registros públicos (SSTC 135/2005, de 23 de mayo; 163/2007, de 2 de julio; 223/2007, de 22 de octubre; 231/2007, de 5 de noviembre; y 150/2008, de 17 de noviembre), (...)."

Sentados los criterios expuestos, concluía en congruencia con ellos este Organismo con ocasión del DCC 201/2017 antes mencionado:

"Una vez fijados con claridad los criterios que permiten determinar en cada caso concreto si debe o no entenderse que el acto o resolución llegó a conocimiento tempestivo del interesado (y, por ende, se le causó o no indefensión material), procede distinguir, fundamentalmente, entre los supuestos en los que se cumplen en la notificación del acto o resolución todas y cada una de las formalidades previstas en la norma (o reclamadas en la interpretación de las mismas por la doctrina de esta Sala), y aquellos otros en los que alguna o algunas de dichas formalidades no se respetan.

En aquellos supuestos en los que se respetan en la notificación todas las formalidades establecidas en las normas, y teniendo dichas formalidades como única finalidad la de garantizar que el acto o resolución ha llegado a conocimiento del interesado, debe partirse en todo caso de la presunción -iuris tantum- de que el acto de que se trate ha llegado tempestivamente a conocimiento del interesado (...).

Ahora bien, en lo que al caso que se examina interesa, la presunción de que el acto llegó a conocimiento tempestivo del interesado quiebra, pese a que se han cumplido todas las formalidades en la notificación y aunque el obligado tributario no hubiese comunicado 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 o por comparecencia, pese a que resultaba extraordinariamente sencillo acceder, sin esfuerzo alguno, al nuevo domicilio, bien porque éste se hallaba en el propio expediente, bien porque cabía acceder al mismo mediante la simple consulta en las oficinas o registros públicos (o, incluso, en las propias bases de datos de la Administración actuante). En esta línea, el Tribunal Constitucional ha afirmado que "cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio o de cualquier otro dato que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos" (entre muchas otras, STC 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2; en el mismo sentido, SSSTC 291/2000, de 30 de noviembre, FJ 5; 43/2006, de 13 de febrero, FJ 2; 223/2007, de 22 de octubre, FJ 2; y 2/2008, de 14 de enero, FJ 2) (...).

Por lo demás, la jurisprudencia constitucional ha planteado –como resumidamente expone la STC 72/1999– la exigencia de tres requisitos para que la falta de emplazamiento tenga relevancia constitucional: en primer lugar, es preciso que el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte en el proceso o procedimiento administrativo; en segundo lugar, es necesario que el no emplazado personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente; y por último, se exige que el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obran en el expediente"», doctrina que

es de aplicación a este caso por las razones ya señaladas (**Doctrina reiterada en los DDCC 28/2023, 38/2023, 116/2023 y 311/2023**).



En el presente caso, se esgrime la concurrencia de dos causas determinantes de la nulidad de pleno derecho, en primer término, la prevista en el art. 217. 1.a) LGT [como al previsto en el art. 47.1.a) LPACAP], que se vincula con el derecho fundamental reconocido por el art. 24.1 de la Constitución.

A) El mandato constitucional de no indefensión se dirige específicamente hacia el Poder Judicial. Ciertamente, por analogía, se aplica también este mandato a la Administración, aunque ya en estos casos, solamente, en el ejercicio de las potestades administrativas sancionadoras, porque existe una identidad de razón en el régimen jurídico que les es de aplicación.

Al referido ámbito es al que contrae el art. 24.1 de la Constitución su virtualidad propia. Lo que no es el caso en el supuesto que nos ocupa, en que la revisión de oficio se plantea respecto de una declaración de responsabilidad solidaria. Y aunque se trata de un acto de gravamen, carece dicho acto de naturaleza propiamente sancionadora.

La Propuesta de Resolución señala acertadamente que, en relación con las liquidaciones de los procedimientos de comprobación limitada, el Tribunal Constitucional ha configurado la indefensión a que hace referencia el art. 217 LGT, en el marco de la vulneración de los procesos jurisdiccionales y, por extensión a los procedimientos administrativos sancionadores, estimando que el término «*indefensión*» no se identifica, en el ámbito de los procedimientos tributarios, con la acepción del art. 24 de la Constitución. Así, la STC 205/1990, de 13 de diciembre, definió la tutela judicial efectiva como «*un derecho de prestación exclusivamente jurisdiccional que sólo puede ser reclamado de Jueces y Tribunales ordinarios integrantes del Poder judicial y, paralelamente, dispensado en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. La pretensión de aplicar este derecho a otros hechos diferentes de los indicados resulta inadmisibile por razón de los sujetos frente a los que se reclama esa tutela, dado que no son órganos que posean naturaleza jurisdiccional*».

De acuerdo con esa doctrina, el Tribunal Supremo descarta también la posibilidad de defender la aplicación del art. 24 de la Constitución en los procedimientos tributarios. Así, la Sentencia de 11 de julio de 2003 rechaza la aplicación del motivo de nulidad previsto en el art. 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [actual art. 47.1.a) LPACAP], paralelo a los motivos de nulidad previstos en el art. 217.1.a) LGT: «*el derecho a la defensa solo constituye un derecho susceptible de dicho remedio constitucional –refiriéndose al recurso de amparo- en el marco de un procedimiento sancionador (...) fuera de este ámbito sancionador, la falta de trámite de audiencia*

en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional».

B) La Propuesta de Resolución alude en el sentido expuesto, asimismo, a diferentes Dictámenes de este Consejo Consultivo, con fundamentos que serían acogidos por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 4 de junio de 2021, en el procedimiento ordinario 142/2020. Así, el Dictamen 450/2019, de 5 de diciembre, señalaba:

«Así, entre otros, en el Dictamen ya anteriormente mencionado, 375/2011, de 9 de junio, este Organismo señalaba, al respecto:

“(…) como ha declarado el propio Tribunal Constitucional “las garantías del artículo 24 de la Constitución referidas a la tutela judicial efectiva no pueden trasladarse sin más a las actuaciones administrativas, salvo que éstas tengan una naturaleza sancionadora equivalente materialmente a las actuaciones administrativas” (STC 42/1989, de 16 de febrero)», añadiéndose que «Aquí se está ante un procedimiento administrativo tributario, no sancionador; por consiguiente, las garantías del artículo 24.2 de la Constitución no le son aplicables” (...)».

Por lo anterior, en suma, se coincide con la Propuesta de Resolución en contra de la concurrencia de la causa contemplada en el art. 217.1.a) LGT, pues no se trata de actos realizados en el marco de un proceso sancionador.

Como afirmábamos asimismo en el DCC 450/2019 antes mencionado, ello no es, en modo alguno, óbice para afirmar la necesaria observancia y el obligado respeto de los derechos de defensa en todo procedimiento administrativo; incluso, cabe señalar, más allá de las prescripciones legales aplicables en cada caso, en tanto que, como principio general del Derecho, la proscripción de la indefensión es un mandato general que vincula sin excepción a todos los Poderes Públicos.

Pero sí excluye su caracterización como derecho fundamental en sentido estricto, cuando se propugna su aplicación fuera del campo del Derecho administrativo sancionador; y, por tanto, no cabe invocar la causa de nulidad legalmente prevista para los actos administrativos que se pretende en este caso (actos administrativos lesivos de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional) para acudir a la vía de la revisión de oficio, mediante el ejercicio de la acción de nulidad igualmente contemplada por nuestro ordenamiento jurídico [art. 106.1.a) LPACAP] **(DCC 245/2023)**.



Con carácter previo al análisis jurídico de la Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo Consultivo de Canarias, resulta oportuno advertir que la solicitud de revisión de oficio promovida por el interesado se fundamenta, genéricamente, en las causas de nulidad establecidas en el art. 217 LGT. Ciertamente es que, en el escrito iniciador del

procedimiento administrativo, el interesado no señala expresamente causa alguna de nulidad de las recogidas en el art. 217 LGT. Sin embargo, a juicio de este Consejo y de acuerdo con el principio antiformalista que en esta materia ha proclamado la jurisprudencia del Tribunal Supremo [véase a este respecto lo resuelto en la sentencia n.º 254/2021, de 24 de febrero de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección quinta, del Tribunal Supremo (Rec. n.º 8075/2019)], se induce, sin necesidad de mayores y más complejos razonamientos jurídicos, que la causa de nulidad tácitamente alegada por el interesado resulta reconducible -a la vista de los fundamentos fácticos contenidos en su escrito inicial- a la prevista en la letra a) del art. 217.1 LGT.

En síntesis, lo que alega el interesado es la falta de «comunicación» de las actuaciones practicadas por la Administración Tributaria Canaria, tanto en el seno del procedimiento de comprobación limitada como en el procedimiento sancionador derivado de aquél, lo que ha determinado la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrado en el art. 24.1 CE.

Pues bien, respecto a esta cuestión, resulta oportuno reproducir lo indicado por el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia n.º 147/2022, de 29 de noviembre [Recurso de amparo n.º 3209/2019]:

«4. Doctrina constitucional sobre la proyección de las garantías del art. 24 CE al ámbito administrativo. Especial referencia a las notificaciones.

Reiteradamente, este tribunal ha sostenido que:

«[A]lgunas de las garantías reconocidas en el art. 24 CE no solo operan en el ámbito procesal, puesto que también despliegan su eficacia en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador. Ya en la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, este tribunal afirmó que “[...] los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución”.

No obstante, como quedó reflejado, entre otras, en la STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 6, la traslación de esas garantías no opera de manera absoluta sino matizada: “[...] es doctrina de este tribunal que las garantías del art. 24 de la Constitución resultan de aplicación al procedimiento administrativo sancionador en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución (STC 18/1981, fundamento jurídico 2). Ahora bien, este tribunal ha tenido también oportunidad de precisar que tal aplicación no ha de entenderse de forma literal e inmediata, sino que en la medida que las garantías citadas sean compatibles con la naturaleza del procedimiento (SSTC 2/1987, fundamento jurídico 6; 29/1989, fundamento jurídico 6) lo que impide una traslación mimética de las garantías propias del procedimiento judicial al administrativo sancionador”.

Sin embargo, como así se refleja, entre otras, en la STC 32/2008, de 25 de febrero, FJ 2, la exigencia de que al interesado le sea debidamente notificada la incoación del procedimiento sancionador sí forma parte de las garantías del art. 24.2 CE que se extienden a ese contexto: “[e]ste tribunal ha reiterado que entre las garantías del art. 24 CE que son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador están los derechos de defensa y a ser informado de la acusación, cuyo ejercicio presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues solo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión y, por ende, que la administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar lo que a su derecho convenga (STC 226/2007, de 22 de octubre, FJ 3). A esos efectos, siendo de aplicación directa lo afirmado en relación con los procedimientos judiciales, este tribunal ha destacado la exigencia de procurar el emplazamiento o citación personal de los interesados, siempre que sea factible [...]”.

Esta doctrina ha sido reiterada en la STC 63/2021, de 15 de marzo, FJ 3, en un supuesto en el que la notificación practicada en la dirección electrónica habilitada de la demandante de amparo aparece concernida: “[...] existe una consolidada doctrina sobre el deber de notificar correctamente a los ciudadanos sometidos al ejercicio del ius puniendi del Estado, los actos esenciales de desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador, que se vincula con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). De este modo, puede afirmarse que cuando en procedimientos administrativos sancionadores se producen emplazamientos defectuosos que impiden la participación del interesado, nuestra doctrina es clara a la hora de considerar vulnerado el derecho a conocer la acusación y la defensa (SSTC 93/2018, de 17 de septiembre, y 82/2019, de 17 de junio, entre otras). Por su parte, cuando el defecto de notificación se produce, por ejemplo, por omisión de dar traslado de la propuesta de resolución, también se ha considerado vulnerado el derecho de defensa (art. 24.2 CE) (así, por ejemplo, SSTC 145/2011, de 26 de septiembre, o 169/2012, de 1 de octubre)”». (STC 84/2022, de 27 de junio, FJ 3).

Aun cuando la doctrina transcrita guarda relación con la proyección del mencionado art. 24 CE en el contexto del procedimiento administrativo sancionador, de suerte que, en principio, su traslación no estaría indicada para otros procedimientos administrativos de índole distinta, se advierte que este tribunal también ha tenido ocasión de pronunciarse, en sentido afirmativo, sobre la extensión a procedimientos administrativos no sancionadores de las garantías de emplazamiento en los procesos judiciales; más concretamente, en supuestos de notificaciones efectuadas a personas distintas del interesado. En la STC 113/2006, de 5 de abril, FJ 6, se afirma que:

«[E]ste Tribunal ha considerado que los órganos judiciales no pueden presumir, sin lesionar el derecho consagrado en el art. 24 CE, que las notificaciones realizadas a través de terceras personas hayan llegado al conocimiento de la parte interesada, cuando la misma cuestiona fundadamente la recepción del acto de comunicación procesal o la fecha en que le fue entregada la cédula por el tercero, supuesto en el cual, a la vista de las circunstancias del caso, de las alegaciones formuladas y de la prueba que pudiera eventualmente practicarse, están obligados a emitir un pronunciamiento expreso sobre la posibilidad o no de que el tercero haya cumplido con su deber de hacer llegar en tiempo el acto

de comunicación procesal a su destinatario (SSTC 22/1987, de 20 de febrero, FJ 2; 195/1990, de 29 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 275/1993, de 20 de septiembre, FFJJ 4 y 5; 326/1993, de 8 de noviembre, FJ 5; 39/1996, de 11 de marzo, FFJJ 2 y 3; 113/2001, de 7 de mayo, FFJJ 5 y 6; 199/2002, de 28 de octubre, FJ 2; y 21/2006, de 30 de enero, FJ 3).

Por esta razón, debe ofrecerse a quienes se hayan visto perjudicados por los actos de comunicación a terceras personas, la posibilidad de destruir la presunción que obra en su contra mediante la prueba de que el contenido del acto no les ha sido trasladado en tiempo y forma. En este sentido, no hemos admitido la validez de determinados actos de comunicación procesal en supuestos en que sus destinatarios finales habían acreditado, por las circunstancias concurrentes en cada caso, que no habían tenido un conocimiento efectivo de los mismos a tiempo de reaccionar en los plazos y con los mecanismos procesales establecidos en el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, hemos negado validez a los actos de comunicación procesal realizados al conserje de una finca que reconoce no haber trasladado la notificación al interesado (STC 275/1993, de 20 de septiembre, FJ 3), al vecino que retrasa maliciosamente durante diez días el traslado de la notificación al interesado (STC 39/1996, de 11 de marzo, FJ 3), al vecino de un domicilio que se duda fuese del interesado (STC 19/2004, de 23 de febrero, FJ 4), al vecino que se niega a firmar la diligencia de notificación (STC 21/2006, de 30 de enero), e incluso al procurador que fallece el mismo día que recibe la notificación que debía trasladar (STC 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3).

Se trata, a fin de cuentas, de valorar una eventual indefensión por “el incumplimiento por parte de una tercera persona de la carga de comunicar la citación en observancia del deber de colaboración con la justicia” (STC 82/2000, de 27 de marzo, FJ 6).

La doctrina que acabamos de sintetizar, aunque ha sido elaborada en relación con los emplazamientos en los procesos judiciales, conforme expresamos en la STC 291/2000, de 30 noviembre, es también de aplicación a las notificaciones efectuadas por la administración tributaria (FJ 5). Y la razón estriba en que, aun cuando hemos entendido que la tutela judicial efectiva no es predicable en la vía administrativa, dado que este derecho fundamental, en cuanto poder jurídico que tienen los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto, tiene su lugar propio de satisfacción en un proceso judicial, de manera que “son los jueces y tribunales los que han de otorgar la tutela judicial efectiva y los únicos, en consecuencia, a los que cabe imputar su violación” (STC 197/1988, de 24 de octubre, FJ 3; y en el mismo sentido STC 26/1983, de 13 de abril, FJ 1; y AATC 263/1984, de 2 de mayo, FJ 1; 664/1984, de 7 de noviembre, FJ 1; y 104/1990, de 9 de marzo, FJ 2), sin embargo, hemos admitido que cabe la posibilidad de que el art. 24.1 CE resulte vulnerado por actos dictados por órganos no judiciales “en aquellos casos que no se permite al interesado, o se le dificulte, el acceso a los tribunales” (STC 197/1988, de 24 de octubre, FJ 3), como ocurre, por ejemplo, cuando en virtud de una norma “quedara impedido u obstaculizado el derecho de acceso a los tribunales de justicia” (SSTC 90/1985, de 22 de julio, FJ 4; y 123/1987, de 1 de julio, FJ 6). La indefensión originada en vía administrativa tiene relevancia constitucional, entonces, cuando la causa que la provoque impida u obstaculice que el obligado tributario pueda impetrar la tutela judicial contra el acto administrativo en cuestión, eliminándole la posibilidad de utilizar los medios de impugnación que el ordenamiento tributario dispone

específicamente contra los diferentes actos dictados en cada procedimiento (en sentido parecido, STC 291/2000, de 30 de noviembre, FJ 4)» (DCC 273/2023).

E. 2. 1. Procedimiento sancionador. Notificación defectuosa

Al respecto, este Consejo Consultivo, siguiendo la doctrina constitucional, ha manifestado respecto a las notificaciones en los procedimientos administrativos sancionadores lo que sigue (Dictamen 274/2015, de 15 de julio):

«2. Ahora bien, los derechos reconocidos en el art. 24.2 de la Constitución son aplicables en los procedimientos sancionadores. Así, entre otras, la STC 32/2008, de 25 de febrero, señala:

“(…) 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 sólo 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, F. 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, por lo que el emplazamiento edictal constituye un remedio último de carácter supletorio y excepcional, que requiere el agotamiento previo de las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales, de manera que la decisión de notificación mediante edictos debe fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o al menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación (por todas, STC 158/2007, de 2 de julio, F. 2)”.

En el fundamento jurídico IV de la STC 32/2009, de 9 de febrero, se compendia la doctrina constitucional al respecto en los siguientes términos:

«(...) es indiscutida la aplicación, a los actos y resoluciones de Derecho administrativo sancionador, de los principios sustantivos derivados de dicho precepto constitucional. En relación con este extremo hay que recordar que: “[E]ste Tribunal ha venido [estableciendo] desde la STC 18/1981, de 8 de junio (F. 2), hasta hoy, por todas STC 243/2007, de 10 de diciembre, la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE, y también hemos proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24.2 CE; no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE. Así, partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones sin observar procedimiento alguno, se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de

garantías del art. 24.2 CE. Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el art. 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba (por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, F. 5, y 272/2006, de 25 de septiembre, F. 2)» (STC 70/2008, de 23 de junio, F. 4)».

Respecto a la posibilidad de que la notificación edictal de las distintas resoluciones administrativas –productoras, según la parte, de indefensión–, pudiera considerarse bastante, hemos dicho que “el ejercicio del derecho de defensa en el seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disponer 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, así como de alegar lo que a su derecho convenga. Ahora bien, con arreglo a nuestra propia jurisprudencia han de concurrir los siguientes requisitos para que revista relevancia constitucional la falta de emplazamiento personal en un expediente sancionador: en primer lugar, que el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte; en segundo lugar, que el no emplazado personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente; y, por último, que el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obren en el expediente (SSTC 54/2003, de 24 de marzo, F. 3; y 145/2004, de 13 de septiembre, F. 4). El problema, por tanto, debe concretarse en enjuiciar si la falta de notificación de los acuerdos de inicio de los expedientes sancionadores y de las respectivas propuestas de resolución ha ocasionado indefensión material constitucionalmente relevante al recurrente, por haber impedido su defensa, imponiéndose de plano las sanciones administrativas referidas anteriormente” (STC 70/2008, F. 5).

Conforme a esta doctrina constitucional, debe ser interpretado el art. 59.5 LRJAP-PAC, que dispone que cuando intentada la notificación no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el Boletín Oficial del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cuál sea la Administración de la que proceda el acto a notificar y el ámbito territorial del órgano que lo dictó» (DCC 503/2023).

E. 3. Acto de contenido imposible

Por último, en lo referente a si concurre o no la causa de nulidad del art. 217.1 c) LGT, es decir, acerca de si la Resolución referida tiene un contenido imposible, se ha de partir de lo manifestado por este Consejo acerca de esta causa de nulidad. En el Dictamen 58/2021, ya mencionado, se afirma que «(...) en primer lugar se debe determinar si concurre la causa de nulidad

establecida en el art.217.1.c) LGT. El Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 19 de mayo de 2000, en la que analiza en profundidad cuándo se debe considerar que un acto administrativo adolece de un contenido imposible, afirma que:

“La nulidad de pleno Derecho de actos administrativos que tengan un contenido imposible (artículo 62.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LJPAC) es trasunto en el régimen de dichos actos del principio que expresa el artículo 1272 del Código Civil para los contratos. La nulidad de actos cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado.

La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de Procedimiento debe ser, por ello de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (arts. 48.1 LPA y 83.2 de la LJCA); la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste (sentencias de 6 de noviembre de 1981 y 9 de mayo de 1985]”» (DCC 38/2023).

E. 4. Prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido

E. 4. 1. Procedimiento caducado

- En primer lugar, porque la caducidad del procedimiento administrativo se produjo correcta y justificadamente de acuerdo con la normativa reguladora de la materia, es decir, no nos hallamos en el supuesto en el que se hubiera dictado una resolución de fondo estando el procedimiento administrativo caducado, sino que, al no atender la interesada el requerimiento relativo a la entrega de las facturas emitidas, ya referidas anteriormente, procedía legalmente la declaración de caducidad y el archivo de tales actuaciones, conforme a la normativa expuesta en la Propuesta de Orden, lo que dio lugar necesariamente a que la Resolución final del procedimiento tuviera como contenido exclusivo tal declaración de caducidad. Frente a esta Resolución, en lugar de interponer los recursos ofrecidos si no estaba conforme con ella, se aquietó la interesada.

Este Consejo Consultivo ha señalado en el Dictamen 254/2022, de 21 de junio, entre otros muchos, que «*En relación con la primera causa de nulidad aducida por el interesado, la relativa a que la Resolución se dictó estando caducado el procedimiento administrativo [art. 62.1.e) LRJAP-PAC], este Consejo Consultivo considera en la actualidad, siguiendo la doctrina jurisprudencial ya desde el Dictamen 357/2019, de 10 de octubre que:*

«Empezando por la última, el quid de la cuestión no es si la prescripción es o no causa de nulidad: lo verdaderamente relevante es que si el procedimiento está caducado incurre en causa de nulidad. En efecto, reciente jurisprudencia del TS (ver por todas la Sentencia 438/2018, de 19 de marzo de 2018), modificando el criterio seguido hasta el momento, dispone que la caducidad es vicio de nulidad y no de anulabilidad, por cuanto «(L)os actos y resoluciones administrativas han de dictarse en un procedimiento válido, ello constituye una exigencia básica de nuestro ordenamiento administrativo que se plasma en numerosos preceptos (art. 53 de la LRJPAC) llegándose a sancionar con la nulidad de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido [art. 62.1.e) de la LRJPAC]. De modo que si el procedimiento ha devenido inválido o inexistente, como consecuencia de su caducidad, ha dejado de ser un cauce adecuado para dictar una resolución administrativa válida que decida sobre el fondo, por lo que la Administración está obligada a reiniciar uno nuevo».

Esta doctrina es aplicable al presente asunto y muestra que lo que es nulo de pleno derecho es únicamente dictar una resolución de fondo estando caducado el procedimiento administrativo, no el hecho en sí de declararlo a través de la necesaria Resolución final del procedimiento (**DCC 38/2023**).

E. 4. 2. Manifiesta omisión del procedimiento

Por otro lado, se alega también como causa de nulidad que el acto haya sido dictado *«prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello»* [art. 217.1.e) LGT]. En relación con esta causa de nulidad, desde el Dictamen 402/2013, de 15 de noviembre, venimos afirmando que la apreciación de la citada causa de nulidad, conforme reiterada jurisprudencia, implica que no basta con que se haya incurrido en la omisión de un trámite del procedimiento, por esencial y trascendental que sea, sino que es absolutamente necesario que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello, de tal forma que se produce una clara, manifiesta y ostensible omisión de dicho procedimiento, con ausencia de trámites sustanciales (SSTS de 4 de enero de 1983, 21 de marzo de 1988, 12 de diciembre de 1989, 29 de junio de 1990, 22 de marzo de 1994, 15 de octubre de 1998, 17 de marzo de 2000, 26 de marzo de 2001, entre otras).

Añadiendo que *«para declarar la nulidad en la omisión del procedimiento legalmente establecido han de concurrir los siguientes requisitos, como sostiene la Sentencia de 15 de octubre de 1997, de esta Sala y jurisprudencia precedente (desde la Sentencia de 21 de marzo de 1988), que dicha infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad se comprendan los casos de ausencia total del trámite o de seguir un procedimiento distinto (...)»* (véase, por todas, la STS de 15 de marzo de 2005).

Por su parte, en nuestro Dictamen 274/2014, de 22 de julio, hemos manifestado que *«(...) los defectos formales necesarios para aplicar la nulidad ex art. 62.1.e) LRJPAC deben ser de tal magnitud que pueda entenderse que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento, no*

bastando con la omisión de alguno de sus trámites y resultando necesario ponderar en cada caso la esencialidad del trámite o trámites omitidos y las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido. De tal forma que la omisión de requisitos formales, incluso del esencial representado por el trámite de audiencia, sólo producirá el radical efecto de anular las actuaciones cuando haya ocasionado la efectiva indefensión del interesado». Doctrina que sigue siendo aplicable con la vigencia de la LPACAP (DCC 311/2023).

E. 4. 3. Omisión de fiscalización

Sin embargo, en los informes previos (del Centro Gestor y de la Intervención General) y en la resolución que da inicio al procedimiento revisor, se imputa como causa de nulidad la falta de fiscalización o intervención previa, tal como exige el art. 214.2.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que previene que el ejercicio de la función interventora comprenderá *«La intervención crítica o previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos de valores»*.

De conformidad con el art. 28.1 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, *«En los supuestos en los que, con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones, hasta que se conozca y se resuelva dicha omisión en los términos previstos en el presente artículo»*.

A tal efecto, establece el citado precepto:

«2. Si el órgano interventor al conocer de un expediente observara omisión de la función interventora lo manifestará a la autoridad que hubiera iniciado aquel y emitirá al mismo tiempo su opinión respecto de la propuesta, a fin de que, uniendo este informe a las actuaciones, pueda el Presidente de la Entidad Local decidir si continua el procedimiento o no y demás actuaciones que en su caso, procedan.

En los casos de que la omisión de la fiscalización previa se refiera a las obligaciones o gastos cuya competencia sea de Pleno, el Presidente de la Entidad Local deberá someter a decisión del Pleno si continua el procedimiento y las demás actuaciones que, en su caso, procedan.

Este informe, que no tendrá naturaleza de fiscalización, se incluirá en la relación referida en los apartados 6 y 7 del artículo 15 de este Reglamento y pondrá de manifiesto, como mínimo, los siguientes extremos:

a) Descripción detallada del gasto con inclusión de todos los datos necesarios para su identificación, haciendo constar, al menos, el órgano gestor, el objeto del gasto, el importe, la

naturaleza jurídica, la fecha de realización, el concepto presupuestario y ejercicio económico al que se imputa.

b) Exposición de los incumplimientos normativos que, a juicio del interventor informante, se produjeron en el momento en que se adoptó el acto con omisión de la preceptiva fiscalización o intervención previa, enunciando expresamente los preceptos legales infringidos.

c) Constatación de que las prestaciones se han llevado a cabo efectivamente y de que su precio se ajusta al precio de mercado, para lo cual se tendrán en cuenta las valoraciones y justificantes aportados por el órgano gestor, que habrá de recabar los asesoramientos o informes técnicos que resulten precisos a tal fin.

d) Comprobación de que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente para satisfacer el importe del gasto.

e) Posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de éstas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de la indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, sólo será pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone».

El régimen de la fiscalización o intervención previa se encuentra regulado en los arts. 214, apartados 1 y 2.a), y 219 del Texto Refundido de la Ley de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, texto que también contempla la regulación de los reparos que se puedan efectuar, sus efectos y la resolución de discrepancias (arts. 215-218).

Sin embargo, la sola omisión del trámite de fiscalización previa no puede equipararse a una falta total y absoluta de procedimiento que determine la nulidad del acto.

En efecto, este Consejo, desde los Dictámenes 218 y 219/2017, ambos de 4 de julio, y 232/2017, de 13 de julio, y en el más reciente 318/2023, de 20 de julio, viene expresando que de esta regulación legal resulta que la fiscalización previa, si bien es un trámite que ha de cumplimentarse en los casos en que el acto sea susceptible de producir efectos económicos, no puede ser calificado de trámite esencial que implique su equivalencia con una omisión total y absoluta del procedimiento, puesto que, de haberse emitido el informe, los reparos que en su caso pudieran formularse podrían ser solventados por el órgano competente en caso de discrepancia.

Además, del art. 156 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria resulta que la omisión del trámite es subsanable, por lo que en ningún caso puede ser determinante de la nulidad del acto, sino en todo caso de su anulabilidad. En este sentido se ha pronunciado además el Consejo de Estado en su Dictámenes 1436 y 1437/2012, en los siguientes términos:

«La consulta se recaba en el seno de un procedimiento de revisión de oficio de la resolución estimatoria del recurso, que se entiende incurso en la causa de nulidad de pleno derecho contemplada en la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

En los supuestos en los que, con arreglo a lo establecido en las disposiciones aplicables, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se subsane dicha omisión en los términos previstos en este artículo.

(...)

El precepto de la Ley General Presupuestaria transcrito se refiere al modo de “subsana” la omisión de la fiscalización omitida (apartado 1). A las claras se aprecia que un defecto subsanable no constituye un vicio de nulidad de pleno derecho, tal y como prevé el artículo 67.1 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre: “La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan”. Resulta palmario, por tanto, que no cabe la declaración de nulidad pretendida» (Doctrina reiterada en los DDCC 386/2023, 412/2023, 452/2023, 468/2023, 470/2023, 472/2023, 476/2023, 497/2023, 498/2023, 499/2023, 500/2023, 501/2023, 528/2023, 529/2023, 530/2023 y 531/2023).

E. 4. 4. Prórroga tácita del contrato

Sobre la causa establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado, por ejemplo, en el Dictamen 489/2021, de 14 de octubre (con cita de los DDCC 8/2021, de 15 de enero, y 161/2020, de 1 de junio), lo siguiente:

«El art. 62.1, e) LRJAP-PAC configura como una causa de nulidad el que los actos sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Como las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es especialmente restrictiva en cuanto a la aplicación de esa causa de nulidad, ya que el empleo por la Ley de los dos adverbios “total y absolutamente” impone que los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad radical deben ser de tal dimensión que es preciso que se haya prescindido de modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites. La omisión de algún trámite se equipara a la omisión total del procedimiento cuando tiene la naturaleza de esencial en los supuestos en que haya causado indefensión material al interesado (para lo cual habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por la omisión del trámite). También se equipara a la omisión total si los trámites incumplidos, de haberse observado, habrían determinado un acto de contenido distinto. Consúltense al respecto las SSTs de 23 febrero de 2016; de 26 enero de 2016; de 24 enero de 2014; de 27 junio de 2012 y de 25 abril de 2002 (...).».

También hemos dicho en los DDCC 84/2014 y 258/2020 que «(L)a interpretación jurisprudencial de este precepto considera que se está ante esta causa de nulidad no sólo cuando el acto se dicta prescindiendo de todo procedimiento, sino también cuando se dicta a través de un procedimiento que no es el previsto legalmente; o cuando, aun siguiendo el procedimiento debido, se

omiten trámites esenciales de éste que causan indefensión absoluta a los interesados». Véanse por todas las SSTs de 25 de abril de 2002 y de 27 de junio de 2012.

En el presente caso, la Propuesta de Resolución cita claramente la causa de nulidad de pleno derecho en que incurre la contratación afectada, pero continúan manteniendo los informes previos que la causa es la «omisión de fiscalización previa», que, como hemos razonado, no lo es, debiendo subsanarse este extremo, como acertadamente subsana y fundamenta la Propuesta de Resolución.

Sin embargo, en la Propuesta de Resolución no se explica la razón por la que la contratación que se pretende declarar nula sólo abarca un periodo de 18 días del mes de abril. Dado el carácter restrictivo de las causas de nulidad, debe explicarse, tal y como se desprende del expediente remitido, que con anterioridad ya se había declarado nula la contratación entre el 01/01/2023 y 31/03/2023 y que el periodo de contratación actual -prorrogado sin procedimiento alguno- terminó el 18 de abril de 2023 porque el 19 de abril 2023 se firmó el nuevo contrato del servicio en cuestión, comenzando a prestarse el servicio ese día por la nueva adjudicataria resultante de la nueva adjudicación.

(...)

En definitiva, existe una prórroga tácita del contrato de servicios que no permitía el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de 2010 -art. 8 PCAP en relación con el art. 23 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP)-, ya que se establecía una duración de 10 años, susceptible de prórroga expresa por otros dos años adicionales, por lo que la contratación de los servicios prestados a partir del 30 de noviembre de 2022 -y, en este caso, los comprendidos entre el 1 y el 18 de abril de 2023, ambos inclusive-, es nula conforme a los arts. 39.1 LCSP y 47.1.e) LPACAP.

Así pues, como razonábamos en nuestro Dictamen 555/2021, de 18 de noviembre, citando a su vez otro similar -el Dictamen 483/2021, de 14 de octubre- procede señalar, de idéntica manera, en este caso que, en definitiva, aplicando los razonamientos jurídicos que se han expuesto en las líneas precedentes al supuesto de hecho analizado, se ha de concluir que la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, apartado e) LPACAP, toda vez que se ha procedido a recibir la prestación del servicio de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Infantil, durante el periodo del 1 al 18 de abril de 2023, sin la previa tramitación del oportuno expediente de contratación a tal efecto. Siendo tales actos nulos, también lo es el contrato [art. 38, b) LCSP].

Además, tal infracción del Ordenamiento Jurídico no puede ser imputable al tercero que ha realizado la prestación sino únicamente a la Administración, quien justifica su actuación, en el informe del Centro Gestor, de 3 de mayo de 2023, por el retraso que ha existido con la nueva licitación iniciada en junio de 2021 y publicada en febrero de 2022 por

la complejidad al intervenir varios departamentos y los diversos recursos contractuales presentados, lo que ha dilatado en extremo la adjudicación de la misma, siendo necesaria la continuación de la prestación para evitar graves perjuicios en este servicio público dado que en las escuelas infantiles se encuentran inscritos 1.240 alumnos y la no prestación del servicio originaría el despido de unos 200 trabajadores, habiéndose desarrollado el servicio a entera satisfacción del Servicio de Educación (**Doctrina reiterada en los DDCC 386/2023, 412/2023, 452/2023, 468/2023, 470/2023, 472/2023, 476/2023, 497/2023, 498/2023, 499/2023, 500/2023, 501/2023, 528/2023, 529/2023, 530/2023 y 531/2023**).

E. 5. Incompetencia manifiesta

Respecto a la concreta causa de nulidad de pleno derecho aducida por la Administración en este caso, la correspondiente al art. 47.1.b) LPACAP (actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio), en el Dictamen de este Consejo Consultivo 593/2021, de 16 de diciembre, entre otros muchos, también tuvimos ocasión de manifestar:

«“(…) el art. 62.1.b) LRJAP-PAC dispone que son nulos los actos dictados por un órgano manifiestamente incompetente, por razón de la materia o del territorio.

El adverbio «manifiestamente» que usa el precepto para modular la incompetencia generadora de nulidad exige que ésta sea notoria y clara y que vaya acompañada de un nivel de gravedad proporcional a la gravedad de los efectos que comporta su declaración. Como se explicó (...), los vicios de nulidad radical deben ser objeto de una interpretación estricta, porque la anulabilidad de los actos administrativos es la regla general frente a la excepción que es su nulidad radical o de pleno derecho en supuestos tasados.

Por esta razón, para el art.62.1.b) LRJAP-PAC no es suficiente con que concurra la eventual incompetencia por razón de la materia para que exista un vicio de nulidad radical, sino que además será preciso que se trate de una manifiesta incompetencia; es decir, no basta con que el órgano que haya dictado el acto sea incompetente, sino que lo sea clara, rotunda y patentemente, de modo que resulte tan evidente que no sea necesaria una especial actividad intelectual para su comprobación. La manifiesta incompetencia es incompatible con cualquier interpretación jurídica o exigencia de esfuerzo dialéctico (SSTS de 25 de enero, de 12 de noviembre y 15 de diciembre de 1980; de 28 de enero de 1981; de 18 y de 25 de octubre de 1982; de 18 de octubre de 1983; de 23 de marzo de 1984; de 24 de abril y de 12 de junio de 1985; de 20 de febrero de 1990 y de 30 de octubre y de 10 de noviembre de 1992, entre otras muchas)”.

Por su parte, en el Dictamen 43/2015, de 3 de febrero, se indicó que «(…) la reiterada y constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a esta causa de nulidad [art. 62.1.b) LRJAP-PAC] ha sido clara al exigir que la incompetencia debe resultar evidente sin que exija esfuerzo dialéctico su comprobación, por saltar a primera vista. Así, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Supremo, de 27 enero de 1993, se afirma que “La

incompetencia manifiesta no puede ser referida sólo a la materia o al territorio, sino que también puede ser vicio grave y relevante el supuesto en que se produjera una incompetencia jerárquica. En cualquier caso, el hecho concreto de la incompetencia del órgano [art. 47.1.a) de la LPA] ha de ser jurídicamente relevante y esencialmente grave en términos tales que no sea necesario ningún esfuerzo de interpretación para apreciar el vicio”».

Consideraciones jurídicas que, si bien se refieren a la anterior normativa en materia de procedimiento administrativo, siguen siendo de aplicación a la vigente regulación jurídica contenida en el art. 47.1, letra b) LPACAP».

En este caso, en virtud de lo anteriormente expuesto, resulta evidente e incontrovertible que el Acuerdo declarado nulo por diversas resoluciones judiciales, esto es, el Acuerdo Plenario día 7 de abril de 2016, por el que se aprobó definitivamente un expediente de modificación presupuestaria, tenía un objeto cuya competencia material solo corresponde al Pleno del Ayuntamiento, pues, como se afirma en la Propuesta de Resolución, el art. 22.2.e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que:

«Corresponden, en todo caso, al Pleno municipal en los Ayuntamientos, y a la Asamblea vecinal en el régimen de Concejo Abierto, las siguientes atribuciones:

La determinación de los recursos propios de carácter tributario; la aprobación y modificación de los presupuestos, y la disposición de gastos en materia de su competencia y la aprobación de las cuentas; todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales».

Por tanto, de acuerdo con ello, la resolución por la que se ejecute las referidas sentencias antes indicadas, dejando sin efecto el correspondiente acuerdo plenario de contenido presupuestario, solo le corresponde al propio Pleno municipal y, sin embargo, las dos resoluciones administrativas objeto del presente procedimiento de revisión de oficio inciden de forma inmediata y directa en los efectos jurídicos del Acuerdo plenario nulo; pues la Resolución del Concejal Delgado de 26 de agosto de 2019 reduce a partir del mes de agosto de 2019 las nóminas de los tres funcionarios interesados en el presente procedimiento, la cual evidencia por sí misma su naturaleza presupuestaria, y el Decreto de la Alcaldía de 13 de junio de 2019 igualmente objeto de revisión deja sin efecto alguno un acuerdo plenario, por tanto, producen sus efectos en un ámbito material, el presupuestario, más concretamente el propio de la modificación presupuestaria, cuya competencia material corresponde solo al Pleno municipal.

Es evidente que se ha incurrido de este modo en un vicio de incompetencia manifiesta y grave, porque de este modo se ha invadido el ámbito material de las competencias atribuidas al máximo órgano representativo de la Corporación local concernida por medio de las resoluciones cuya revisión se pretende **(DCC 17/2023)**.

E. 6. Supuestos tasados y excepcionales

E. 6. 1. Acto dictado al amparo de normas declarados inconstitucionales

Ha de advertirse con carácter previo al análisis de los motivos alegados por la reclamante, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso, por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella sólo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 430/2017, de 14 de noviembre, 438 y 446/2016, de 27 de diciembre, 23/2017, de 24 de enero, 43/2017, de 8 de febrero, 79/2017, de 15 de marzo, que reiteran anteriores pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

La declaración de nulidad y sus motivos han de analizarse, pues, con carácter restrictivo, ya que la revisión de oficio no es en modo alguno un cauce para decidir cuestiones que debieron haber sido resueltas por las vías de impugnación ordinarias.

Esto es, la revisión de oficio es una vía excepcional que sólo se puede utilizar cuando se den las causas tasadas previstas legalmente, entre las que no se encuentra expresamente contemplada como tal la declaración de inconstitucionalidad de la Ley al amparo de la cual se hayan dictado los actos que se pretenden revisar. Por ello, no podría emplearse para revisar las situaciones que ya no se puedan impugnar al amparo de los procedimientos generales de revisión previstos legalmente.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), ha señalado que *«la finalidad que está llamada a cumplir la revisión de los actos nulos (...) es facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen algunos actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva», ampliando las posibilidades impugnatorias «en equilibrio con la seguridad jurídica».*

Igualmente, ya nos hemos pronunciado ante procedimientos de revisión de oficio instados por particulares sobre supuestos similares de liquidaciones del IIVTNU, en nuestros Dictámenes 247/2019, de 24 de junio y 429/2019, de 26 de noviembre, citados también, entre otros, en nuestros Dictámenes 24/2020, de 23 de enero, 42/2020, 43/2020, ambos de 30 de enero, 53/2020, 54/2020, y 55/2020, de 13 de febrero, 368/2021, 8 de julio, 364/2022, de 6 de octubre, o 368/2020, de 5 de octubre, en procedimientos similares, insistiendo en el carácter restrictivo de esta vía, cuando decíamos lo siguiente:

«En este sentido, y reiterando el hecho de la interpretación restrictiva de las causas de nulidad, amén de lo ya expuesto acerca de la firmeza del acto que nos ocupa, debemos recordar que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto no es causa «per se» de la nulidad de los actos dictados a su amparo con anterioridad a dicha declaración de nulidad, si sobre el acto administrativo no recae alguna de las causas de nulidad legalmente previstas.

Y la revisión de oficio, que es una vía excepcional como ya se ha indicado, sólo se puede utilizar cuando se den las causas tasadas previstas legalmente, entre las que no se encuentra expresamente contemplada como tal la declaración de inconstitucionalidad de la ley al amparo de la cual se hayan dictado los actos que se pretenden revisar.

Por ello, sin perjuicio de que en algunos casos especiales puedan servir para reabrir una situación que pareciera consolidada (si concurriera en el acto de aplicación de una norma alguna de las causas de nulidad legalmente previstas), no podría emplearse para revisar situaciones que no se pueden impugnar al amparo de los procedimientos generales de revisión previstos legalmente.

En relación con la eficacia de las sentencias firmes anulatorias de disposiciones de carácter general en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativo, así también nos manifestamos en nuestro reciente Dictamen 290/2019, respecto de los actos anteriores y firmes dictados en su aplicación» (DCC 3/2023).



Sobre la incidencia de esa declaración de inconstitucionalidad en relación con los tributos que ya han sido objeto de liquidación, la doctrina del Tribunal Constitucional conduce a distinguir dos categorías: la relativa a la eficacia de los pronunciamientos de inconstitucionalidad de leyes, cuya determinación corresponde al propio Tribunal ex art. 161.1.a) de la Constitución Española (CE); y el cauce, procedimiento o institución dirigido a reconocer esa eficacia en cada caso concreto, cuestión de legalidad ordinaria y, por tanto, que corresponde resolver a los Tribunales con sujeción al canon de razonabilidad ex art. 24.1 CE.

El propio Tribunal Constitucional ha declarado inatacables, por exigencias de seguridad jurídica, las situaciones «*judicialmente consolidadas*» con las solas «*excepciones tasadas de la regla general*» comprendidas en el art. 40 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional -LOT- (la única excepción es que se trate de procesos penales o contencioso administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad), excepciones que han de ser interpretadas restrictivamente. Y ha considerado situaciones «*judicialmente consolidadas*» no sólo las decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada, sino también las establecidas mediante «*actuaciones administrativas firmes*» [STC 45/1989, FJ

11.º; STC 189/2005, de 7 de julio (FJ 9.º); STC 60/2015, 18 de marzo (FJ6.º); STC 61/2018, 7 de junio (FJ 11.º), etc.].

En consecuencia, la invalidez de la norma por inconstitucionalidad desplegará toda su eficacia respecto de los actos administrativos que, en la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional, estén pendientes de reclamación o de recurso administrativo o judicial.

Además, como bien apunta la Propuesta de Resolución, las dudas sobre esta cuestión han sido despejadas claramente por la STC 126/2019, de 31 de octubre, en cuyo Fundamento Jurídico 5.a), tras declarar también inconstitucional el art. 107.4 TRLHL -en los términos señalados en este FJ 5- se indica lo siguiente:

«Ha de añadirse una precisión sobre el alcance concreto del fallo. Por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y al igual que hemos hecho en otras ocasiones (por todas, SSTC 22/2015 de 16 de febrero, FJ 5, y 73/2017, de 8 de junio, FJ 6), únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía en ellas una resolución administrativa o judicial firme».

A mayor abundamiento, este criterio ha sido recogido por la STS 722/2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de marzo de 2020, dictada en el recurso de casación contencioso-administrativo n.º 5923/2018, en la que se fija doctrina de interés casacional (FJ 5). En idéntico sentido se pronuncia la STS 984/2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de mayo de 2020, dictada en el recurso de casación contencioso-administrativo n.º 1068(2019 (FJ 2).

Finalmente, como apuntamos más arriba, la anterior jurisprudencia constitucional ha sido confirmada y ampliada por la más reciente STC 182/2021, de 26 de octubre (**DCC 3/2023**).

E. 7. Cualquier otro supuesto legalmente dispuesto.

E. 7. 1. Carecer de consignación presupuestaria

Por tanto, la cuestión ha de centrarse en la ausencia de crédito para la modificación del proyecto en cuestión.

Pues bien, en el expediente consta una solicitud de modificación de crédito, efectuada por el Centro Gestor desde el 22 de agosto de 2022 al Órgano de Gestión Presupuestaria, que no consta que fuera resuelta, al menos en cuanto a la modificación del proyecto que nos ocupa, en el ejercicio presupuestario de 2022, puesto que es ya en el ejercicio presupuestario de 2023 cuando aparece el correspondiente documento contable de reserva de crédito (RC), con fecha de 20 de enero de 2023, lo que quiere decir que en el ejercicio presupuestario de 2022 no existía crédito para el modificado y que la modificación presupuestaria iniciada no

culminó antes de que concluyeran las obras y el ejercicio presupuestario en el que se ejecutó la obra y el modificado.

No cabe duda, por tanto, de que para contratar -y, en este caso modificar un contrato- la Administración Pública ha de disponer de una previa consignación presupuestaria, y que la ausencia de la misma determina la nulidad de pleno Derecho del contrato.

Sobre esta cuestión, la jurisprudencia viene considerando que no cabe la adjudicación de ningún contrato sin la existencia de consignación, e incluso que no cabe la iniciación del expediente de contratación sin ella. El Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 8 de junio de 2004 (RJ 2004/3882), en cuanto que acepta los fundamentos de la sentencia apelada, explica lo siguiente: *«No pueden adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gasto, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan esta norma e igualmente son nulos de pleno derecho los actos de adjudicación de contratos que carezcan de consignación presupuestaria»*. En Sentencia de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999\5199) se situaba la nulidad de pleno Derecho en concreto en el acto de la adjudicación, considerando que en los actos previos era solo motivo de anulabilidad: *«Referida con carácter general la nulidad de pleno derecho en el ámbito de la contratación administrativa a los supuestos del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo (artículo 41 del Reglamento General de Contratación), el sentido propio y sustancial de los tipos en él descritos responden a una esencial gravedad, intensidad y trascendencia de las infracciones cometidas, como corresponde a una consecuencia jurídica -cual es la nulidad radical- que se puede hacer valer incluso fuera de los plazos normalmente establecidos para impugnar las actuaciones administrativas. Ahora bien, trasladando esta concepción a los casos específicos previstos en los apartados b) y c) del mencionado artículo del Reglamento, también respecto de ellos ha de predicarse que su ámbito sea solamente comprensivo de los casos de infracciones legales de más evidente gravedad, de modo que sólo de ellos pueda extraerse la conclusión de que la nulidad que produzcan alcance el efecto de radicalidad propio de las nulidades absolutas o de pleno derecho. Atendiendo a este criterio de interpretación, es obligado reconocer que en nada ha de variarse el literal sentido del citado apartado c) del artículo 141 del Reglamento de Contratación, que claramente limita el supuesto normativo de la nulidad de pleno derecho a la circunstancia de que efectivamente se haga la adjudicación sin que medie la pertinente consignación presupuestaria, sin que por eso pueda entenderse comprendido en el apartado el caso aquí debatido, en que se tramitó el expediente sin dicha consignación, la cual, sin embargo, ya existía al tiempo de adjudicarse el contrato, sin que esta doctrina sea desmentida por las sentencias que cita la parte, porque en ellas se trata de adjudicaciones en que la falta de consignación presupuestaria no se había limitado a los actos preparatorios, sino que había permanecido inexistente al perfeccionarse el correspondiente contrato»*. Conforme a esta tesis jurisprudencial, pues, no solo en el momento en que se adjudica el contrato, se perfecciona el mismo y, por tanto, cuando se adquiere el compromiso de gasto es cuando debe existir ya la consignación presupuestaria; también cuando se autoriza ese compromiso de gasto, esto es, cuando se

autoriza el gasto, que es al iniciarse el expediente, aunque la invalidez se vuelva radical y, por tanto, insubsanable a partir de la adjudicación.

Además, como recuerda el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002\2248): *«Los Presupuestos Generales de las entidades locales representan el instrumento mediante el que éstas ejercen la facultad de ordenar los recursos propios con el fin de disponer libremente de ellos en el ejercicio de sus competencias, como manifestación de la autonomía local, conforme al artículo 9.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988. Sin embargo, el Presupuesto no tiene como finalidad el reconocimiento de obligaciones de carácter económico, sino que constituye la forma de autorizar los créditos para el cumplimiento de las reconocidas o que puedan reconocerse con arreglo al ordenamiento jurídico local, mediante la fijación de unas previsiones o límites máximos, que han de establecerse partiendo de la disposición de los recursos previstos en el propio Presupuesto. En consonancia con ello, el artículo 153 de la Ley de Haciendas Locales dispone que los créditos autorizados tienen carácter limitativo y vinculante y el artículo 154 añade que las obligaciones de pago sólo serán exigibles de la Hacienda Local cuando resulten de la ejecución de sus respectivos Presupuestos con los límites señalados en el artículo anterior, o de sentencia judicial firme. De ello se infiere que la elaboración de los Presupuestos Generales de la Corporación tiene como principal finalidad la fijación de los límites económicos a los que debe ajustarse la contracción de obligaciones durante el ejercicio correspondiente, y por ello el artículo 143 de la Ley de Haciendas Locales los define, en el aspecto pasivo, como la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer la Entidad y sus Organismos Autónomos. El artículo 146, a su vez, define los estados de gastos como aquellos en los que se incluirán, con la debida especificación, los créditos necesarios para atender al cumplimiento de las obligaciones».*

Precisamente, sobre los créditos presupuestarios en las entidades locales, dice el Tribunal Administrativo de Navarra, en su Resolución 439/2011, de 25 de enero, con cita de su Resolución 9484/2010, de 3 de noviembre, que *«[e]n la Administración Local no existe el mecanismo de control parlamentario sobre el ejecutivo; los presupuestos son aprobados por la propia entidad local y no tienen rango de ley. No obstante, las consecuencias del incumplimiento de las normas presupuestarias han de ser las mismas. Los presupuestos de las entidades locales tienen carácter de disposición general; aunque la propia entidad local puede modificarlos mediante el procedimiento y con los requisitos previstos en la ley, lo que no puede hacer es incumplirlos y dictar actos que no se sometan a sus límites, pues de otro modo infringiría el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Suponer que se puede iniciar un expediente sin consignación presupuestaria previa para atender los gastos que va a generar, autorizar el gasto o reservar el crédito sin que esté previsto en el presupuesto y suponer que tal vicio es subsanable con posterioridad mediante la modificación presupuestaria efectuada por el propio órgano que aprueba el expediente es tanto como afirmar que el incumplimiento de la norma es siempre subsanable mediante modificación de la propia norma, lo que llevaría en la práctica a la negación del principio de sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico».*

En definitiva, la causa de nulidad de pleno derecho contenida en el art. 39.2.b) LCSP (carencia o insuficiencia de crédito presupuestario) es autónoma y diferente de la causa contenida en el art. 47.1.e) LPACAP, por remisión del art. 39.1 LCSP (ausencia total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido), que es la causa citada en la Propuesta de Resolución, sin concretarse en la misma, además, en qué ha consistido.

En consecuencia, la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad establecida en el art. 39.2 b) LCSP (carencia o insuficiencia de crédito) por cuanto, aunque la modificación del proyecto con variación económica -y, por tanto del contrato- se ha iniciado por la Dirección Facultativa y se haya autorizado el proyecto modificado por el órgano de contratación y el contratista ha mostrado su conformidad, constando también los demás informes exigidos por el art. 242.5 LCSP para la continuación de las obras, se ha ejecutado sin la debida existencia de crédito presupuestario para ello (**DCC 518/2023**).

F. Procedimiento

F. 1. Plazo

F. 1. 1. Suspensión

En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, se entiende que el presente procedimiento administrativo de revisión de oficio no está caducado.

Respecto a esta cuestión, el art. 106.5 de la LPACAP prevé que *«cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo»*.

La caducidad de los procedimientos iniciados de oficio constituye un mecanismo que tiene por objeto imponer a la Administración el cumplimiento de los plazos en cada caso establecidos para resolver y notificar la resolución, evitando una dilación injustificada del procedimiento en perjuicio de los administrados y en detrimento de la seguridad jurídica, máxime cuando la resolución que se dicte pueda comportar efectos desfavorables para los interesados. Ello justifica que el art. 25.1.b) LPACAP expresamente establezca que, en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 95 LPACAP.

Ahora bien, esta consecuencia (caducidad), no impide que en ese procedimiento se pueda acordar la suspensión por los motivos que se prevén en la propia Ley, dado que ni el art. 22 ni el citado art. 25, ambos de la LPACAP, lo impiden, con carácter general, para aquellos procedimientos que la Ley sanciona con la caducidad, ni específicamente lo prevé el art. 106 del mismo cuerpo legal para la revisión de oficio.

Así, la posibilidad de suspensión por esta causa se encuentra contemplada en el art.22.1.d) LPACAP, que dispone:

«1. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

(...)

d) Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento».

De esta forma, es el precepto transcrito el que habilita la suspensión del plazo a los efectos de la solicitud de dictamen al órgano consultivo, si bien cumpliendo los requisitos que al efecto se imponen.

Requisitos que se concretan en el acuerdo expreso de suspensión, pues no opera de forma automática, ya que se configura, en todo caso, como una facultad de la Administración, que puede, por tanto, ser o no ejercida, si bien, en relación con la solicitud de dictamen del órgano consultivo, el Tribunal Supremo considera eficaz que tal suspensión se adopte en la misma solicitud de dictamen. Además, ha de ser comunicada a los interesados, así como la recepción del dictamen, ya que con ello se pone en su conocimiento, respectivamente, las fechas en que se inicia y finaliza la suspensión.

Requisitos que se cumplen en el presente expediente, toda vez que con fecha 18 de julio de 2022 se dictó Decreto de la Alcaldía por el que se acordó expresamente, entre otros extremos, *«suspender el plazo máximo legal para resolver el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del Dictamen, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos»*. Resolución que fue notificada a los interesados el día 26 de julio de 2022.

De tal modo que, habiéndose incoado el procedimiento de revisión de oficio el día 5 de mayo de 2022, y acordándose su suspensión el día 18 de julio de 2022, el plazo legal de los seis meses establecido en dicho art. 106.5 de la LPACAP no se ha superado, y, por ende, el procedimiento no se encuentra caducado.

Por último, tampoco puede obviarse que, si bien los órganos consultivos no constituyen administración activa, como se ha señalado reiteradamente en la doctrina de este Consejo Consultivo, su dictamen se inserta en todo caso dentro del procedimiento de revisión de oficio como un trámite preceptivo y necesario a efectos de poder dictar la resolución finalizadora de tal procedimiento. En esta medida, la emisión de dictamen también computa dentro del plazo de tal procedimiento y no al margen de éste (**Doctrina reiterada en los DDCC 6/2023 y 170/2023**).

F. 2. Procedimiento de nulidad de actos tributarios

Tal como hemos señalado, al procedimiento de nulidad del art. 217 LGT le es aplicable, en sus líneas esenciales, la doctrina de la revisión de oficio de actos nulos de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, contenida en la LPACAP, no obstante, ser de preferente aplicación la legislación específica en materia tributaria, por mandato de la Disposición Adicional Primera LPACAP.

En virtud de los pronunciamientos efectuados por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia 410/2008, de 13 de junio (Rec. 169/2006), confirmada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2012 (Rec. 4318/2008), y 396/2011, de 31 de mayo (Rec. 1906/2008), es de aplicación la doctrina general sobre la revisión de oficio, aun cuando se trate de un procedimiento regulado en el art. 217 LGT, porque los rasgos esenciales del procedimiento de revisión de oficio son comunes a todos los procedimientos, siendo de aplicación supletoria la LPACAP, respecto de los procedimientos especiales en materia tributaria [Disposición Adicional Primera, apartado 2 a) LPACAP].

Además, en la Sentencia 628/2019 de 14 mayo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, de dicho Tribunal, se recuerda la doctrina jurisprudencial relativa a la revisión de los actos tributarios firmes, señalando que:

«a) El procedimiento de revisión de actos nulos de pleno Derecho constituye un cauce extraordinario para, en determinados y tasados supuestos (los expresados en el apartado 1 del artículo 217 LGT), expulsar del ordenamiento jurídico aquellas decisiones que, no obstante su firmeza, incurren en las más groseras infracciones del ordenamiento jurídico (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 (RJ 2018, 486), dictada en el recurso de casación núm. 122/2016).

b) Tal procedimiento sacrifica la seguridad jurídica en beneficio de la legalidad cuando ésta es vulnerada de manera radical, lo que obliga a analizar la concurrencia de aquellos motivos tasados “con talante restrictivo” (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013 (RJ 2013, 4468), dictada en el recurso de casación núm. 6165/2011).

c) La acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto tributario firme, sino solo aquellas que constituyan un supuesto tasado de nulidad plena, previsto en el artículo 217 de la Ley General Tributaria, de manera que “la revisión de oficio no es remedio para pretender la invalidez de actos anulables, sino solo para revisar actos nulos de pleno derecho” (sentencia de 14 de abril de, dictada en el recurso de casación núm. 3533/2007)» (DCC 311/2023).

G. Nulidad de los actos preparatorios o de adjudicación de los contratos

G. 1. Causas

G. 1. 1. Prescindir del procedimiento establecido

Por otra parte, en efecto, como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en numerosas ocasiones, la contratación pública tiene un marcado carácter formalista (art. 37 LCSP), lo que se traduce en el necesario cumplimiento de una serie de exigencias procedimentales destinadas a disciplinar la preparación (arts. 115 y ss. LCSP), adjudicación (arts. 131 y ss. LCSP) y posterior formalización de los contratos públicos (arts. 36, 37 y 153 LCSP) -tanto administrativos como privados en virtud de la doctrina de los actos separables-. De tal suerte que, cuando se omite totalmente dicho procedimiento (o, en su caso, alguno de sus trámites *esenciales*), la actuación administrativa -constitutiva de una auténtica vía de hecho-, sólo puede ser calificada como nula de pleno derecho ex art. 62.1, letra e) LRJAP-PAC.

En este sentido, resulta oportuno traer a colación lo manifestado por este Consejo Consultivo al hilo del tratamiento de la contratación administrativa irregular [esto es, «(...) *prescindiendo de toda formalidad procedimental y del resto de requisitos exigidos por la normativa reguladora de la materia*»]. Así, en la doctrina expuesta en el Dictamen 220/2013, de 19 de junio y reiterada en el reciente Dictamen 478/2020, de 19 de noviembre, se indica lo siguiente:

«En relación con los supuestos de contratación irregular este Organismo se ha pronunciado de forma reiterada y constante en diversos Dictámenes, considerando que, en tales casos, estamos ante una causa de nulidad de pleno derecho, concretamente, la establecida en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC. Así, en el Dictamen 283/2010, se señala:

“A estos efectos procede resaltar que las normas de procedimiento, a través de las cuales el Ordenamiento determina el cauce al que ha de someter su actuación la Administración en cada momento, son de derecho necesario y de estricta observancia, sin que la Administración pueda disponer libremente de las mismas. En el sector de la contratación, la legislación es además especialmente rigurosa al exigir el cumplimiento de los trámites relativos a la preparación y adjudicación de los contratos, en orden a asegurar no sólo el interés público a procurar en cada momento y el adecuado control de la existencia del presupuesto necesario, sino también el respeto a principios tan esenciales en este ámbito de actuación administrativa como son los de publicidad y concurrencia (salvo las excepciones que establece la propia Ley), o bien, los de igualdad y no discriminación (artículo 11.1 TRLCAP)».

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, y en lo que se refiere a la causa de nulidad del art. 47.1, letra e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha indicado lo que a continuación se expone (Dictamen 212/2017, de 4 de julio):

«Así lo ha venido reconociendo de forma reiterada este Organismo –véanse los Dictámenes 182/2015, 271/2014, 116/2014, entre otros-, siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Supremo al señalar que la expresión legal “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido” hay que referirla pues no sólo al supuesto en que el acto se produce sin la instrucción previa de procedimiento alguno sino también a la omisión de los trámites esenciales, integrantes de un procedimiento determinado, y a aquellos casos en que la Administración ha observado un procedimiento total y absolutamente distinto al concreto establecido en la Ley (SSTS de 21 de marzo de 1988, 29 de junio de 1990, 31 de enero de 1992, 28 de diciembre de 1993, 15 de junio de 1994, 17 de noviembre de 1998, 17 de marzo de 2000, entre otras)” (véase, entre otros, el reciente Dictamen 155/2017, de 11 de mayo)» (DCC 37/2023).

G. 2. Cauce procedimental

G. 2. 1. Revisión de oficio

Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo, se ha de señalar que es criterio jurídico mayoritariamente aceptado el que, en los casos de contratación irregular, esto es, supuestos en los que un contratista ha procedido efectiva y materialmente a ejecutar una obra o a prestar un servicio o suministro en favor de la Administración, pero con incumplimiento de las normas presupuestarias (contrataciones sin crédito presupuestario) y/o de contratación aplicables (existe crédito pero no cobertura contractual, bien por haber expirado el plazo de duración y sus prórrogas, bien por haber contratado verbalmente fuera de los casos permitidos por el ordenamiento y prescindiendo de toda formalidad procedimental, esto es, sin tramitar el correspondiente expediente de licitación destinado a la preparación, adjudicación y formalización del contrato de acuerdo con la legislación en materia de contratación pública o, en general, por haber sido celebrado concurriendo alguna causa de nulidad de pleno derecho), y al objeto de compensar al contratista por las prestaciones ejecutadas -a favor de la Administración- en cumplimiento de un contrato nulo de pleno derecho (evitando así, el correspondiente injusto o enriquecimiento sin causa de la Administración Pública), procede acudir al procedimiento de revisión de oficio establecido en el Capítulo I del Título V LPACAP (art. 106 LPACAP, al que remite íntegramente el art. 41.1 LCSP). De tal manera que, cuando existe un contrato nulo de pleno derecho, el cauce procedimental para proceder al pago al contratista por los trabajos ya ejecutados es el marcado legalmente; debiendo la Administración Pública declarar, previamente, la nulidad de la contratación a través del cauce de la revisión de oficio ex arts. 41.1 LCSP y 106 LPACAP.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (Consideración III), en donde se sostiene que la vía adecuada en supuestos de contratación viciada de nulidad de pleno derecho es la declaración de nulidad por el órgano

competente, previa tramitación del procedimiento de revisión de oficio, de conformidad con el art. 106 LPACAP. En este sentido, se expone lo siguiente:

«(...) por mucho que la práctica y doctrina anterior a la introducción del artículo 35.1 en la legislación de contratos hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento.

Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato.

Por tanto, con el artículo 35.1 de la Ley de Contratos lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo artículo 35 regula para cuando se produzca tal nulidad.

Ello no obstante, nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».

En idénticos términos se han pronunciado otros Consejos Consultivos. Así, se puede traer a colación lo señalado por el Dictamen 33/2016, de 11 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (Consideración de Derecho cuarta):

«Como ya indicamos en nuestro anterior dictamen sobre este mismo asunto (Dictamen Núm. 8/2016), tras la entrada en vigor del artículo 35 de la LCSP, la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe; norma legal que, según expone el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, puso fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal sobre el posible origen, contractual o extracontractual, de las obligaciones que habría de asumir la Administración en estos casos para evitar el resultado antijurídico de la apropiación de unos servicios sin compensar al contratista».

Asimismo, el propio Consejo Consultivo de Canarias en supuestos de contratación verbal, efectuada no solo en contra de la prohibición legal al respecto (actual art. 37 LCSP), sino, además, «(...) prescindiendo de toda formalidad procedimental y del resto de requisitos exigidos por la normativa reguladora de la materia», ha venido sosteniendo el mismo criterio jurídico que el Consejo de Estado. Así, en su Dictamen 220/2013, de 19 de junio, se indica lo siguiente:

«En cuanto al cauce formal y procedimental al que corresponde tratar este asunto, también se ha manifestado este Organismo, por ejemplo, en el Dictamen 128/2010 en el que se afirma que:

“La circunstancia de que la prestación objeto de este contrato se haya efectivamente ejecutado y que la Administración haya procedido a su abono, no enervan ni convalidan, por el régimen propio de la nulidad de pleno derecho, las causas de nulidad en que hubiera incurrido la contratación. Por ello, si la Administración advierte la presencia de una causa de nulidad de pleno derecho, lo procedente, como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/1998, es la tramitación del procedimiento de revisión de oficio contemplado en el artículo 102 LRJAP-PAC y no el de resolución contractual, que presupone, por lo demás, la existencia de un contrato válido.

Frente a la argumentación vertida en la Propuesta de Resolución acerca de la existencia del contrato y en consecuencia su posibilidad de resolución, la jurisprudencia lo único que ha reconocido en los casos de nulidad contractual es el derecho del contratista a percibir el valor de la prestación realizada al amparo de la doctrina del enriquecimiento sin causa: si a pesar de la nulidad del contrato el contratista ha realizado su prestación, se ha producido para la Administración un enriquecimiento sin causa o injustificado en la medida en que el contrato es nulo y ello determina la necesidad de restituir al contratista el valor de su prestación. Pero resultando el contrato nulo, su mera existencia en los términos que parecen deducirse de la Propuesta de Resolución, no habilita para iniciar y culminar un procedimiento de resolución. En definitiva, la apreciación de causa de nulidad de pleno de derecho del contrato adjudicado por el Ayuntamiento determina que no sea procedente la resolución del contrato, sino la tramitación del procedimiento de revisión de oficio (...). Por lo demás, las prestaciones efectuadas con posterioridad a la extinción del contrato que eventualmente se hubiere acordado verbalmente no pueden, como es obvio, ampararse en prórrogas, encima tácitas y, por tanto irregulares de tal contrato, imposibles al estar extinguido, siendo por consiguiente conectables a otro contrato similar al previo y que, por idéntica razón, incurre en la misma causa de nulidad, independiente de que proceda su abono para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración».

Finalmente, existen diversos pronunciamientos de la jurisprudencia menor que han venido a acoger la doctrina sentada por el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre, y que anulan el «reconocimiento extrajudicial de créditos» acordado por las entidades locales como remedio para pagar al contratista que ejecutó la prestación en virtud de un contrato nulo. Entendiendo que, actuando de esa manera, se ha omitido totalmente el procedimiento aplicable en estos casos: el marcado por el actual art. 42.1 LCSP. Es decir, previa declaración de nulidad del contrato y reconocimiento consiguiente de indemnización al empresario.

Así, resulta especialmente ilustrativa la Sentencia n.º 148/2017, de 12 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Oviedo. En ella se analiza el marco normativo aplicable y se trae a colación lo expuesto en el Dictamen del Consejo de Estado 1724/2011 de 21 de diciembre, así como en el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 33/2016, de 11 de febrero de 2016; señalando que los vicios puestos de manifiesto son de nulidad de pleno derecho, al haberse incurrido en omisión total del procedimiento de contratación aplicable y haberse incurrido en una *«falta gravísima de dotación presupuestaria»*. Concluyendo que, *«por tanto, el punto de partida de la actuación municipal está viciado en la medida en que, entre la pretendida opción entre revisión de acto nulo y ejecución extrajudicial de crédito, en realidad y a juicio de este Juzgado, no tenía otra alternativa que seguir la primera»*. Y estimando, en consecuencia, el recurso contencioso-administrativo.

Idéntica línea argumental se mantiene en las Sentencias n.º 128/2017 de 27 de junio o n.º 213/2017, de 20 de octubre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Tarragona (**Doctrina reiterada en los DDCC 26/2023, 27/2023 y 170/2023**).

G. 3. Dictamen del Consejo Consultivo. Preceptividad sin oposición del contratista

Hasta ahora, este Consejo Consultivo venía emitiendo dictamen sobre estos expedientes de revisión de oficio por aplicación de lo dispuesto en el apartado primero del art. 41 LCSP que remite al capítulo I del título V LPACAP relativo a la revisión de oficio (art. 106 LPACAP, al que remite íntegramente el mencionado artículo de la LCSP) pero sólo cuando existiera oposición del contratista, por entender aplicable a dichos supuestos el art. 191.3 LCSP.

No obstante, el análisis conjunto de la normativa vigente así como de la doctrina y jurisprudencia existente sobre supuestos similares al que nos ocupa, nos lleva a considerar que la emisión de dictamen por este Organismo es preceptiva independientemente de la existencia o no de oposición del contratista.

En efecto, el art. 41 LCSP remite al capítulo I del Título V LPACAP, en el que se encuentra el artículo 106 relativo a la revisión de disposiciones y actos nulos, precepto que exige siempre el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

Esto es, la propia norma especial de contratación se remite a la norma de procedimiento administrativo común, relativa a los *actos administrativos*, y no a los negocios jurídicos bilaterales. Ello justifica la remisión a este procedimiento en caso de que pretenda declararse la nulidad de aquellos actos, en tanto que tienen la condición de actos administrativos.

La remisión, además, se efectúa *in toto* y sin establecer especialidad alguna en atención a que constituyen actos que se incardinan en un procedimiento de contratación. Ha de tramitarse, pues, siguiendo el específico procedimiento previsto en la LPACAP en el que se incluye el informe preceptivo y obstativo del Organismo Consultivo (art. 106.1) y su intervención no se hace depender de la oposición del contratista, como tampoco en ningún otro supuesto de nulidad de los actos administrativos se vincula la emisión del dictamen a la oposición de la persona afectada por el acto objeto de revisión (por ejemplo, declaración de nulidad de una licencia urbanística). La LCSP no ha introducido, por tanto, ninguna especialidad cuando de los actos que ahora nos conciernen se trata.

Pero es que, además, en estos casos de ausencia de las normas de preparación y adjudicación del contrato, el vicio afecta a principios elementales de la contratación como la libre concurrencia, la publicidad y la transparencia, por lo que la garantía institucional del dictamen del Consejo Consultivo, establecida en favor del interés público y de todos los ciudadanos, y en particular de todos los interesados en la contratación, no puede depender de la voluntad del contratista.

Por el contrario, el art. 191 LCSP se ubica sistemáticamente en la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del libro II (de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos), lo que lleva a considerar que cuando este artículo se refiere a la prerrogativa de la Administración de interpretar, declarar la nulidad o la resolución del contrato, se entiende que es de un contrato que ha seguido todo el trámite procedimental precontractual a que se refieren las dos primeras secciones del capítulo I del Título I del libro II (relativas a la preparación y adjudicación de los contratos).

Así las cosas, ha de concluirse que, en los casos en los que se produce ausencia total de procedimiento o no se sigue el procedimiento legalmente establecido se debe entender que estamos ante vicios del orden público jurídico, lo que justifica de por sí que se exija el dictamen del órgano consultivo con carácter preceptivo, pues es una garantía establecida con carácter básico por el ya mencionado art. 106 LPACAP para los supuestos de revisión de oficio, precepto a los que se remite el art. 41 LCSP también básica (**DCC 72/2023, 170/2023 y 171/2023**).

G. 4. Efectos de la declaración de nulidad

G. 4. 1. Liquidación del contrato

Efectivamente, como se ha señalado en múltiples ocasiones por este Consejo Consultivo, en lo que se refiere al momento procedimental en el que procede efectuar el cálculo de la liquidación del contrato, cabe recordar que el art. 42.1 LCSP establece que aquella

fase se producirá una vez firme la resolución por la que se acuerde la revisión de oficio (a través del oportuno expediente contradictorio).

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), *«(...) nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma»*.

De esta manera, resulta posible resolver de forma conjunta sobre la nulidad del acto de contratación afectado y sobre la liquidación y, en su caso, sobre la indemnización que proceda (art. 42.1 LCSP) **(Doctrina reiterada en los DDCC 26/2023 y 27/2023)**.

G. 4. 2. Beneficio industrial

Respecto al abono de las facturas, la Propuesta de Resolución, propone pagar el importe de las facturas correspondientes con exclusión del beneficio industrial.

Como se ha señalado en múltiples ocasiones por este Consejo, en lo que se refiere al momento procedimental en el que procede efectuar el cálculo de la liquidación del contrato, cabe recordar que el art. 42.1 LCSP establece que aquella fase se producirá una vez firme la resolución por la que se acuerde la revisión de oficio (a través del oportuno expediente contradictorio).

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), *«(...) nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma»*.

De esta manera, resulta posible resolver de forma conjunta sobre la nulidad del acto de contratación afectado y sobre la liquidación y, en su caso, indemnización que proceda (art. 42.1 LCSP).

Se ha extendido la idea en los Consejos Consultivos de que es necesario desincentivar este tipo de actividades irregulares, cuando se aprecia concurrencia de culpa del contratista junto a la de la Administración (cuestión ésta que debe ser apreciada caso a caso), estableciendo que solo se debe restituir el coste efectivo del suministro o servicio, y no su

precio de mercado, excluyendo el beneficio industrial u otros componentes retributivos propios de la contratación válidamente celebrada [Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 2/1995 y 244/2020 (entre otros muchos), DCC Aragón 5/2020, DCC Baleares 38/2013, Madrid 513/17, Murcia 257/14]. En el mismo sentido, la Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Intervención General y la Directora de la Abogacía de Las Islas Baleares.

No obstante, en los casos de buena fe del contratista que hemos de presumir en este caso (art 434 del código civil), dado que se prorrogó el Acuerdo Marco formalmente por el Consejo de Gobierno Insular el 23 de diciembre de 2021 con anterioridad a la expiración del contrato basado el 10 de febrero de 2022 y lo señalado en el art. 29 y 219.3 LCSP y 33.4 del PCAP, se incurrió en el error de entender prorrogado tácitamente el contrato basado.

Este Consejo Consultivo ha venido sosteniendo (por ejemplo DCC 267/2022, de 30 de junio), que procede restituir el valor total de la prestación sin detraer el beneficio industrial cuando hay buena fe del contratista:

«Por tanto, hemos de partir de la base de que, aunque se declare la nulidad de pleno derecho de la contratación verbal (con la consecuencia de que deba procederse a la liquidación de tal «contrato»), la realidad es que estamos ante la continuación de los servicios que se vinieron prestando hasta la finalización del contrato originario y válido y más que una verdadera contratación realizada verbalmente (pues no consta tal encargo o encomienda de carácter verbal), nos encontramos ante una prórroga carente de título administrativo, impuesta por la propia realidad y la dinámica de los hechos que implica precarizar lo que hasta ese momento se venía ejecutando -de uno u otro modo- por la empresa contratista.

Igualmente, se ha de tener en cuenta que, declarada la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación «verbal», debe estarse a lo dispuesto por el art. 42.1 LCSP, que señala lo siguiente:

«La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».

Por lo que no puede compartirse, en esta concreta cuestión, los razonamientos expuestos en la Propuesta de Resolución, por cuanto no es lógico que durante la vigencia del contrato originario se hayan venido pagando unas cantidades mensuales con normalidad y, a partir de su finalización, como consecuencia de que el servicio se continuó prestando «en precario», bajo una supuesta contratación verbal, y a raíz de la declaración de nulidad de ésta, deba verse disminuida la cantidad mensual a percibir. Ello sería tanto como privilegiar la actuación ilegal de la Administración, a la que le saldría más rentable -en términos económicos- actuar al margen de la ley y luego declarar la nulidad de su actuación; lo cual, evidentemente, contraviene los más elementales principios del Estado de Derecho.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 29 de octubre de 2019 al razonar lo siguiente:

«PRIMERO.- La deuda reclamada tiene su origen en un contrato de suministro en el que, a su finalización, la administración pidió que se continuara con el mismo hasta la adjudicación del nuevo contrato. La administración ha admitido la necesidad de la prórroga en aras al servicio al interés público, y la existencia de facturas sin abonar. Discrepa solo en el importe debido que, estima es de 41.197,55, al excluir el beneficio industrial. Estima la administración que se han producido contratos menores, todos nulos por haberse prescindido por completo de procedimiento (art. 62.1.e) Ley 30/1992). Y es que los hechos son “obra de las dos partes contratantes”. Por ello, no está conforme con el beneficio industrial.

Como decimos, la administración sostiene que no ha lugar al beneficio industrial pues nos hallamos ante un contrato nulo, sin tramitación administrativa ni disponibilidad presupuestaria.

SEGUNDO.- No hay duda alguna de que el fundamento para la estimación del recurso se halla en la doctrina del enriquecimiento injusto. Declara el Tribunal Supremo: “CUARTO.- En la STS de 21 de marzo de 1991 se afirma que “el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara.

Y recordábamos en nuestras sentencias de 18 de diciembre de 2007, recurso de casación 11195/2004, 2 de octubre de 2006, recurso de casación 1232/2004 y 20 de julio de 2005, recurso de casación 1129/2002, la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto.

O en términos de la sentencia de 18 de julio de 2003 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.

Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001).

Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la administración (sentencia de 13 de julio de 1984) así como un

pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.

Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (sentencia de 11 de julio de 2003, recurso de casación 9003/1997).

Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un Ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este Tribunal. (STS 24 de julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990). (STS 28/4/2008 citada en la STS de 14 de octubre de 2015).

TERCERO.- Conforme a la doctrina expuesta, no hay duda de que el beneficio industrial no debe excluirse, pues sea como indemnización, o como pago del precio del contrato, el contratista no quedaría indemne si se le privara del citado concepto.

Es lógico esperar del empresario que lleva a cabo una obra, que exija, y obtenga, un lícito beneficio (en una economía de mercado cual la nuestra). Lo contrario supondría admitir el absurdo de que un particular, empresario o no, trabaje para la administración sin obtener beneficio alguno. No se repararía así íntegramente el perjuicio ocasionado al contratista. Y téngase en cuenta que si el contrato es nulo, la imputación principal de esa nulidad ha de mirar a la administración.

De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que la contratista ha manifestado buena fe, prestando el servicio a satisfacción de la Administración y con plena creencia de su cobertura legal, no procede «castigarla», por una situación no buscada ni generada por ella, detrayendo un porcentaje en concepto de beneficio industrial, sino que ha de abonarse el importe total de las facturas en concepto de restitución del valor de la prestación, tal como se habría efectuado en cumplimiento del contrato original».

En el mismo sentido nos hemos pronunciado, entre otros, en nuestros Dictámenes 189/2022, de 12 de mayo, 203 y 204/2022, de 26 de mayo, 267/2022, de 30 de junio, 279/2022, de 7 de julio, y 26 y 27/2023, de 26 de enero.

*En el presente asunto, si la Administración considera en la propia Propuesta de Resolución (antecedente OCTAVO) que actuó conforme a la «confianza, expectativa o confusión de que el contrato basado se había mantenido vigente o prorrogado durante la vigencia del acuerdo marco del que trae origen», lo mismo cabe atribuir al contratista en este caso (**Doctrina reiterada en los DDCC 170/2023, 171/2023, 318/2023, 452/2023, 468/2023, 470/2023, 472/2023, 476/2023, 497/2023, 498/2023, 499/2023, 500/2023, 501/2023, 528/2023, 529/2023, 530/2023 y 531/2023).***

3. Recurso extraordinario de revisión

A. Naturaleza

A. 1. Interpretación restrictiva

Este Consejo Consultivo ha mantenido de forma reiterada y constante, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acerca de la naturaleza jurídica del recurso extraordinario de revisión (por todos, valga la cita de nuestro Dictamen 257/2022, de 21 de junio), lo siguiente:

«2. Para valorar el fondo del asunto es necesario recordar que en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2012, se señala acerca del recurso extraordinario de revisión que:

«Ante todo procede recordar que, como hemos señalado en sentencias de 31 de octubre de 2006, reiterando lo declarado en sentencia de 26 de abril de 2004 (recurso de casación n.º 2259/2000, fundamento jurídico cuarto), “(...) el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 118 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es un recurso excepcional que, aparte de una interpretación estricta de los motivos invocados -sólo los enumerados en dicho precepto-, impide examinar cuestiones que debieron invocarse en la vía de los recursos ordinarios o en el jurisdiccional contra el acto que puso fin a la vía administrativa, pues lo contrario atentaría contra la seguridad jurídica, dejando en suspenso sine die la firmeza de los actos administrativos, a la vez que permitiría soslayar la vía de los recursos ordinarios, por lo que no cabe la admisión de argumento alguno de los contenidos en la demanda que suponga el examen, más allá de los motivos específicos invocados en el recurso extraordinario, de la concurrencia de otras posibles circunstancias que pudieran afectar a la situación de los recurrentes en este tipo de recursos”.

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo y la doctrina de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 411/2017, de 7 de noviembre, y 335/2016, de 10 de octubre), la naturaleza extraordinaria del recurso de revisión y la limitación rigurosa de sus supuestos imponen la interpretación restrictiva de estos últimos ya que se trata de destruir la firmeza de un acto administrativo, sin que puedan examinarse otras cuestiones que debieron invocarse en la vía administrativa ordinaria o jurisdiccional contra el acto que puso fin a la vía administrativa», doctrina de aplicación en este supuesto (DCC 22/2023).

B. Causas de revisión

B. 1. Error de hecho. No incluye cuestiones jurídicas

Con carácter previo, hemos de advertir, como ha expresado en numerosas ocasiones este Consejo Consultivo que, dado el carácter extraordinario del Recurso de Revisión, sus causas deben interpretarse restrictivamente. Así, en este sentido, en el Dictamen 16/2020, de 16 de enero, se señala:

«El carácter “extraordinario” del recurso de revisión en la propia Ley que lo regula “conlleva una motivación tasada y, por consiguiente, limitada rigurosamente al ámbito de los motivos concretos determinantes de su incoación que, además, han de ser restrictivamente interpretados (...), sin que al socaire de aquel recurso quepan otros pronunciamientos propios de los recursos ordinarios (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, de 11 de octubre de 2004 con cita, entre otras, de las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1970, 6 de junio de 1977, 11 de diciembre de 1987, 16 de junio de 1988 y 1 de diciembre de 1992); y en todo caso “con sujeción a los presupuestos exigidos” legalmente (SAN, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, de 13 de julio de 2004).

Se parte de la premisa de que se está ante un “error de hecho”, pero para que sea admitido ese error el mismo debe resultar de los “propios documentos incorporados al expediente” (art. 118 1.1ª LRJAP-PAC) –actual art. 125.1.a) LPACAP-, de modo que si no fuera así el origen externo de la documentación aportada no permitiría -por la primera de las causas de revisión- instar la revisión extraordinaria del acto firme de que se trata.

Por lo que al error en sí mismo atañe, la Jurisprudencia (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, de 11 de octubre de 2004) ha decantado sus requisitos de concurrencia: Que sea de hecho (es decir, que verse sobre una “realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación [estando excluido] todo aquello que se refiera a cuestiones jurídicas, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración legal de las pruebas, interpretación de disposiciones legales”); que sea manifiesto (en cuanto “evidente e indiscutible”); y que resulte de los documentos aportados en el expediente, el cual se integra también por los archivos de la Administración (DCE 795/1991). Lo que no cabe es, en este punto, aportar documentos extraños obrantes ciertamente en los archivos administrativos, pero concernientes a expediente distinto.

En suma, el error tiene que referirse “a los presupuestos fácticos determinantes de la decisión administrativa” (STS de 16 de enero de 1995), excluyéndose el error de Derecho, sea cual fuere la acepción, intensidad o alcance del error jurídico. No constituye error de hecho la discrepancia respecto de criterios interpretativos (STS de 9 de diciembre de 1967); o un error en la aplicación de normas jurídicas (SSTS de 29 de mayo y 25 de junio de 1974). Las “cuestiones jurídicas”, en definitiva, no constituyen error de hecho».

Esta naturaleza extraordinaria y la limitación rigurosa de sus supuestos imponen la interpretación restrictiva de estos últimos, ya que se trata de destruir la firmeza de un acto administrativo (SSTS de 17 de julio de 1981, 9 de octubre de 1984, 6 de julio y 26 de septiembre de 1988 y 16 de marzo de 2004, entre otras), doctrina reiterada, además en nuestros Dictámenes 389/2014, de 31 de octubre; 31/2015, de 28 de enero; 82/2015, de 11 de marzo; y 282/2015, de 24 de julio).

«De ahí que por medio de este recurso no puedan suscitarse cuestiones propias de los recursos ordinarios, y que, cuando se funde en las dos primeras causas del art. 125.1 LPACAP (error de hecho que resulta de un documento que obra en el expediente o que aparezca, aunque sea posterior), debe

tratarse de un hecho, cosa o suceso, esto es, una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación; que ese error de hecho sea manifiesto, evidente e indiscutible y que se refiera a los presupuestos fácticos determinantes de la decisión administrativa, es decir, a la fundamentación fáctica de la ratio decidendi.

Por ello, queda excluido del ámbito de este recurso todo aquello que se refiera a cuestiones jurídicas, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración de las pruebas, interpretación de normas o calificaciones que puedan establecerse. No es posible aplicar la técnica del error de hecho a cuestiones jurídicas, aunque los hipotéticos errores jurídicos sean manifiestos y patentes. En definitiva el recurso extraordinario de revisión incide en el plano de lo meramente fáctico sin traer a colación en ningún momento el tema del Derecho aplicable (STS de 5 de diciembre de 1977, 4 de abril de 1979, 17 de junio de 1981, 28 de septiembre de 1984, 20 de marzo de 1985, 6 de abril de 1988, 16 de julio de 1992, 16 de enero de 1995, 30 de enero de 1996, 9 de junio de 1999 y 9 de octubre de 2007, entre otras)», doctrina asimismo reiterada en nuestros Dictámenes 453/2014, de 18 de diciembre; 48/2020, de 4 de febrero; 481/2020, de 24 de noviembre y 319/2021, de 10 de junio).

También es doctrina reiterada y constante de este Consejo Consultivo, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acerca de la naturaleza jurídica del Recurso Extraordinario de Revisión (véanse Dictámenes 475/2017, de 19 de diciembre, 411/2017, de 7 de noviembre, y 335/2016, de 10 de octubre), que *«Para valorar el fondo del asunto es necesario recordar que en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2012, se señala acerca del recurso extraordinario de revisión que: «Ante todo procede recordar que, como hemos señalado en sentencias de 31 de octubre de 2006, reiterando lo declarado en sentencia de 26 de abril de 2004 (recurso de casación n.º 2259/2000, fundamento jurídico cuarto), (...) el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 118 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es un recurso excepcional que, aparte de una interpretación estricta de los motivos invocados -sólo los enumerados en dicho precepto-, impide examinar cuestiones que debieron invocarse en la vía de los recursos ordinarios o en el jurisdiccional contra el acto que puso fin a la vía administrativa, pues lo contrario atentaría contra la seguridad jurídica, dejando en suspenso sine die la firmeza de los actos administrativos, a la vez que permitiría soslayar la vía de los recursos ordinarios, por lo que no cabe la admisión de argumento alguno de los contenidos en la demanda que suponga el examen, más allá de los motivos específicos invocados en el recurso extraordinario, de la concurrencia de otras posibles circunstancias que pudieran afectar a la situación de los recurrentes en este tipo de recursos» (Doctrina reiterada en los DDCC 129/2023, 130/2023 y 131/2023).*

B. 2. Aparición de documentos de valor esencial

En lo que respecta a la determinación de si concurre o no la causa del 125.1.b), la relativa a que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida, se ha de partir también de la doctrina de este Consejo Consultivo en la materia. Así, por ejemplo, en el

Dictamen 290/2017, de 4 de mayo, entre otros, se afirma que «El tenor del art. 125.1.a) y b) LPACAP no permite fundar el recurso de revisión en cuestiones relativas a interpretación, determinación o aplicación indebida de normas, porque, de no ser así, se desnaturalizaría su carácter de recurso extraordinario, para devenir una suerte de recurso ordinario que permitiría suscitar o replantear cuestiones que pudieron examinarse con plenitud a través de los recursos ordinarios procedentes, una vez transcurrido el plazo para su interposición con la consiguiente mengua de la seguridad jurídica.

En definitiva, como ha señalado la STS de 9 de octubre de 2007, el recurso de revisión está concebido para remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción y, desde luego, no puede promoverse como consecuencia únicamente de un error iuris».

Así mismo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 22 mayo 2015, del Tribunal Supremo, (RJ\2015\3770) se ha manifestado sobre esta misma causa de revisión que:

«En este sentido, estimamos que la decisión de la Sala de instancia, que motiva que, al apreciar la concurrencia de la circunstancia contemplada en el artículo 118.1.2ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, proceda la estimación del recurso administrativo de revisión y, por ende, del recurso contencioso-administrativo, y declarar la nulidad del mencionado acto administrativo, es disconforme con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 19 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2120) (RC 5409/1999), 24 de junio de 2008 (RJ 2008, 3275) (RC 3681/2005), 17 de junio de 2009 (RJ 2009, 6717) (RC 4846/2007), y 31 de mayo de 2012 (RJ 2012, 7144) (RC 1429/2010), los términos en que está redactada esta disposición legal parte de «la idea de que los documentos susceptibles de incluirse en la repetida causa 2ª, aunque sean posteriores, han de ser unos que pongan de relieve, que hagan aflorar, la realidad de una situación que ya era la existente al tiempo de dictarse esa resolución, o que ya era la que hubiera debido considerarse como tal en ese momento; y, además, que tengan valor esencial para resolver el asunto por tenerlo para dicha resolución la situación que ponen de relieve o que hacen aflorar. Son documentos que, por ello, han de poner de relieve un error en el presupuesto que tomó en consideración o del que partió aquella resolución».

Por ello, aunque no compartamos íntegramente la tesis que formula el Abogado del Estado, respecto de que el correcto planteamiento del recurso extraordinario de revisión, promovido con base en la circunstancia prevista en el apartado 1.2ª del artículo 118 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, exige que se funde en la existencia de un error de hecho, entendido en sentido estricto, en que hubiera podido incurrir la resolución recurrida, puesto que también cabe admitir los errores de enjuiciamiento en aquellos supuestos en que la indebida aplicación de la norma jurídica se debió exclusivamente a la errónea apreciación de presupuestos de carácter fáctico, como ya sostuvo el Consejo de Estado en su dictamen 22/1997, de 6 de febrero (...).

A mayor abundamiento, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 21 marzo 2018, de la Audiencia Nacional (RJCA\2018\382), se afirma que:

«Pues bien, si se repara en que la causa concreta que fue invocada en sustento del recurso extraordinario era la 2ª del artículo 118.1 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512) (" que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida "), sería preciso, y además de demostrar la concurrencia de un error de hecho manifiesto que resulte de manera patente, que se acreditara además que los documentos que se aportan hubieran "aparecido" verdaderamente con posterioridad al dictado de las resoluciones que se pretende recurrir, teniéndose en cuenta que el motivo de la inadmisión ha consistido precisamente en que los mismos se refieren a hechos conocidos que previamente existían y que pudieron ser alegados en su día en el expediente por el interesado» (DCC 22/2023).

4. Contratos y concesiones administrativas

A. Principios de la contratación

El principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el art. 1091 del Código civil, y sobre la segunda se han ido pronunciando en el sentido expuesto las distintas normas que se han venido sucediendo en materia de contratación público, en la actualidad, así resulta del art. 188 LCSP y, con más claridad todavía, del art. 189 LCSP («Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas»).

Por otra parte, ha de señalarse que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (art. 197 LCSP: «La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239»). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

Importa asimismo resaltar que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración -«*ius variandi*»

o «*factum principis*», o por hechos que se consideran extra muros del normal «*alea*» del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible-. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de «*ius variandi*», «*factum principis*», y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Y, en fin, ya por último, debe indicarse que más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2012 (RC 2105/08) entiende que una posición de partida centrada en deficiencias sustanciales del proyecto de obras, que motiva desde el principio de su puesta en ejecución sucesivas variaciones y adaptaciones que desembocan en el correspondiente modificado, tras provocar importantes dilaciones, no es convincente, porque, en el momento de la licitación no se cuestionó el proyecto, se aceptó sin reservas, y con base en tal proyecto la contratista formuló su proposición, partiendo de que era realizable, logrando así la adjudicación y suscribiendo el contrato, de suerte que *«no es jurídicamente correcto que con posterioridad al contrato se parta de las deficiencias de lo que se admitió, como base para una pretensión de indemnización»*; y sigue diciendo esta sentencia: *«si el proyecto adolecía de deficiencias que lo hacían irrealizable, lo lógico hubiera sido no suscribir el contrato o que, si éstas se manifestasen después, que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 111 c) y 112 del R.D. Leg. 2/000, la contratista hubiera instado su resolución, con las eventuales consecuencias derivadas de ella, y no mantenerse en el marco de la plena eficacia del contrato, y dentro de ella imputar a la Administración incumplimientos, para basar en ellos la pretendida indemnización»*.

Así las cosas, este Consejo Consultivo coincide con la Propuesta de Resolución en que no es jurídicamente correcto que, con posterioridad a la licitación de un proyecto, tras la presentación de una oferta asumiendo en su integridad el proyecto sin alegación alguna respecto a supuestas deficiencias en el mismo, y tras resultar adjudicatario sin manifestación alguna respecto a que el proyecto resulta inejecutable, se vengan ahora, en trance de la resolución de un contrato impulsada por la Administración, a invocar unas deficiencias que no fueron alegadas en su debido momento. La doctrina transcrita resulta plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa **(DCC 416/2023)**.

B. Responsabilidad contractual

B. 1. Dictamen del Consejo Consultivo

El resarcimiento de daños y perjuicios pretendido por la contratista tiene su origen en un contrato administrativo de obras. Es por esto por lo que la reclamación efectuada ha de encuadrarse dentro del ámbito de la denominada «responsabilidad contractual».

Pues bien, en relación con esta responsabilidad patrimonial contractual de la Administración Pública, este Consejo Consultivo ha tenido ocasión de pronunciarse repetidamente en sus dictámenes señalando cuanto se expone en las líneas subsiguientes (v.gr., Dictamen 416/2018, de 9 de octubre, 207/2020, de 3 de junio o 337/2021, de 17 de junio):

«3. Como ya hemos manifestado en otros Dictámenes (por todos, Dictámenes 227/2018 y 525/2009), el régimen jurídico de la responsabilidad contractual difiere del aplicable a la extracontractual, hoy regulada por las Leyes 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, ambas de 1 de octubre. A propósito de esta cuestión, aun cuando interpretando la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), razonábamos que el resarcimiento al contratista se funda en un contrato administrativo de obras, por lo que no puede configurarse como un supuesto de responsabilidad extracontractual, ya que el título habilitante proviene de la relación contractual que une a la Administración contratante y al contratista, dirigiéndose precisamente al otorgamiento de una compensación económica por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la ejecución de un contrato.

Establecida la naturaleza contractual de la indemnización, no resulta procedente por consiguiente la aplicación del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración, establecido en los arts.139 y siguientes LRJAP-PAC ni, por ende, su cauce procedimental.

En este sentido, es también doctrina reiterada que no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tiene otra vía procedimental específica, prevista en el ordenamiento jurídico, como es el caso de las pretensiones de resarcimiento derivadas de relaciones jurídicas específicas que ligan previamente a la Administración con el particular, como sucede en las relaciones contractuales.

En línea similar ha señalado el Consejo de Estado que las pretensiones de resarcimiento que se formulan ante la Administración, eventualmente productora de un evento lesivo, tienen, conforme a Derecho, un cauce formal adecuado, en función del instituto jurídico del que trae causa la deuda de reparación en cuestión (Dictámenes 868/1997 y 4405/1998, entre otros).

En definitiva, el instituto de la responsabilidad patrimonial se destina, de forma específica, por el ordenamiento jurídico, a los supuestos de responsabilidad extracontractual de la Administración derivada del funcionamiento de los servicios públicos.

Insiste el Consejo de Estado, en su Dictamen correspondiente al expediente 456/2012, recaído en fecha de 10 de mayo de 2012 en que:

«Como punto de partida, debe recordarse la reiterada doctrina del Consejo de Estado, expuesta, por ejemplo en el dictamen 1.796/2007, de 29 de noviembre de 2007, en el que se señalaba lo siguiente: “Es doctrina del Consejo de Estado que la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye una institución jurídica de cobertura de los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que aquéllos no dispongan de vías específicas de resarcimiento, de modo que los daños y perjuicios generados en el desenvolvimiento de concretas relaciones jurídicas deben indemnizarse en el seno de las mismas siempre que ello sea posible”. De este modo, cuando la reclamación se fundamenta en los daños producidos en la ejecución de un contrato su resarcimiento se inscribe en el marco de la legislación de contratos de las Administraciones públicas, y no en el régimen general de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

4. El escrito de reclamación de la contratista plantea su exigencia de responsabilidad contractual por daños y perjuicios al amparo del art.102 (ha de entenderse 202 y 203) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP); y la Propuesta de Resolución no se pronuncia sobre la preceptividad del parecer de este Consejo.

Nuestros dictámenes vienen considerando que en lo relativo a la responsabilidad contractual la inaplicación del régimen general de la extracontractual no es óbice para la preceptividad del dictamen del Consejo, y la consiguiente necesidad de solicitarlo, porque el art.11.1.D, e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC) así lo dispone («reclamaciones que se formulen en materia de responsabilidad administrativa patrimonial»), sin distinguir si esta responsabilidad patrimonial es de origen contractual o extracontractual.

Así, este Consejo Consultivo, en sus Dictámenes 206/2005, 4/2006, 6/2007, 437/2008, 206/2008, 172/2009 y 235/2009, 181/2010, 424/2017 y 179/2018, ha sostenido que el Dictamen es preceptivo en todos los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, sea de naturaleza contractual o extracontractual.

En la misma línea, el art.22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, en la redacción dada por Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, dispone la preceptividad del Dictamen en todos los procedimientos de reclamación a la Administración de indemnización de daños y perjuicios en cuantía superior a 6.000 euros, actualmente en vigor sin determinar cantidad alguna, modificado, no distinguiéndose a estos fines entre las de origen contractual o extracontractual (Véanse, por todos, los Dictámenes del Consejo de Estado correspondientes a los expedientes 1093/1991, recaído en fecha de 3 de octubre de 1991; y 3114/2002, recaído en fecha de 30 de enero de 2003).

Por consiguiente, queda acreditada la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo (Doctrina reiterada en los DDCC 92/2023 y 239/2023).

B. 2. Indemnización

B. 2. 1. Por suspensión del contrato

De acuerdo con la cláusula 38ª («Suspensión de las obras») del PCAP «en los supuestos de suspensión del contrato se estará a la regulación prevista en el artículo 208 de la LCSP».

Por su parte, el art. 208 LCSP («Suspensión de los contratos») dispone lo siguiente:

«1. Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquella tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 198.5, se extenderá un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquel.

2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este con sujeción a las siguientes reglas:

a) Salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo comprenderá, siempre que en los puntos 1.º a 4.º se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe, los siguientes conceptos:

1.º Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.

2.º Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión.

3.º Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión.

4.º Alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido.

5.º Suprimido.

6.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista previstos en el pliego de cláusulas administrativas vinculados al objeto del contrato.

b) Solo se indemnizarán los períodos de suspensión que estuvieran documentados en la correspondiente acta. El contratista podrá pedir que se extienda dicha acta. Si la Administración no responde a esta solicitud se entenderá, salvo prueba en contrario, que se ha iniciado la suspensión en la fecha señalada por el contratista en su solicitud.

c) El derecho a reclamar prescribe en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato».

La suspensión de los contratos se incluye entre las prerrogativas de la Administración enumeradas en el art. 190 de la LCSP, prerrogativa que reiterada doctrina y jurisprudencia consideran como una manifestación específica de la facultad de modificar unilateralmente el contrato (“ius variandi”), que no afecta a su objeto, pero sí al plazo de ejecución y a la forma de cumplimiento (Sentencias del Tribunal Supremo 3771/1989 y 4761/1989, Dictamen del Consejo de Estado 1093/1991), siendo alguno de sus efectos la interrupción del plazo de ejecución.

Así, en relación con dicha suspensión, la doctrina jurisprudencial ha tenido ocasión de señalar lo siguiente (véase, entre otras, la Sentencia 1343/2020, de 30 de junio de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Rec. 456/2019):

«Existe coincidencia entre las partes en que la paralización de las obras, parcial y total, como consecuencia de los dos Modificados, no estuvieron motivadas, en ninguna medida, ni directa ni indirectamente, por causas imputables al contratista.

El art. 102.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, Ley Contratos de las Administraciones Públicas dispone “Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste.

La suspensión de las obras por causa imputable a la Administración otorga al contratista el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios efectivamente sufridos, debiéndose procurar la indemnidad patrimonial del contratista en el caso de incumplimiento imputable a la Administración, debiendo de ser indemnizados todos los perjuicios que se acrediten como real y efectivamente producidos.

La sentencia de 1 octubre 2014 del Tribunal Supremo determina “que ha de tratarse de daños y perjuicios reales que sean consecuencia de la suspensión acordada administrativamente, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa. Esto significa que cualquier reclamación deducida por el contratista con esa finalidad tendrá que singularizar los desembolsos efectivamente realizados a causa de la suspensión, y habrá de hacerlo así: primero, describiendo el concreto personal y demás elementos materiales que necesariamente han tenido que quedar adscritos y dedicados en exclusiva a la obra que haya sido objeto de la suspensión; segundo, ofreciendo prueba, con suficientes garantías de objetividad, que demuestre que el personal y los elementos así descritos estuvieron efectivamente adscritos a la obra suspendida y no fueron utilizados en otras obras o actividades distintas de la contratista; y tercero, aportar la documentación que, directamente referidas a tales elementos, ponga de manifiesto el montante de su costo.

La segunda es que por aplicación de las reglas de la carga de la prueba incumbe a la contratista probar y justificar debidamente todo lo anterior”.».

Por su parte, el Consejo de Estado *«ha señalado reiteradamente (entre otros, dictámenes números 99/2020, de 21 de mayo, o 545/2020, de 26 de noviembre) que, con carácter general, el derecho del contratista a cobrar, sobre dicha base legal, los incrementos de costes directos e indirectos así como de los gastos generales en que ha incurrido por suspensiones y aumento del plazo de ejecución de las obras han de referirse a situaciones en que la Administración hubiera acordado la suspensión del contrato, siempre que la suspensión de los trabajos hubiera tenido lugar por causa imputable a ella y no al contratista. Asimismo, los conceptos indemnizables deberán ser justificados y acreditados por este, lo que implica la aportación de los correspondientes medios de prueba, a partir de los que quepa, razonablemente, deducir la producción de un daño concreto y efectivo.*

Según tiene dicho este Consejo de Estado, la justificación de las causas por las que el contratista formula su pretensión indemnizatoria debe contenerse en el escrito de reclamación presentado al efecto, en el que han de detallarse los hechos y las circunstancias que avalan su pretensión. Ha de recordarse en este punto lo señalado en la Memoria del Consejo de Estado del año 2004, en la que se decía 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”.

En cuanto a los requisitos para constatar la suspensión o paralización de las obras y que esta incidencia surta los efectos previstos, el artículo 203 (“Suspensión de los contratos”) de la LCSP dispone en su apartado 1 que, “[S]i la Administración acordase la suspensión del contrato o aquélla tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 200, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél”.

No obstante, el Consejo de Estado ha señalado en repetidas ocasiones (entre otros, en los dictámenes números 1.273/99, de 8 de julio, 552/2008, de 14 de mayo, 1.066/2018, de 14 de febrero de 2019 y 494/2019, de 18 de julio) que no es óbice para reconocer la correspondiente indemnización al contratista el hecho de que la Administración contratante no levantara acta de suspensión temporal de las obras, pues el derecho a la indemnización nace de la suspensión misma, siendo el acta únicamente un medio privilegiado de prueba de que dicha suspensión tuvo lugar». (Dictamen 630/2020, de 17 de diciembre).

Así pues, para que proceda la indemnización en estos casos es necesario que la causa de la suspensión no sea imputable, directa o indirectamente, al contratista. Y, al igual que para la responsabilidad patrimonial de la Administración, en la que la carga de la prueba de los daños y de su relación con los servicios públicos corresponde al reclamante, en la responsabilidad contractual también es aplicable la regla general de la carga de la prueba del art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La prueba de su realidad y cuantía es esencial ya que como señala el Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado, ha de prevalecer la «efectividad» en la producción de los daños y perjuicios.

Finalmente, la doctrina de este Consejo Consultivo de Canarias relativa a la responsabilidad contractual queda perfectamente delimitada, entre otros, en su Dictamen 212/2021, de 29 de abril (con cita del Dictamen 416/2018, de 9 de octubre):

«(...) como dijimos en nuestro Dictamen 416/2018, de 9 de octubre, «(...) para que exista responsabilidad contractual es necesario que concurren los siguientes elementos: “el personal; una actividad positiva u omisiva; la producción de un resultado perjudicial para alguien, y una relación de causalidad entre la acción desarrollada y la consecuencia producida”. Es, en definitiva, una responsabilidad que supone “la preexistencia de un vínculo o relación jurídica contractual”, vertebrada sobre el elemento de la culpa y cuya aplicación “se sustenta en el hecho indubitado de que el incumplimiento de una obligación por una de las partes haya causado un daño o perjuicio a la otra”

daño que ha de ser indemnizado en su integridad. Por lo que la responsabilidad exigida por la entidad mercantil está supeditada a la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Existencia de un incumplimiento por la Administración de sus obligaciones contractuales, basados en circunstancias y hechos probados.

b) Producción efectiva de daños y perjuicios al contratista, cuantificables y concretos, y

c) Relación de causalidad entre el incumplimiento y los daños y perjuicios.

El incumplimiento debe ser imputable directa y únicamente a la Administración contratante, es decir, sin interferencias extrañas, acontecimientos externos de carácter imprevisible o irresistible, que puedan anular la relación de causalidad, (...) y los daños o perjuicios causados. Los daños o perjuicios reclamados deben concretarse y comprender los “efectivamente sufridos”, entendiendo como tales los daños efectivos o reales que hubiere sufrido el contratista, sin que proceda la compensación integral, sino de aquellos daños que realmente se hubieran producido. La certeza de la presencia de los requisitos señalados debe quedar probada en la reclamación, recayendo la carga de la prueba en el reclamante (art.217.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)».

En segundo lugar, resulta oportuno hacer referencia al principio de riesgo y ventura en la ejecución de los contratos administrativos.

La legislación sobre contratación pública ha consagrado, a lo largo de los sucesivos textos legales aprobados en la materia, el citado principio. Así, en el art. 98 del TRLCAP se señalaba que “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144”. Formulación que se reitera en el art. 215 del TRLCSP y en el actual art.197 de la LCSP.

Pues bien, en relación con el precitado principio, la doctrina jurisprudencial ha tenido ocasión de indicar cuanto se expone a continuación (v.gr., Sentencia 36/2019, de 22 de febrero de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife -Rec. n.º 151/2017):

«En relación al riesgo y ventura del contratista y la solicitud de indemnización de daños y perjuicios señala el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de julio del 2015, rec. 1592/2014 que "(.) Sostiene la sentencia recurrida que el contratista asume el riesgo de obtener una ganancia mayor o menor cuando sus cálculos no se atienen a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, por lo que si dichas circunstancias disminuyen el beneficio o producen pérdidas deberán ser soportadas por el contratista, sin que pueda exigir un incremento del precio o una indemnización. La tesis es correcta, y de ello tan solo excluye el artículo 144 del TRLCAP la fuerza mayor. Pero una cosa es que la estimación especulativa de las ganancias que el contratista piensa percibir, no tenga que ser asegurada por la otra parte contratante, en este caso por la Administración, debiendo soportar las circunstancias sobrevenidas ajenas a las partes, y otra bien distinta, que se genere derecho a una indemnización como consecuencia del deficiente cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes. Lo mismo que ocurre en los contratos civiles, donde el riesgo y ventura de cada contratista es compatible con la obligación de indemnizar los daños imputables a los mismos por incumplimiento de sus obligaciones (artículo 1101 CC).

En ese sentido ha de interpretarse la sentencia de esta Sala del año 2007, que cita la sentencia, o la citada por la recurrente de 17 de noviembre de 2011, que sostiene en su FJ 6 que: "Por consiguiente, cuando la propia administración se ha visto en la necesidad de conceder prórrogas sucesivas del plazo de finalización de las obras por no haber puesto a disposición del contratista, y a su debido tiempo, los medios necesarios y precisos para que pudieran iniciarse dichas obras y ello unido a la necesidad técnica de modificar un proyecto que, posteriormente, devino deficiente para que pudiera ser adaptado a la realidad existente, las circunstancias concurrentes determinan la presencia de una excepción al principio de riesgo y ventura del contratista y la ulterior responsabilidad de la Administración por incumplimiento del contrato, en aplicación de los artículos 53 de la Ley de Bases de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y 158 del Reglamento General de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, disposiciones vigentes al momento de producirse los hechos de los que procede este recurso de casación, y atendiendo al consolidado criterio jurisprudencial de esta Sala (entre otras, sentencias de 29 de enero de 1982, 26 de enero de 1990, 20 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7805) y 28 de abril de 1999 (RJ 1999, 3097))."

De la misma forma la STS de 28 de junio de 2012 sostiene en su fundamento jurídico sexto que: "la sentencia no acierta, con la referencia al artículo 144, pues parece dar a entender que la administración solo respondería en el caso de fuerza mayor, recayendo, "a sensu contrario", la responsabilidad de los daños en el contratista. [...] el principio de riesgo y ventura es compatible con la posibilidad de exigir la indemnización de daños y perjuicios que se deriven del retraso en la ejecución del contrato imputable a la Administración, (...)"

En definitiva, como sostiene la recurrente, cuando es la propia Administración la que incumple las obligaciones derivadas del contrato, no estamos ante el riesgo y ventura imputable al contratista por circunstancias ajenas a las partes, sino ante un incumplimiento contractual por parte de la Administración. La Sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 2001 sostiene a este respecto en el fundamento jurídico 2 que:

"(...)lo realmente producido es una alteración contractual en virtud de acciones u omisiones por parte de la administración y conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala (en sentencias de 29 de septiembre de 1977, 21 de marzo de 1983, 27 de abril de 1987 y 5 de junio de 1991, el principio general de riesgo y ventura por parte del contratista no sólo quiebra en los sucesos de fuerza mayor recogidos en el artículo 46 de la ley de contratos del estado, sino también cuando la administración contraviene el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución".

En el mismo sentido la STS de 28 de marzo de 2005, sostiene en su FJ2 que:

"(...)valora el desequilibrio económico y el enriquecimiento sin causa y con el propio Dictamen del Consejo de Estado, 59/1993, que no permite la extensión del principio de riesgo y ventura del contratista para eximir de responsabilidad a la Administración ni para imponer al contratista el deber de soportar sin compensación cualquier actuación de la Administración."

Por su parte la Sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 2006, FJ 2, sostiene que:

"(...) en cuanto a la aplicación al supuesto del principio de riesgo y ventura debe acogerse la alegación de la UTE recurrida, según la cual nuestra jurisprudencia ha depurado el concepto, de modo

que ese riesgo, según la doctrina de este Tribunal Supremo, pudiendo citarse como ejemplo la Sentencia de 31 de marzo de 1987 (FU 1987, 2120), debe referirse a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes. Ello no es lo que sucede en el caso de autos ya que, como declara la Sentencia recurrida, es responsabilidad de la Administración la correcta elaboración del Proyecto".».

Por su parte, en el Dictamen 109/2019, de 28 de marzo, del Consejo de Estado, se señala lo siguiente:

«En cuanto al fondo de la cuestión planteada, la consulta se centra en determinar si procede acceder o no a la pretensión de resarcimiento deducida por el contratista por los daños sufridos por la ejecución del contrato de referencia.

En lo que respecta a la indemnización solicitada por las incidencias habidas durante la ejecución del contrato, debe comenzarse recordando que la legislación de contratos públicos contempla los casos en los que la Administración contratante altera las previsiones contractuales, entre los que se cuentan aquellos supuestos en los que las obras son ejecutadas sin sujeción al plazo convenido por causa imputable a dicha Administración, bien porque existiere un retraso en su iniciación, bien porque se desarrollan a un ritmo inferior al previsto por causa de suspensiones habidas durante la ejecución del contrato.

Conforme al artículo 102.2 del TRLCAP, acordada la suspensión del contrato por la Administración, esta deberá abonar al contratista los daños y perjuicios "efectivamente sufridos". El Consejo de Estado ha analizado en numerosos asuntos las consecuencias indemnizatorias que puede eventualmente llevar aparejadas la suspensión temporal de una obra, llegando a la conclusión de que los efectos onerosos de la situación no pueden recaer sobre el contratista si no es imputable a él la causa directa o indirecta de la suspensión, siempre y cuando se haya acreditado la efectividad de los daños (dictámenes números 898/2016, 720/2016 o 534/2018/76/2017, entre otros muchos).

Además, interpretando dicho precepto legal debe traerse aquí a colación la jurisprudencia señalada por el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de su Sala Tercera, de 18 de junio de 2012, según la cual "del análisis del precepto [el artículo 103 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, equivalente al artículo 102 antes transcrito en el TRLCAP] se desprende que el legislador ha querido establecer el derecho del contratista al abono por parte de la Administración de los daños y perjuicios sufridos por aquél cuando la Administración acuerde la suspensión del contrato por causa no imputable al contratista. El análisis sistemático del párrafo 1 del artículo 103 [102 en el TRLCAP] citado, nos lleva a la conclusión de que para que la Administración sea responsable de indemnizar los daños y perjuicios, no solo ha de acordar formalmente la suspensión del contrato, sino que dicha suspensión no debe ser imputable al contratista (...). A dicha conclusión se llegaría igualmente de la aplicación supletoria de la legislación civil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Ley de Contratos antes citada [era el mismo que en el TRLCAP]. En efecto, el artículo 1.101 de Código Civil dispone que: "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquél".

Precisa la citada sentencia que dicha responsabilidad es compatible con el principio de que el contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista, lo que implica que deba soportar aquellos daños que debió prever; y también con la posibilidad legalmente prevista de que, en determinados casos y a pesar de no existir culpa alguna por la Administración, se pueda apreciar la existencia de fuerza mayor. Considera, así, que el principio de riesgo y ventura es compatible con la posibilidad de exigir la indemnización de daños y perjuicios que deriven del retraso en la ejecución del contrato imputable a la Administración.

Por tanto, resulta necesario determinar, de un lado, si son imputables o no al contratista la causa directa o indirecta de la suspensión o retraso; y, de otro lado, si se ha acreditado la efectividad de los daños por los que se reclama» (DCC 92/2023).

C. Resolución de contratos

C. 1. Supuestos de incumplimiento

C. 1. 1. Grave

Como se ha reiterado en distintas ocasiones (véase, en este sentido, el Dictamen 474/2022, de 7 de diciembre de 2022) la resolución del contrato por culpa del contratista requiere un incumplimiento «grave» del mismo, no bastando cualquier incumplimiento contractual (STS de 2 de abril de 1992).

Así, la STS de 25 de junio de 2002 señala -en referencia a cuándo una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes-, que «el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial, debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos».

Por otro lado, y como tiene declarado este Consejo Consultivo, entre otros, en el Dictamen 60/2016, de 10 de marzo, «los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado (art. 212.2 TRLCSP). En ellos el plazo es un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el hecho de que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la administración (art. 212.3 TRLCSP -actual art. 193.2 LCAP-), y su incumplimiento o riesgo de incumplimiento faculta a la administración bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP -mismo art. 193 LCAP-). Por ello, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el “cumplimiento del plazo».

En el supuesto analizado resulta evidente -como resulta de las actuaciones- que la empresa contratista ha incumplido de forma injustificada no sólo el plazo inicial de ejecución de las obras, sino, además, las sucesivas ampliaciones del plazo contractual que le han sido conferidas por el Cabildo Insular de Tenerife, encontrándose la zona de desarrollo de los trabajos en un «aparente estado de abandono» -circunstancias todas ellas que constan debidamente acreditadas en los diversos informes emitidos por los técnicos del Cabildo, sin que hayan sido refutadas por prueba en contrario aportada por la empresa contratista-.

Incumplimiento contractual que, aparte de reiterado y carente de toda justificación, resulta especialmente contumaz, en tanto en cuanto ni tan siquiera la imposición de penalidades por parte de la Administración Insular ha servido para doblegar la actitud renuente de la contratista en aras al cumplimiento de los plazos de ejecución asumidos contractualmente.

Como bien señala el Servicio Técnico de Carreteras, Movilidad y Paisaje en su informe de 7 de febrero de 2023 (una vez enunciados exhaustivamente los graves y numerosos incumplimientos del contratista: escaso o nulo ritmo de ejecución de la obra, incumplimiento del plan de obra, falta de aportación de documentación, falta de cerramiento del perímetro de la obra, etc.), *«(...) resulta acreditada la diligencia y honda preocupación de esta Dirección Facultativa por el bajo y, a veces, nulo ritmo de ejecución de la obra durante toda la vigencia del contrato, habiendo avisado al contratista, insistente y repetidamente por diversos medios (whatsapp, in voce, correos electrónicos y notificaciones), de los reiterados retrasos e incumplimientos advertidos. El contratista era plenamente consciente de la demora en la ejecución de la obra, manteniendo aun así períodos de prolongada inactividad y pasividad, por lo que resulta evidente su conducta voluntaria en el incumplimiento del plazo aludido».*

En conclusión, está suficientemente acreditado -a través de los diversos informes técnicos que obran en el expediente- que el incumplimiento de los plazos para la ejecución de las obras es imputable exclusivamente al contratista, habiendo incumplido de manera culpable sus obligaciones contractuales a este respecto, sin que resulten acreditadas las causas que impiden su ejecución en el plazo previsto, limitándose la empresa contratista a invocar dificultades genéricas y carentes de virtualidad para enervar los compromisos asumidos contractualmente. De esta manera, se aprecia la concurrencia de la causa de resolución contractual prevista en el art. 211.1, letra d) LCSP, en relación con la cláusula 32.2, letra d) del Pliego (**Doctrina reiterada en los DDCC 207/2023 y 475/2023**).



Como hemos reiterado en distintas ocasiones, se ha de recordar que la resolución del contrato por culpa del contratista requiere un incumplimiento «grave» del mismo, no bastando cualquier incumplimiento contractual (STS de 2 de abril de 1992).

Así, la STS de 25 de junio de 2002 señala, referida a cuando una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes, que *«el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial, debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos».*

Entre otros, en nuestros Dictámenes 334/2021, de 17 de junio y 374/2019, de 17 de octubre hemos señalado:

«(...) Una obligación contractual esencial sería aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcance el fin perseguido por el contrato.

Ahora bien, en el mismo sentido de la Propuesta de Resolución, debe decirse que ha venido señalando el Tribunal Supremo, así, en su STS de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”, es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de “denominación” que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato. Así resulta, como transcribe la Propuesta de Resolución, que “por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato» (DCC 241/2023).

C. 1. 2. Incumplimiento del plazo

Las causas de resolución del contrato vienen establecidas con carácter general en el art. 211 LCSP y de forma específica para el contrato de obras en su art. 245 y en las cláusulas 31 y 38 PCAP.

Según este Consejo Consultivo tiene declarado, entre otros, en el DCC 60/2016, de 10 de marzo, «los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado (art. 212.2 TRLCSP). En ellos el plazo es un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el hecho de que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la administración (art. 212.3 TRLCSP -actual art. 193.2 LCAP-), y su incumplimiento o riesgo de incumplimiento faculta a la administración bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP -mismo art. 193 LCSP-). Por ello, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el “cumplimiento del plazo”».

Tanto la LCSP como los pliegos atribuyen a la Administración un margen de discrecionalidad para optar bien por la resolución bien por la imposición de esas penalidades, pero como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000 «la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias», habiendo declarado la sentencia de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación».

Resulta aplicable la doctrina contenida, entre otros, en nuestro DCC 350/2022, que en un caso similar señalaba:

«Como ha tenido ocasión de señalar la jurisprudencia, «el contrato de obras es típicamente un contrato de resultado. De ahí que tanto la Ley como el Reglamento, al desarrollar la ejecución de este contrato, hagan hincapié en los preceptos mencionados para resaltar la obligación del contratista de cumplir tanto los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva, como el general o final para su total realización. Ítem más, para la constitución en mora del contratista no se requiere interpelación o intimación previa por parte de la Administración; hasta tal punto que una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducido de la conducta del contratista en el desarrollo de la obra permite a la Administración optar por la resolución del contrato» (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1989, 14 de julio de 1986, 12 de marzo de 1992).

De acuerdo con la Sentencia de 11 de marzo de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 8.ª, de la Audiencia Nacional (Rec.335/2018), «el contrato de obras se configura como un contrato de resultado y no de actividad, es decir, el contratista se obliga a entregar la obra totalmente terminada, por un precio alzado, asumiendo tanto la mayor onerosidad que la ejecución de la obra pueda suponer (riesgo) como beneficiándose de su menor coste (ventura). Repetimos, la esencia del contrato de obras se encuentra en el resultado final -entregar la obra terminada en plazo- con independencia de la actividad realizada para llegar a este resultado. (...) la obligación del contratista es una obligación de resultado, como contrapuesta a la obligación de actividad o medial» (Fundamento de Derecho cuarto).

Por su parte, este Consejo Consultivo ha tenido ocasión de señalar lo siguiente, entre otros, en los Dictámenes 243/2017, de 13 de julio; 318/2021, de 10 de junio; y 333/2021, de 17 de junio:

«2. El objeto del contrato de obras es la realización de una obra, la cual se define como el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble (art. 6 LCSP). El contrato de obras es, por tanto, un contrato de resultado por el cual el contratista se obliga a realizar una obra determinada por un precio alzado; además es de resultado total, porque su objeto es la ejecución de una obra completamente terminada, puesto que debe ser apta para cumplir por sí misma la función para la cual fue proyectada.

Su objeto no es la actividad de construcción necesaria para realizar la prestación que debe el contratista, sino el resultado de esa actividad, una obra terminada conforme a su proyecto.

Esta naturaleza de contrato de resultado comporta la indivisibilidad jurídica del mismo y de la obra que tiene por objeto, como así resulta del art. 205 LCSP que dispone que el contrato sólo se cumple por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación. Esto significa que no puede ser cumplido por el contratista de forma parcial y sucesiva mediante la ejecución de las distintas fases del proceso constructivo, ni la Administración queda obligada al pago hasta que no se le entregue la obra completamente terminada, tal como resulta del art. 215 LCSP que establece que los abonos al contratista por las operaciones preparatorias y por las certificaciones de la obra ejecutada mensualmente tienen la naturaleza de pagos a cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, por lo que en ningún caso suponen la aprobación y recepción de las obras parciales que comprenden.

Únicamente después de que el contratista cuando éste haya ejecutado, a satisfacción de la Administración, la totalidad de la obra con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato, lo cual se constata por el acto formal y positivo de recepción o conformidad, cuya fecha de realización representa el dies a quo tanto del plazo de tres meses para aprobar la certificación final de las obras y abonarla al contratista a cuenta de la liquidación del contrato, como del plazo de garantía a cuyo término, si el estado de las obras es el adecuado, surge su derecho a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes que deberá efectuarse en el plazo de sesenta días (art. 218 LCSP).

(...)

3.2. Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones contractuales (por todos, Dictámenes 300/2020, de 16 de julio; 243/2019, de 20 de junio; y 106/2020, de 14 de mayo), sobre qué debe entenderse por «incumplimiento de la obligación principal del contrato», con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, la STS de 1 de octubre de 1999, que señala que «a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación», es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de «denominación» que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato.

3.3. Por lo demás, se ha de recordar -tal y como ha manifestado de forma reiterada este Organismo Consultivo, v.gr., Dictamen 158/2014, de 29 de abril; o 300/2014, de 3 de septiembre-, que la resolución es el último remedio ante un contrato en crisis y, conforme indica la STS de 26 de marzo de 1987, existen otras alternativas de aplicación previa como es la aplicación de penalidades que, como en la resolución, sólo podrían imponerse «cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra (...) pues, como añade esta misma sentencia, “lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista” (...) ».

Siguiendo con la citada sentencia, «la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas, o si, por el contrario, procede sólo la imposición de penalidades (...) no pudiendo caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control».

Por su parte, el Consejo de Estado, al tratar del poder resolutorio de la Administración, sostiene en su Dictamen 41.941, de 1 de marzo de 1979, que “la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier

incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida».

Mantiene, además, en su Dictamen 42.000, de 22 de febrero de 1979, que “es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas» (Doctrina reiterada en los DDCC 4/2023, 76/2023 y 87/2023).

C. 1. 3. Incumplimiento de la obligación principal de contrato

Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones contractuales (por todos, Dictámenes 300/2020 de 16 de julio, 243/2019, de 20 de junio y 106/2020, de 14 de mayo), sobre qué debe entenderse por «*incumplimiento de la obligación principal del contrato*», con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la STS de 1 de octubre de 1999 que señala que «*a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación*», es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de «*denominación*» que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato.

En el presente caso, a la vista de la negativa a la firma del acta de replanteo para el inicio de las obras cuya dirección corresponde al contratista, y del análisis del objeto del contrato, resulta evidente que la contratista ha incumplido totalmente una las obligaciones principales del contrato, lo que implica la resolución del mismo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 211.1.f) LCSP.

La oposición del contratista a la resolución, fundada en que no renuncia a cumplir el contrato, sino a cumplirlo en los términos de un «*acuerdo justo*», con la consiguiente modificación de los honorarios y los plazos previstos en el contrato, no deja de constituir un auténtico incumplimiento del mismo, toda vez que el contrato que le fue adjudicado y respecto de cuyo contenido presentó licitación y firmó, es el que incumple. Y es que la modificación pretendida, además de no ser procedente de acuerdo con lo expresado en el informe técnico, implicaría la necesidad de una nueva licitación, pues lo que pretende ahora el contratista es someterse a un nuevo contrato, del que pretende ser el adjudicatario sin previa licitación, distinto de aquel a cuyo cumplimiento se obligó (DCC 236/2023).

C. 1. 4. Incumplimiento esencial

En cuanto al carácter esencial de los incumplimientos, ha de traerse a colación los recientes dictámenes 457/2019 y 374/2019 de este Consejo Consultivo, en los que, con cita de otros anteriores, se apunta:

«(...) es preciso señalar que una obligación contractual esencial sería aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcance el fin perseguido por el contrato, tal y como se afirma en el Dictamen 212/2014 del Consejo Consultivo de Madrid, al igual que este Consejo Consultivo de Canarias ha señalado, al decir en su Dictamen 243/2019, de 20 de junio, lo siguiente:

(...) Ahora bien, en el mismo sentido de la Propuesta de Resolución, debe decirse que ha venido señalando el Tribunal Supremo, así, en su STS de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”, es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de “denominación” que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato. Así resulta, como transcribe la Propuesta de Resolución, que “Por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato”.

(...)

Una obligación no deviene esencial por ser calificada como tal en el pliego y en el contrato, sino que esta debe serlo ab initio, esto es, debe estar vinculada al objeto del contrato y elementos de un contrato en particular, de manera que constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes (Dictamen del Consejo de Estado n.º 3428/1999, de 18 de mayo de 2000).

La Junta Consultiva de Contratación del Estado ha adoptado una postura formalista (informe 63/2011): «La tipología de cláusula contractual que cualifica el incumplimiento de cualquier obligación como causa de resolución potestativa por parte de la Administración Pública no es admisible, debiendo el órgano de contratación hacer un uso moderado de la disposición legal recogida en el art. 223 letra h) del TRLCSP, de manera que en el pliego y en el contrato deberá hacerse una enumeración precisa, clara e inequívoca de las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento lleve aparejada la sanción de la resolución potestativa y, además, deberá asegurarse de que las obligaciones que se enuncian sin ser esenciales son suficientemente relevantes, de acuerdo con la realidad del contrato, como para justificar la posible resolución del contrato, esto es, no son obligaciones sin trascendencia o nimias».

No obstante, el Consejo de Estado (dictamen 602/2013, de 26 de junio o 352/2015, de 29-04-2015) y los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas han primado la esencialidad de la obligación frente al aspecto puramente formal (Dictamen 24/2015, de 28 de diciembre del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha; 35/2014 del Consejo Consultivo de Andalucía o 183/15; 217/15 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y Dictamen 243/2019 del Consejo Consultivo de Canarias).

En este sentido, cabe citar un extracto del Dictamen 24/2015 del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha:

«(...) De las causas de resolución, como prerrogativa de la Administración, recogidas en el TRLCSP, debe fijarse la atención en las previstas en el artículo 223, cuyo apartado f) establece como tal “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales por los pliegos o en el contrato”, y en el apartado h) que se refiere a “Las establecidas expresamente en el contrato”.

Al respecto ha de señalarse que, tanto en el ámbito de la contratación civil como de la administrativa, la jurisprudencia ha advertido que no todo incumplimiento contractual podría dar lugar al derecho de la otra parte a resolver el contrato, distinguiéndose por la jurisprudencia aquellos incumplimientos generadores de la posibilidad de ejercicio del derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no lo conllevan, aun cuando puedan posibilitar la exigencia de indemnización por daños y perjuicios. Tal doctrina es perfectamente aplicable en el ámbito administrativo, de forma que sólo los incumplimientos de obligaciones contractuales esenciales pueden ser generadores del legítimo ejercicio de la potestad de resolución de dichos contratos y ello, como ya hemos señalado, cuando sea esta opción la que más conviene al interés público en liza.

Para la determinación de la trascendencia de los diversos incumplimientos que se produzcan, el Tribunal Supremo ha manifestado reiteradamente (sentencias de 16 de octubre de 1984, Ar. 5655, de 9 de octubre de 1987, Ar. 8324, de 23 de noviembre de 1988, Ar. 9199, entre muchas otras) que ha de prestarse en cada caso atención a las circunstancias concurrentes, con el fin de dilucidar si se está ante un verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos o, por el contrario, más bien ante un mero retraso, desfase o desajuste en modo alguno expresivo de aquella voluntad y, en definitiva, de un efectivo incumplimiento de la esencia de una obligación.

Por lo tanto, en este ámbito no toda irregularidad puede conllevar la habilitación a la Administración Pública para que ejercite su potestad resolutoria, sino sólo aquellos supuestos en los que el servicio deja de prestarse o se presta en condiciones tales que se lesiona el interés público que se pretende satisfacer.

Asimismo, para que proceda la resolución debe añadirse un último requisito que viene siendo exigido por la doctrina jurisprudencial (STS 14 de junio de 2002, RJ 2002,8053; 14 de diciembre de 2001, RJ 2002,1433; 1 de octubre de 1999, RJ 2000,1393) y por la propia doctrina de este Consejo (dictámenes 229/2007 de 5 de diciembre y 120/2008, de 11 de junio) y es que, para que quede legitimada tan drástica consecuencia, el incumplimiento ha de ser relevante, en el sentido de que afecte a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación. (...)

Además de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la causa de resolución tipificada en el artículo 223.f) tiene su precedente en el artículo 111.g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que también tipificaba como causa de resolución “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”, pero sin exigir, como hace la norma actual, que en el pliego o en el contrato se hayan calificado como tales. Es de reseñar que aunque sea conveniente que en los propios pliegos o contratos se contenga una calificación de sus cláusulas, puesto que son los instrumentos en los que las

partes determinan aquello a lo que se obligan, esta nueva exigencia, introducida por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, no debe interpretarse en el sentido de que de no hacerse así resulte imposible resolver un contrato por el incumplimiento de sus cláusulas esenciales, puesto que lo realmente determinante es su carácter o no como tales. De lo contrario, en casos como el presente en los que no se determina expresamente qué obligaciones son esenciales, habría que extraer la consecuencia de que no cabría en ningún caso la resolución por este motivo, lo cual sería absurdo» (DCC 373/2023).

D. Concesiones administrativas

D. 1. Régimen jurídico

Respecto a la regulación sustantiva de la extinción del título concesional, es oportuno traer a colación lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 283/2022 de 13 de junio (con cita, a su vez, de los DCC 386/2019, de 7 de noviembre y 316/2014, de 11 de septiembre):

«Aunque no se concreta el régimen jurídico aplicable, la concesión se otorgó al amparo de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), y el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por R.D.1372/1986, de 13 de junio (RBCL), de desarrollo de los arts. 79 a 83 LRBRL. Tales disposiciones constituyen su régimen jurídico de primer grado (art. 1.1 RBCL); el de segundo grado, lo constituye la legislación básica del Estado en materia de régimen jurídico de bienes de las Administraciones Públicas constituido actualmente por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), aunque el aplicable al tiempo de la adjudicación lo constituye la Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de Bases del Patrimonio del Estado, y Texto Articulado, (aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril), y su Reglamento de desarrollo, aprobado por R.D.1373/2009, de 28 de agosto. Tal régimen jurídico patrimonial es el que se debe aplicar también cuando de extinguir –que no resolver- la concesión se trata. Lo que significa que no estamos en presencia de una resolución de contrato administrativo, por más que (...) la legislación patrimonial remita en ocasiones a la contractual. El procedimiento de resolución incoado se fundamenta en las causas de resolución de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que se considera de aplicación supletoria por la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, LCSP], dadas las lagunas del pliego. Sin embargo, por muchas similitudes que haya entre las legislaciones patrimonial y contractual, el régimen jurídico que debemos seguir en primer lugar es el patrimonial, no el contractual. Ha de señalarse que la concesión –de dominio público y no de servicio público-, a cuyo Reglamento se hace referencia indebidamente en la Propuesta de Resolución fue adjudicada antes de la entrada en vigor de la Ley 33/2003, que se produjo el 4 de febrero de 2004 (disposición final sexta LPAP). Por lo que atañe al régimen concesional, esta Ley contiene sendas disposiciones transitorias relativas a la improrrogabilidad de las concesiones concedidas por un plazo mayor de 75 años (primera) y a los expedientes patrimoniales que se encuentren en tramitación, que se someterán a la nueva Ley (tercera). La anterior legislación patrimonial, derogada, carece pues

de ultraactividad, más allá del hecho de que los actos de trámite dictados a su amparo siguen vigentes en tanto no se opongan a la nueva Ley, que sería la aplicable. Lo que significa que en primer lugar deben aplicarse las determinaciones de la Ley de Bases de Régimen Local, su Reglamento de Bienes, así como las vigentes Ley y Reglamento de Patrimonio, y solo supletoriamente la legislación contractual. En todo caso, al margen de lo expuesto, ambas legislaciones –la contractual y la patrimonial contemplan las mismas causas que en este caso se alegan para fundar la extinción de la concesión» (DCC 62/2023).

D. 2. Extinción. Procedimiento

Analizada la normativa material aplicable a la concesión administrativa, procede, a continuación, centrarnos en el estudio del Derecho procedimental. A falta de un procedimiento general establecido a tales efectos en la normativa tanto de régimen local como de patrimonio de las Administraciones Públicas, y por aplicación del orden de fuentes previsto en el art. 1.2, apartado f) en relación con los arts. 78.2, 81 y demás concordantes del RBEL, parece lógico, desde el punto de vista jurídico, seguir el procedimiento que, para la resolución de los contratos, establece la normativa de contratación administrativa. Tesis que encuentra apoyo, asimismo, en lo ya manifestado por este Consejo Consultivo en los Dictámenes 316/2014, de 11 de septiembre, 386/2019, de 7 de noviembre y 273/2020, de 2 de julio -donde se propugna la aplicación supletoria de la legislación contractual-.

En segundo lugar, y como ha tenido ocasión de señalar este Organismo, entre otros, en su Dictamen 273/2020, de 2 de julio, «las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la extinción del título concesional». A la vista de ello y habiéndose iniciado el presente procedimiento de extinción de la concesión administrativa bajo la vigencia de la LCSP (Disposición Final Decimosexta), procede acudir a su art. 191, relativo al «procedimiento de ejercicio» de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación, precepto en el que se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, apartado a)]. Tales trámites aparecen debidamente cumplimentados en el expediente administrativo que se ha remitido a este Consejo. Por su parte, el art. 109.1, apartado c) del mismo texto normativo, prevé la evacuación preceptiva del informe de los Servicios Jurídicos, trámite asimismo observado durante la instrucción del presente procedimiento administrativo.

También es de aplicación, en cuanto al procedimiento a seguir, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP (**DCC 62/2023**).

D. 3. Concesión de bienes inmuebles.

D. 3. 1. Naturaleza

Por lo que se refiere a la naturaleza del contrato, procede traer a colación la doctrina contenida en nuestros Dictámenes 147/2016 de 16 de mayo y 382/2018 de 21 de septiembre, que precisamente se pronuncian sobre la naturaleza de contratos similares al del presente caso (contrato de concesión de bien inmueble de dominio público):

«1. El 19 de febrero de 2001, la Comisión Municipal de Gobierno del Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane, tras la tramitación por el procedimiento abierto en la modalidad de concurso, adjudicó (...) la concesión para uso privativo de una superficie de 14 m2 de la plaza pública de Los Barros con el fin de la instalación y explotación de un quiosco destinado a bar cafetería.

(...)

2. La plaza de Los Barros tiene naturaleza pública. Las plazas públicas son bienes de dominio público destinados al uso público local (art. 344 del Código Civil, art. 79.3 LRBRL en relación con el art. 26.1 de la misma, art. 74.1 TRRL, 3.1 RBEL en relación con el art. 2 del mismo).

El art. 75 RBEL define como uso privativo del dominio público, la ocupación de una porción de éste, que limita o excluya la utilización por los demás usuarios. El art. 78 RBEL lo sujeta a concesión administrativa que se otorgará conforme a las prescripciones del propio Reglamento y de la legislación de contratación de las Corporaciones locales, que a la entrada en vigor del RBEL estaba recogida en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (aprobado por el Decreto de 9 de enero 1953, derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), porque establecía su aplicación a las Administraciones locales [art. 1.2.c)], lo cual reitera el TRLCAP que la sustituyó. Por tanto, la remisión del art. 78 RBEL, en la fecha de la adjudicación, era al TRLCAP.

El art. 3 TRLCAP, entre los negocios y contratos excluidos de su ámbito de aplicación, no comprende los contratos dirigidos a otorgar una concesión administrativa sobre un bien de dominio público.

El art. 5 TRLCAP define como contratos administrativos típicos aquellos cuyo objeto directo lo constituya la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos, la prestación de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios.

Como contratos administrativos especiales define los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.

Los restantes contratos celebrados por la Administración son contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, los contratos de seguros y bancarios y de inversiones y los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

Es evidente que los contratos cuyo objeto es el otorgamiento de una concesión administrativa sobre un bien inmueble de dominio público no pueden ser incluidos en los contratos de compraventa, donación, permuta y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, porque los bienes de dominio público son inalienables. Por esta razón no tiene la naturaleza de un contrato privado. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 227/1988, de 29 de noviembre y 149/1991, de 4 de julio, afirma que «la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes». Por consiguiente, los contratos que otorgan derechos administrativos reales de uso privativo sobre bienes demaniales no pueden tener nunca la naturaleza de contratos privados. Como tampoco son contratos administrativos típicos, tienen la naturaleza de contratos administrativos especiales.

Esta naturaleza es corroborada por el hecho de que los actos y negocios de gestión del demanio de una Administración pertenecen a su giro o tráfico específico en cuanto están dirigidos a proporcionar el mejor y más conveniente uso público. Por esta razón, se reitera, el contrato de concesión administrativa del uso privativo de una porción del dominio público local es un contrato administrativo especial.

Este contrato hay que distinguirlo de aquellos supuestos en que la Administración titular del demanio celebra un contrato administrativo de gestión de servicios públicos en el que la utilización de bienes de uso público solo representa la base necesaria para la prestación del servicio público. En este supuesto se estaría ante dicho contrato administrativo típico, regulado por sus normas específicas y en virtud del cual el contratista, para el uso de esos bienes de dominio público afectos al servicio, no necesita que se le otorgue la concesión, porque ya el contrato lo habilita para ese uso (art. 91 LPAP, art. 74.3 RBEL).

3. El contrato de concesión administrativa de dominio público local es un contrato administrativo especial que tiene por objeto regular la constitución de un derecho real administrativo de uso privativo temporal de una porción del dominio público local y el ejercicio y contenido de la relación jurídica establecida entre el titular demanial y el adjudicatario interesado en el uso del dominio público local. Hay que retener que el contrato no se confunde con la concesión. Un contrato puede ser fuente de una pluralidad de facultades y derechos subjetivos concretos. Unos de ellos pueden ser de créditos y otros reales. Los derechos, no los contratos, son los que pueden ser reales. El derecho real administrativo de uso del dominio público o concesión lo crea el contrato pero no se confunde con este, el cual, al lado de este derecho real, crea otros derechos de crédito y facultades de las partes, como resulta del art. 80 RBEL y de las cláusulas del presente contrato y de su pliego de cláusulas administrativas» (DCC 62/2023).

D. 3. 2. Plazo

También manifestábamos en dichos dictámenes que la distinción que se acaba de señalar tiene importancia porque el art. 80 RBEL dispone que el plazo de la concesión

establecido por el contrato es improrrogable y antes de su término el concesionario está obligado a abandonar y dejar libres y vacuos, a disposición de la Administración, los bienes objeto de la utilización. El derecho real administrativo de uso privativo de una porción del dominio público local es temporal e improrrogable. Al término de su plazo, caduca inexorablemente y desaparece del mundo jurídico. Por ello, de forma simultánea, se ha de proceder a la extinción del contrato por su cumplimiento, el cual es improrrogable, ya que su objeto principal es la creación de la concesión y la regulación de las obligaciones y derechos accesorios a ella. Unas y otros no tienen existencia independiente de la concesión. Si, no obstante, al vencimiento del plazo no se procediere a la reversión del bien y a la extinción del contrato por su cumplimiento, entonces la ocupación del dominio no estará legitimada por la concesión, porque ésta se ha extinguido. Se trataría de una mera posesión natural (art. 430 del Código Civil) amparada en la prórroga ilegal del contrato y para cuyo cese es necesaria la resolución de éste, salvo que se produzca el abandono voluntario del contratista **(DCC 62/2023)**.

E. Contratos privados

Para resolver la cuestión planteada, debemos partir de una consideración previa, pero de trascendencia a estos efectos como es que, en el presente caso, conforme se establece en la cláusula 2 del PCAP, el contrato del que trae causa el presente Dictamen se calificó como contrato administrativo de servicios de carácter privado, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 17 y 25.1.a), 1º LCSP.

A este respecto, los contratos de servicios que celebre una Administración Pública y que, como establece la LCSP, tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con el número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6, son mencionados expresamente en el art. 25.1.a).1º de la norma legal como una excepción a la calificación de contratos administrativos de servicios.

De esta manera, si el legislador no hubiera hecho esta excepción, serían calificados sin dificultad como contratos administrativos de servicios, por lo que, la excepción hace que debamos calificar a estos servicios como contratos privados a los efectos de la determinación de su régimen jurídico. Recordemos igualmente que esta misma excepción se predica también de los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3, y de aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

La calificación de la naturaleza privada determina, en todos estos contratos, que su régimen jurídico sea el que regula el art. 26 LCSP. El apartado 2 de este precepto, en su párrafo segundo, contiene una regulación específica para estos contratos privados en cuya virtud:

«Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado».

Sin perjuicio de lo anterior, el segundo párrafo de este apartado alude expresamente a las excepciones legales para añadir que:

«No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1º y 2º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada».

Por lo tanto, ninguna duda cabe que los contratos de servicios que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos que celebre una Administración Pública se consideran contratos privados de la Administración, quedando sometidos al derecho privado en cuanto a los efectos y extinción –salvo los artículos relativos a condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de contratos cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada-, y a la LCSP, Libros Primero y Segundo, en lo relativo a preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas.

Sentado lo anterior, no está de más añadir que la propia Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo dispone, en el art. 2.b) que dicho orden jurisdiccional conoce de las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos y únicamente de “los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas”, pero no para los efectos derivados de su ejecución o extinción. Mientras que el art. 27.2. a) y b) de la LCSP dispone que, el orden civil será el competente para resolver:

«a) Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior.

b) De las cuestiones referidas a efectos y extinción de los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores».

Finalmente, debe tenerse en cuenta la previsión del art. 9.2 de la LOPJ, que dispone que los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional **(DCC 239/2023)**.



En el presente caso, debemos partir de la consideración de que el contrato es calificado por el propio Ayuntamiento de Puerto del Rosario como contrato privado de exclusividad de publicidad institucional.

Se trata de un contrato de creación publicitaria de los previstos en el art. 21 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP) y la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional.

Conforme al art. 20 de la LGP el contrato de creación publicitaria *«es aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario»*.

Asimismo, el art. 21 LGP dispone que *«las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo»*.

Por otro lado, los contratos celebrados por una Administración Pública y que tengan por objeto la creación artística son mencionados expresamente en el art. 25.1.a).1º LCSP como una excepción a la calificación de contratos administrativos de servicios.

Sentado lo anterior, en el supuesto sometido a nuestra consideración nos encontramos ante un contrato privado de creación publicitaria, de carácter menor por su cuantía, cuyo régimen jurídico es el regulado en el art. 26 LCSP. Esto es, su preparación y adjudicación, se rige por las normas administrativas, en tanto que sus efectos y extinción deben ajustarse a las normas de derecho privado.

Por tanto, la resolución de un contrato privado no se rige por normas administrativas, siendo impugnabile únicamente ante la Jurisdicción Civil. Y ello, por cuanto en los contratos privados la Administración no está revestida de la prerrogativa de autotutela, como se deduce de la interpretación a sensu contrario del art. 190 LCSP, por lo que no estaría facultada por la Ley para poder resolver un contrato por sí misma. Careciendo, por tanto, la Administración del privilegio de la decisión de resolver el contrato, la única vía para hacerlo es acudiendo al auxilio de los Tribunales Civiles.

A mayor abundamiento, no está de más añadir que la propia Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo dispone, en el art. 2.b) que dicho orden jurisdiccional conoce de las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos y únicamente de *«los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas»*, pero no para los efectos derivados de su ejecución o extinción. Mientras que el art. 27.2. a) y b) LCSP dispone que, el orden civil será el competente para resolver:

«a) Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior.

b) De las cuestiones referidas a efectos y extinción de los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores».

Finalmente, debe tenerse en cuenta la previsión del art. 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dispone que los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional **(DCC 396/2023)**.

5. Otras voces

A. Competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias

A. 1. Colegios profesionales

El artículo 36 de la Constitución establece: *“La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”*.

Este precepto *«contiene fundamentalmente una reserva de ley»* (STC 42/1986). Como los colegios profesionales son corporaciones de derecho público que pueden ejercer por delegación de la ley funciones administrativas en la ordenación del ejercicio profesional, con base en el art. 149.1.18ª de la Constitución, *«corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustar su organización y competencias las corporaciones de Derecho Público representativas de intereses profesionales»* (STC 76/1983). Esa legislación básica está contenida en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (ley preconstitucional) y en el artículo 15, apartados 2 y 3, de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico.

En cuanto a la legislación europea y estatal de aplicación, se ha pronunciado este Consejo Consultivo, en su Dictamen 554/2018, de 12 de diciembre, entre otros muchos, en el que se afirma lo siguiente:

«1. La legislación estatal en la materia viene constituida por la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (LCP), modificada por las Leyes 74/1978, de 26 de diciembre, y 7/1997, de 14 de abril, y por el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio. Por otra parte, en desarrollo de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se ha dictado la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que la incorpora parcialmente y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que en virtud del mandato contenido en la disposición final quinta de la anterior, culmina la transposición de la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Directiva, extendiendo los principios de su regulación a sectores no afectados por ésta con el fin de contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados, no sólo mediante el establecimiento de unos nuevos principios generales, sino también a través de la evaluación de toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio, para su correcta adecuación a los criterios que la normativa comunitaria establece. 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 introduce un total de dieciocho modificaciones en la LCP.

Como ya indicábamos en el Dictamen 376/2013, de 4 de noviembre, las modificaciones más significativas que introdujo la citada Ley 25/2009, consistieron en las siguientes:

«A) Se modifica el art. 1.3 LCP, otorgándole una nueva redacción que cabe analizar desde una doble perspectiva. De un lado, la función de representación que los Colegios ostentaban con carácter exclusivo respecto de los colegiados pasa a exigirse únicamente en aquellos Colegios cuya inscripción sea preceptiva para el ejercicio de la profesión; de otro, se añade como fin esencial de los mismos “la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados”, con el propósito de dar cumplimiento a las exigencias de refuerzo de sus derechos propugnadas por la Directiva en cuanto a garantizarles una adecuada calidad-precio respecto de los servicios percibidos, cuya justificación se halla en el mantenimiento de un régimen de autorización y de determinadas restricciones.

B) Se introduce un nuevo apartado 5 en el artículo 2 para conseguir el pleno respeto a los principios de legalidad y de reserva de ley que establece el art. 36 CE, según el cual será la Ley la que regulará el ejercicio de las profesiones tituladas, hecho que implica una implícita derogación de las normas de rango inferior vigentes hasta el momento en la materia. En este sentido, tanto la determinación de los requisitos y restricciones al ejercicio de una profesión,

como las incompatibilidades entre actividades profesionales supone implícitamente establecer una limitación al derecho de libre elección de profesión u oficio reconocido en el art. 35 CE, lo que justifica su regulación a través de una norma legal.

C) Se da una nueva redacción al art. 3 LCP, de tal manera que se aboga por el principio de libre ejercicio a través de la eliminación de la posibilidad de exigir una comunicación o contraprestación económica cuando se ejerza una determinada profesión en un ámbito territorial diferente a aquel en el que se halla el Colegio en que el ejerciente se halla inscrito. De este modo, se permite el ejercicio en todo el territorio español por parte de un colegiado siendo suficiente la incorporación en un solo Colegio y se incentiva la cooperación interadministrativa y los servicios de comunicación intercolegiales.

D) En el art. 5 LCP se introducen toda una serie de modificaciones por medio de las que se atribuye a los Colegios cuantas facultades sean necesarias para asegurar la protección de los consumidores y usuarios en el marco del interés general de la prestación de servicios por parte de sus colegiados. Muy específicamente se efectúan mandatos dirigidos a tales instituciones en los que se les impone el deber de cooperar con las instituciones de la Unión Europea para conseguir las finalidades perseguidas por ésta en el ámbito de sus competencias.

Al mismo tiempo, se suprime la función relativa a la determinación de baremos orientativos de honorarios y se prohíbe expresamente el establecimiento de cualquier otro tipo de recomendaciones de precios por ser considerados como un instrumento para la concertación tácita de los mismos. Excepcionalmente se permite la aprobación de unos criterios para la determinación de las cantidades entendidas como excesivas a efectos de tasación de costas y jura de cuentas en los procesos judiciales, cumpliendo su función de colaboración con la Administración de Justicia».

2. La LCP es una ley preconstitucional, con el carácter de ley ordinaria, y por razones obvias no pudo prever para sí la condición de básica, categoría entonces inexistente. No obstante, a lo largo de su vigencia durante el periodo constitucional el TC ha tenido ocasión de considerar que algunos de sus preceptos regulan materias que constituyen regulación estatal básica. Muchos han sido los pronunciamientos del TC acerca de la materia de los Colegios profesionales, especialmente en relación con el art. 36 CE.

(...)

En relación con la posibilidad de creación de Corporaciones de derecho público de adscripción voluntaria como es el Colegio Profesional de la Pedagogía y de la Psicopedagogía, señalábamos en el Dictamen 329/2018, de 17 de julio:

“ 2. En el Fundamento jurídico 9 de la STC 330/1994, de 15 diciembre, se concluyó:

“(...) la Constitución no impone en su art. 36 un único modelo de Colegio profesional. Bajo esta peculiar figura con rasgos asociativos y corporativos pueden englobarse por el legislador estatal, en ejercicio de su competencia para formalizar normas básicas de las Administraciones públicas ex art.

149.1.18 de la Constitución, situaciones bien distintas como son las que corresponden al ejercicio de funciones públicas en régimen de monopolio o de libre concurrencia en el mercado como profesión liberal, y con colegiación forzosa o libre. Del mismo modo, no tiene por qué erigirse, en los supuestos legales de colegiación voluntaria, una inexistente obligación constitucional de colegiarse, en un requisito habilitante para el ejercicio profesional. Y es asimismo posible que los Colegios profesionales asuman la defensa de actividades profesionales que no configuren, en realidad, profesiones tituladas.”

3. En su Sentencia 194/1998, de 1 octubre, el Tribunal Constitucional razonó así:

“(…) este Tribunal se ha pronunciado sobre la relación entre los Colegios Profesionales y el derecho de asociación que garantiza el art. 22 CE. Con carácter general hemos establecido que los Colegios no son asociaciones a los efectos del mencionado precepto constitucional, por lo que ni existe un derecho de los ciudadanos a crear o a que los poderes públicos creen Colegios Profesionales ni a éstos les es aplicable el régimen propio de las asociaciones (SSTC 89/1989, 131/1989, 139/1989 y 244/1991, entre otras). También hemos abordado esa relación desde la perspectiva de la colegiación obligatoria, concluyendo que el hecho de que se imponga la pertenencia a un Colegio no es por sí mismo contrario a los arts. 22 y 28 CE, ya que no excluye la adscripción del colegiado a las asociaciones o sindicatos que estime conveniente (SSTC 123/1987, 139/1989 y 166/1992).

(…)

No son por tanto los fines relacionados con los intereses corporativos de los integrantes del Colegio -fines que, como acaba de recordarse, podrían alcanzarse mediante una asociación- los que justifican la legitimidad de la opción del legislador por la colegiación obligatoria, sino esos otros «fines específicos, determinados por la profesión titulada, de indudable interés público (disciplina profesional, normas deontológicas, sanciones penales o administrativas, recursos procesales, etc.)» (fundamento jurídico séptimo).

Por otra parte, y como también se recuerda, en la resolución que venimos citando, «el legislador, al hacer uso de la habilitación que le confiere el art. 36 CE, deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22) como el de libre elección profesional y de oficio (art. 35) y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un Colegio Profesional, haya de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir un interés público» (fundamento jurídico 5.º). Esta misma conclusión sobre la legitimidad constitucional de la colegiación obligatoria y su necesaria vinculación con la tutela de intereses generales ha sido reiterada en la STC 131/1989 y en las antes citadas SSTC 35/1993 y 74/1994.”

4. Por todo ello, tal como resulta de la jurisprudencia constitucional, no son rasgos esenciales de los colegios profesionales ni la adscripción obligatoria, como requisito para el ejercicio profesional, ni que únicamente puedan agrupar a profesionales titulados. Los derechos fundamentales de libertad de asociación y de libertad de elección de profesión (arts. 22 y 35 de la Constitución) exigen que la imposición por ley de la colegiación obligatoria para el ejercicio de una profesión se justifique en que esa colegiación forzosa resulte necesaria para la tutela de intereses públicos relevantes que de otra manera quedarían desprotegidos. Esa colegiación forzosa sólo es posible imponerla si previamente la ley ha reservado el ejercicio de una profesión a quienes posean un título habilitante, que puede ser

académico -y, en este caso, si es universitario, la profesión será titulada- o a un título administrativo o licencia. La ley también puede permitir la colegiación voluntaria para aquellos supuestos en que, existiendo fines de interés público que justifiquen la creación, mediante ley, de un colegio al que se encomienden funciones de protección de los intereses de los destinatarios de los servicios profesionales, esos fines públicos no sean lo suficientemente relevantes como para exigir la colegiación forzosa.

En definitiva, se afirma la competencia del Estado para reservar al legislador estatal la determinación con carácter básico de los supuestos de colegiación obligatoria; por lo demás, los colegios profesionales voluntarios son, a partir de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, el modelo común, correspondiendo al legislador estatal determinar los casos en que la colegiación se exige para el ejercicio profesional y, en consecuencia, también las excepciones.

Es posible, por tanto, la creación de colegios profesionales de adscripción voluntaria cuando se justifique la creación de una corporación de derecho público para conseguir fines de interés público (en la medida en que se dirijan a proteger de algún modo los derechos de los destinatarios de la actividad profesional de que se trate), pero que no sean lo suficientemente relevantes como para exigir la adscripción obligatoria para el ejercicio profesional. Esto es lo que puede acontecer, entre otros posibles casos, en aquellos en que existan profesionales con títulos académicos u oficiales cuya obtención confiere simplemente una especialización profesional, una mayor preparación en la actividad de que se trate, pero que no está legalmente reservada a la posesión de aquéllos. Esto es, actividades de ejercicio libre pero en las que el profesional puede ostentar una preparación especial acreditada por esos títulos. Hay pues una diferencia esencial entre profesión legalmente reservada y profesión libre realizada ostentando un título académico u oficial cuya posesión acredita una especial preparación para el ejercicio de esa profesión que, sin embargo, pueden ejercer quienes no posean esos títulos, como acontece en el caso que nos ocupa (**Doctrina reiterada en los DDCC 96/2023 y 97/2023**).

A. 2. Convenios de colaboración

A. 2. 1. Competencia para su celebración

En nuestros anteriores Dictámenes sobre convenios de colaboración (DCC 328/2018 de 17 de julio, 131/2019 de 8 de abril, 505/2020 y 506/2020, ambos de 2 de diciembre y 547/2020 de 18 de diciembre, entre otros) analizábamos la adecuación constitucional y estatutaria de los convenios correspondientes, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siendo la doctrina contenida en los mismos aplicable al presente Acuerdo de Colaboración.

Así, nos referíamos al art. 145.2 CE, que permite a los Estatutos de Autonomía prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar

convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales.

Pues bien, en relación con dicho precepto, siguiendo al Tribunal Constitucional en su Sentencia 44/1986, de 17 de abril, en el Estatuto de Autonomía de Canarias se contienen normas o previsiones estatutarias para la regulación de los convenios de colaboración o cooperación, a fin de que a través de éstos no puedan crearse situaciones contrarias a la prohibición de federación de Comunidades Autónomas contenida en el apartado 1 del art. 145 CE.

No es, por tanto, el art. 145.2 CE un precepto que habilite a las Comunidades para establecer convenios entre ellas, sino que, supuesta esa capacidad, delimita por su contenido los requisitos a que ha de atenerse la regulación de esta materia en los Estatutos, y establece el control por las Cortes Generales de los acuerdos de colaboración o convenios de cooperación. También añadíamos que la jurisprudencia constitucional ha distinguido estos convenios de las meras declaraciones conjuntas o de intenciones, pues lo que caracteriza a los convenios es que encierran compromisos jurídicamente vinculantes para las Comunidades participantes, si bien, como al respecto ha indicado el Tribunal Constitucional (SSTC 13/1992, 95/1986 y 186/1999) en ellos ha de respetarse el principio de indisponibilidad de las competencias, de modo que a través de tales instrumentos no se puede operar un trasvase de la titularidad de los poderes que corresponden a las partes o una renuncia a las facultades propias de las mismas.

Por tanto, de acuerdo con dicha previsión constitucional y como ya hemos señalado, el art. 193 EAC establece el contenido y procedimiento de aprobación de los convenios con otras Comunidades Autónomas, y su suscripción deberá ser objeto de informe al Parlamento de Canarias por el Gobierno de Canarias en el plazo de un mes, así como comunicado a las Cortes Generales, entrando en vigor una vez enviada la comunicación a éstas a los treinta días de esta última, salvo que dentro de dicho plazo las Cortes lo califiquen como acuerdo de cooperación que deba ser autorizado por las mismas.

En consecuencia, los convenios entre Comunidades Autónomas se configuran como instrumentos de colaboración interadministrativa, debiendo versar su contenido sobre actuaciones ejecutivas, organizando de manera común la actividad administrativa o el servicio que se preste sobre materias cuya competencia les corresponde en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía **(DCC 216/2023)**.

A. 3. Coordinación de las policías locales

El art. 148.1.22ª CE dispone que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de coordinación y demás facultades en relación con las policías locales *“en los términos que establezca una ley orgánica”*.

Y es la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la que en su art. 39 establece:

«Corresponde a las Comunidades Autónomas, de conformidad con la presente Ley y con la de Bases de Régimen Local, coordinar la actuación de las Policías Locales en el ámbito territorial de la Comunidad, mediante el ejercicio de las siguientes funciones:

a) Establecimiento de las normas-marco a las que habrán de ajustarse los Reglamentos de Policías Locales, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y en la de Bases de Régimen Local.

b) Establecer o propiciar, según los casos, la homogeneización de los distintos Cuerpos de Policías Locales, en materia de medios técnicos para aumentar la eficacia y colaboración de éstos, de uniformes y de retribuciones.

c) Fijar los criterios de selección, formación, promoción y movilidad de las Policías Locales, determinando los distintos niveles educativos exigibles para cada categoría, sin que, en ningún caso, el nivel pueda ser inferior a graduado escolar.

d) Coordinar la formación profesional de las Policías Locales, mediante la creación de Escuelas de Formación de Mandos y de Formación Básica».

Por su parte, la Disposición Adicional Décima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, tras su modificación por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, dispone:

«En el marco de lo dispuesto en las Leyes Orgánicas 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, y en las disposiciones legales reguladoras del régimen local, se potenciará la participación de los Cuerpos de policía local en el mantenimiento de la seguridad ciudadana, como policía de proximidad, así como en el ejercicio de las funciones de policía judicial, a cuyos efectos, por el Gobierno de la Nación, se promoverán las actuaciones necesarias para la elaboración de una norma que defina y concrete el ámbito material de dicha participación».

Más adelante, el art. 149.1.29ª CE dispone que el Estado tiene competencia exclusiva en 'Seguridad pública', "sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica."

La competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de seguridad, policía autonómica y ordenación general y coordinación supramunicipal de las policías locales canarias, viene recogida en el artículo 148 de su Estatuto de Autonomía, primero del Capítulo VIII ("Seguridad"), de su Título V ("De las competencias), que dice:

“1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias el establecimiento de políticas de seguridad públicas y de protección de personas y bienes en los términos previstos en el artículo 149.1.29ª de la Constitución.

2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la creación, organización y mando de un Cuerpo de Policía Canaria que, sin perjuicio de las funciones de los Cuerpos de Seguridad del Estado, y en el marco de lo dispuesto en el artículo 149.1. 29ª de la Constitución, desempeñe en su integridad las que le sean propias bajo la directa dependencia del Gobierno de Canarias.

3. Corresponde, asimismo, a la Comunidad Autónoma de Canarias la ordenación general y la coordinación supramunicipal de las policías locales canarias, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades municipales.

4. Se creará la Junta de Seguridad que, con representación paritaria del Gobierno del Estado y del Gobierno de Canarias, coordinará las políticas de seguridad y la actuación de la policía autonómica con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.”

El Tribunal Constitucional (TC), como señalamos en el DCC 47/2020, de 30 de enero, también ha contribuido con su jurisprudencia a acotar las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre coordinación de las policías locales. Decíamos en dicho Dictamen:

“Podemos destacar la STC n.º 85 de 8 de marzo de 1993:

«Para resolver el presente recurso no es necesario abordar la cuestión de las relaciones existentes entre los arts. 148 y 149 CE en el seno del sistema constitucional de distribución de competencias. Basta notar que en la materia de Policías Locales el bloque de la constitucionalidad sólo atribuye a la Comunidad autónoma actividades de coordinación. El resto de la materia corresponde al Estado, a quien el art. 149.1.29 de la Constitución ha reservado la competencia exclusiva sobre “seguridad pública”. En ejercicio de esta competencia las Cortes Generales han dictado la LOFCS en la que, entre otras cuestiones, se regulan diversos aspectos fundamentales de la organización y las funciones de las Policías Locales. Pues bien, estos preceptos condicionan sin duda el ejercicio de la competencia autonómica sobre coordinación de Policías Locales y, en consecuencia, pueden actuar como parámetro de su validez».

(...)

«A la luz de este texto y mediante una simple interpretación literal del mismo debe colegirse que su objeto y contenido no consiste en una autorización al Consejo Ejecutivo de la Generalidad para regular, haciendo uso de su potestad reglamentaria, el régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos que es el título competencial que con carácter exclusivo asigna el art. 149.1.26 de la Constitución. El precepto autonómico discutido es respetuoso con tal competencia estatal. Así se desprende de su tenor literal ya que la habilitación al reglamento autonómico se hace «de acuerdo con la normativa, vigente en materia de armamento», una normativa que no puede ser otra que la emanada por el Estado en virtud del título competencial reseñado. Concretamente, aunque

la Ley catalana establece que por reglamento se determinará el tipo de armas que utilizarán las Policías Locales, la cláusula final «de acuerdo con la normativa vigente en materia de armamento» lleva a interpretar el primer enunciado, no como una habilitación para que el reglamento autonómico precise el carácter armado o no de estos Cuerpos, ni para que homologue los tipos genéricos de armas que puedan llevar -puesto que éstas son competencias que corresponden al Estado en virtud del art. 149.1.26-, sino para que, dentro de lo dispuesto por el Estado, concrete los modelos y, marcas que deben utilizar, al objeto de homogeneizar y coordinar las Policías Locales en lo relativo a su armamento. Este mismo argumento interpretativo debe aplicarse a las remisiones efectuadas para que el reglamento determine las características de los depósitos de armas, las normas para administraras y las medidas de seguridad necesarias para evitar su pérdida, sustracción o uso indebido. Se trata de disposiciones que la Comunidad Autónoma puede dictar en virtud de sus competencias de coordinación y la cláusula de salvaguardia supone el reconocimiento de que su ámbito resulta acotado por lo que establezca el Estado en virtud de sus competencias sobre uso y tenencia de armas. En este mismo sentido, tanto el Consejo Ejecutivo como el Parlamento de la Generalidad reconocen en sus alegaciones el carácter exclusivo de la competencia estatal ex art. 149.1.26 de la Constitución”.

(...)

Por lo que se refiere al párrafo tercero de este art. 12, es de señalar que la legislación estatal sobre tenencia y uso de armas por parte de los miembros de los Cuerpos de Policía Local configura un margen de decisión de las autoridades de los municipios en el que resulta lícito que las Comunidades Autónomas incidan, al amparo de su competencia de coordinación de las Policías Locales, mediante el ejercicio de la función de establecer o propiciar la homogeneización de los distintos Cuerpos policiales en materia de medios técnicos. Así, por ejemplo, si el art. 2. del Real Decreto 740/1983 dispone que «los miembros de la Policía (...) de las Entidades Locales solo podrán usar el arma corta reglamentaria que les sea facilitada por las autoridades de que dependan, pudiendo poseer, excepcionalmente, otra arma de la segunda categoría en los casos especiales que se determinen por dichas autoridades», es perfectamente admisible que, la Junta de Andalucía precise, dentro de los tipos de armas que el Estado permite llevar a los Cuerpos de Policía Local, los modelos o marcas de armas a emplear y establezca los criterios en que se haya de inspirar aquella determinación.

El término “homologará”, que utiliza el precepto enjuiciado, no tiene por qué entenderse en sentido técnico estricto como sinónimo de determinación del tipo de armas que pueden llevar los policías municipales de Andalucía --competencia que, como queda dicho, corresponde al Estado ex art. 149.1.26--, sino como facultad para concretar lo dispuesto por el Estado [modelos, marcas, (...)] con la finalidad de homogeneizar y coordinar esas Policías en lo relativo a su armamento.

Similar incidencia le cabe a la acción coordinadora de la Junta en punto a medidas de seguridad (arts. 6 y 7 del Real Decreto 768/1981), y mayor aún en lo relativo a las prácticas de tiro que cita el precepto impugnado, acerca de las que nada se dice en la normativa del Estado. Por último, no es por completo inimaginable que en lo concerniente a las revistas periódicas quepa alguna medida de coordinación, a pesar de la detallada regulación contenida en el art. 5 del Real Decreto 740/1983.

7. Hemos de examinar, finalmente, el art. 21 de la Ley autonómica que, después de establecer que “todos los miembros de los Cuerpos de la Policía Local vestirán el uniforme reglamentario cuando

estén de servicio, salvo en los casos de dispensa previstos en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en cuyo supuesto deberán identificarse con el documento de acreditación profesional”, añade, en su párrafo segundo, aquí impugnado, que “los casos de dispensa serán objeto de concreción por los respectivos Alcaldes”.

La L.O.F.C.S., sin embargo, dispone en su art. 52.3, en relación con el art. 41.3 de la misma Ley Orgánica, que, en el ejercicio de sus funciones, los miembros de los Cuerpos de Policía Local “deberán vestir el uniforme reglamentario, salvo los casos excepcionales” que autorice el “Gobernador civil respectivo”. Es a esta autoridad, por tanto, y no al Alcalde, a quien le corresponde otorgar, excepcionalmente --y de modo singular, pues--, las dispensas de uniformidad, sin que quepa distinguir aquí, según parece sugerir la representación de la Junta de Andalucía, entre facultades normativas (las del Gobernador) y meramente ejecutivas (las de los Alcaldes), ya que, congruentemente con la excepcionalidad que sirve de presupuesto del ejercicio de la facultad conferida a la autoridad estatal, dicha facultad, como acto de autorización, pertenece claramente al segundo grupo. En consecuencia, el párrafo recurrido debe reputarse de contrario a la L.O.F.C.S. y declararse inconstitucional y nulo».

Además, en el aludido Dictamen 47/2020, que cita al 14/2020, de 16 de enero, este Consejo se manifestaba de la siguiente manera:

«(...) en el apartado 2, del Fundamento segundo del dictamen n.º 395/2006, de 21 de noviembre, se señaló lo siguiente:

“En relación con diversas propuestas normativas, legales y reglamentarias, el Consejo Consultivo ha tenido la ocasión de dictaminar diferentes aspectos de las Policías Locales de Canarias (DDCC 8/1990, de 7 de septiembre; 26/1996, de 29 de abril; 36/1997, de 8 de abril; 102 y 103/1999, de 18 de noviembre; 84/2001, de 19 de julio; 70/2003, de 5 de mayo; y 81/2003, de 28 de mayo). De los anteriormente mencionados, merecen especial cita los Dictámenes 26/1996, de 29 de abril, sobre el Proyecto de Ley de Coordinación de las Policías Locales (luego Ley 6/1997, de 4 de julio), y el 70/2003, de 12 de mayo, sobre el Proyecto de Decreto por el que se establecen “Normas marco y otras normas de Coordinación de Policías Locales” (luego Decreto 75/2003, de 12 de mayo).

El art. 34.1 del Estatuto de Autonomía (ya derogado) atribuye a la Comunidad Autónoma competencia en materia de “seguridad ciudadana” en los términos del art. 148.1.22ª CE, que al respecto le reconoce las competencias de coordinación y demás facultades en relación con las Policías Locales en los términos que establezca una Ley Orgánica, que no es otra que la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCSE), que dedica específicamente a la mencionada competencia sus arts.51 y 54, sin perjuicio de los demás preceptos orgánicos (Disposición Final Quinta).

De los términos que presenta la competencia autonómica en la materia, se trató detalladamente en el Dictamen 29/1996, de 29 de abril, de este Consejo Consultivo, ya citado, en el que, entre otras consideraciones, se dijo:

“(...) En suma, las Comunidades Autónomas tienen facultades para coordinar las Policías Locales. Al respecto, el Tribunal Constitucional en sus Sentencias STC 32/1983, de 28 de abril, y 42/1983, de 20 de mayo, señaló que “la coordinación consiste en fijar medios y sistemas de relación que permitan la

información entre los entes afectados y la homogeneidad técnica de las actuaciones conjuntas, en orden a integrar actos parciales en la globalidad de la función a realizar, pero sin que todo ello pueda suponer invasión o despojo de las competencias de los entes coordinados por el ejercicio de la suya del Ente coordinante. Después, la STC 214/1989, de 6 de noviembre, indica que la facultad de coordinación no se agota con el establecimiento de procedimientos de coordinación, pues supone una facultad directora del coordinante sobre el coordinado propia de la posición superior de aquél sobre éste y, por ello, faculta a establecer regulaciones sustantivas que determinen el sistema de actuación homogéneo en la materia sobre la que se ejercen las competencias o realizan las actuaciones a coordinar.

(...)

Asimismo, la Comunidad Autónoma puede fijar criterios de selección, formación, promoción y movilidad de los funcionarios de las Policías Locales, determinando los niveles educativos exigibles para cada categoría funcional, aunque sin que el nivel pueda ser inferior a graduado escolar, y también coordinar la formación profesional de estos funcionarios con la creación de Escuelas de Formación de Mandos y de Formación Básica”.

Por su parte, el dictamen n.º 70/2003, de 5 de mayo de 2003, vino a indicar lo siguiente respecto a la competencia autonómica en materia de coordinación de policías locales:

“La Constitución (CE) regula esta materia en su art. 148.1.22ª, disponiendo que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en la coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica. El art. 34.1 del Estatuto de Autonomía de Canarias (EAC) otorga a la Comunidad Autónoma competencia en materia de seguridad ciudadana, ‘en los términos establecidos en el artículo 148, apartado 1, número 22ª, de la Constitución’.

El artículo 140 CE garantiza la autonomía de los municipios y el artículo 59 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) básica en todo lo que esto supone, previene que las facultades de coordinación que eventualmente pueden tener las CCAA en actividades de la Administración Local (y de Policía Local cabe entender), en cada sector de actuación pública cual es la seguridad ciudadana, han de preverse por Ley autonómica reguladora de tal sector, que además ha de precisar las condiciones y límites de la coordinación. El art. 11.a) de la Ley 14/1990, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, determina que, para la efectividad de la autonomía de todos los entes locales canarios, la CAC tiene el deber de respetar y, en su caso, ampliar las competencias atribuidas a los entes locales por la legislación sectorial que tenga carácter básico.

La Ley Orgánica a la que se refiere el marco constitucional es la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCS), concretamente los artículos 39 y 51 al 54; y como legislación básica, los arts. 21, 25, 55, 93 al 97 y 100 al 102 de la LRBRL.

La Ley autonómica reguladora del sector es la LCPL, habilitante para el desarrollo pretendido por el PD que se dictamina; en el sentido que nos ocupa, los arts. 9 y 11 especialmente.

2. A la luz de estos parámetros la CAC puede establecer normas marco a las que se ajustarán los Reglamentos de Policías Locales, de modo que se puede imponer una normativa común en Canarias sobre Policía Local, vinculando la potestad reglamentaria municipal al respecto; puede establecer la homogeneización de los distintos cuerpos de Policía Local en su territorio, en materia de medios técnicos (como armas e instrumentos de defensa), uniformes y retribuciones. Puede, asimismo, la CAC

fijar criterios de selección, formación, promoción y movilidad de los funcionarios de policías locales y también coordinar la formación profesional, así como, mediante convenios interadministrativos, las policías locales pueden vigilar instalaciones o bienes autonómicos, sitos en su respectivo término municipal, o bien que, asimismo mediante posibles convenios, las policías locales realicen en tal término las funciones de la policía autonómica que, pudiendo estatutariamente ser creada, no lo ha sido efectivamente (STC 51/93 y 81/93; Dictamen del Consejo Consultivo 26/96)» (DCC 51/2023).

A. 4. Defensa de la competencia

Como marco normativo en el que se inserta la norma proyectada, deben señalarse los siguientes antecedentes, que determinan la actual distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia:

Tras dictarse la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de noviembre de 1999, dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989, estimó parcialmente los citados recursos y declaró la inconstitucionalidad de la cláusula “*en todo o en parte del mercado nacional*”, contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25, a) y c) de la Ley 16/1989.

Los efectos de este fallo se tradujeron en la necesidad de establecer, mediante Ley estatal, el marco para el desarrollo de las competencias ejecutivas del Estado y las Comunidades Autónomas previstas en la Ley, y su desarrollo reglamentario.

En este contexto, se dictó la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, en cuya Exposición de Motivos se señala:

“(…) en la medida en que el conjunto de competencias atribuidas al Estado por la Constitución no lo impidan, podrá corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus propios Estatutos.

Analizando los Estatutos de Autonomía, existen referencias más o menos generalizadas de atribución competencial a las Comunidades Autónomas en materia de “comercio interior”, lo cual, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada, abarca la competencia relacionada con la “defensa de la competencia”, si bien se restringe al ámbito ejecutivo siendo en todo caso del Estado la competencia legislativa.

La conclusión que de ello se desprende es que las Comunidades Autónomas que así lo han previsto en sus Estatutos tienen competencias ejecutivas en relación con el “comercio interior” y, por ende, con la “defensa de la competencia”.

No obstante, el ejercicio de estas competencias debe armonizarse con la necesidad de proteger la unidad de la economía nacional y la exigencia de un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica -artículo 149.1.13.a de la Constitución- todo ello en aras a respetar la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica -artículos 139.1 y 149.1.1.a de la Ley

Fundamental-. Por esta razón, considera el Tribunal Constitucional que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional han de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos deban realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha venido a imponer al Estado el deber de articular los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional y, desde luego, establecer los mecanismos de conexión pertinentes, siempre que resulten constitucional y estatutariamente correctos, y los imprescindibles mecanismos de colaboración e información recíproca.”

A partir de esta Ley se produjo la aplicación descentralizada del ordenamiento de la competencia por nuevos órganos especializados y relativamente independientes.

Y Canarias, por su parte, asumió materialmente en 2006, de acuerdo con la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, las competencias ejecutivas en esta materia con la creación de un servicio de defensa de la competencia, adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea, en virtud del Decreto 118/2006, de 1 de agosto.

De este modo, la Comunidad Autónoma de Canarias optó por la implantación de un sistema de defensa de la competencia articulado en torno a un único órgano de carácter instructor, correspondiendo a la CNMC la resolución de los expedientes instruidos por aquél, según lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, en tanto no se constituya el correspondiente órgano autonómico con funciones de resolución en esta materia.

Posteriormente, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que vino a derogar la Ley 16/1989, estableció en su Título II el esquema institucional para la aplicación de la Ley, regulando en su Capítulo I los órganos competentes para su aplicación y en el Capítulo II los mecanismos de colaboración y cooperación, disponiendo el art. 13:

“1. Los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de esta Ley ejercerán en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley de acuerdo con lo dispuesto en la misma y en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

2. Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al

Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

Y en desarrollo de esta Ley, se dictó el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, estableciendo su Disposición Adicional: *“Las referencias contenidas en este Reglamento a la Comisión Nacional de la Competencia y a sus órganos de dirección relativas a funciones, potestades administrativas y procedimientos, se entenderán también realizadas a los órganos de instrucción y resolución correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.”*

Promovido recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno de Canarias, singularmente, en relación con los arts. 9 y 13 de la Ley 15/2007, previo dictamen favorable de este Consejo Consultivo (Dictamen 185/2008, de 20 de mayo), la STC 108/2014, de 26 de junio, vino a desestimar dicho recurso en el marco de la distribución constitucional y estatutaria de las competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma a la sazón vigente.

Pues bien, en este contexto normativo, el EAC (tras su reforma mediante Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre) atribuye ahora a la Comunidad Autónoma de Canarias nuevas competencias en materia de Derecho de la Competencia: por un lado, *«la competencia exclusiva en materia de promoción de la competencia en los mercados respecto de las actividades económicas que se ejercen principalmente en Canarias»* (art. 120.1); y, por otro, *«la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia en el ejercicio de las actividades económicas que alteren o puedan alterar la libre competencia del mercado en un ámbito que no supere el territorio del Archipiélago»* (art. 120.2), previendo el art. 120.3 el mandato de creación de *«un órgano especializado de defensa de la competencia con jurisdicción en todo el Archipiélago, cuya actividad se coordinará con los previstos en el ámbito estatal y comunitario europeo»*.

Obedece a este mandato el PD que nos ocupa, justificando en su Preámbulo que se acoge un *“modelo de órgano especializado, colegiado e independiente de promoción y defensa de la competencia, de estructura muy simple, que cubre el actual vacío y permite asumir todas las competencias reconocidas estatutariamente, sin necesidad de remitir su ejercicio a los órganos centrales. La especialización del órgano trata de asegurarse exigiéndose que el presidente y los vocales sean personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación del Consejo Canario de Defensa de la Competencia (CCDC). La pluralidad de miembros organizados en un collegium conjura en no escasa medida el riesgo, siempre presente, de captura del órgano; y la inamovilidad de cada uno mientras dura su mandato preserva su independencia y la autonomía funcional del órgano, inexcusable para el ejercicio de muchas de sus atribuciones”*.

Y es que según se explica:

“el mapa actual de autoridades territoriales de defensa de la competencia registra dos modelos de configuración orgánica, uno simple y el otro complejo. El modelo complejo conjuga una mayor especialización e independencia con un mayor coste en recursos que a veces derivan en una mayor

burocratización. El modelo simple, por el contrario, permite una mayor economía en el gasto público a cambio de una menor especialización, independencia y profundización en el ejercicio de las funciones.

En este marco general, el Gobierno de Canarias entiende que la estrategia a seguir debe ser ante todo realista, de modo que no se olvide que no todas las comunidades autónomas tienen la misma estructura económica, ni todos los mercados participan del mismo grado de madurez. Ante economías y mercados desiguales, los instrumentos de defensa de la competencia deben dimensionarse en cada caso y guardar una relación medio-fin adecuada y proporcionada a los procesos económicos que vayan a ser objeto de promoción, supervisión y control concurrencial” (DCC 215/2023).

A. 5. Defensa del consumidor y usuario

También sobre esta materia, procede remitirse a nuestro Dictamen 386/2018, de 21 de septiembre, donde hemos sintetizado las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de protección de los consumidores y usuarios. Decíamos entonces lo siguiente -si bien citando el texto estatutario anterior-:

<<1. La materia objeto de la Proposición de Ley (PPL) que se analiza, el derecho de consumidores y usuarios, tiene una dimensión supranacional y una amplitud material que da lugar a un entramado de competencias y regulaciones que es preciso exponer y delimitar.

Aquel derecho se configura en la Constitución Española (CE) como un principio rector de la política social y económica que debe regir la actuación de los poderes públicos. Así, el art. 51 CE preceptúa:

«1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales».

En relación con este precepto constitucional es necesario tener en cuenta lo manifestado en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 15/1989, de 26 de enero, en la que se perfila el presente título competencial señalando que:

«Además, aun cuando resulta indiscutible que el art. 51 de la C. E. no es conceptuable como norma competencial, no puede dejarse de reconocer que, dada la singularidad de la materia sobre la que versa la Ley, el Estado dispone a priori de diversos títulos competenciales, constitucionalmente indisponibles para todas -y aquí sin excepción- las Comunidades Autónomas, que tienen una evidente incidencia en la defensa del consumidor y del usuario.

(...) La defensa del consumidor y del usuario nos sitúa, en efecto, a grandes rasgos y sin necesidad ahora de mayores precisiones, ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la

información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes (art. 149.1, en sus números 1, 6, 8, 10, 13, 16 y 29 C. E., principalmente); es decir, ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que, por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía».

En cumplimiento del mandato constitucional, en el ámbito estatal se aprobó la Ley 25/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que sería modificada posteriormente por diversas leyes, dictándose, finalmente, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (TRLGDCU), transponiendo con ello la Directiva 98/27/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

En relación con la competencia que ostenta la Comunidad Autónoma de Canarias (CAC) en lo que se refiere a la defensa de las personas consumidoras y usuarias este Consejo Consultivo ha manifestado en su Dictamen 187/2006, de 7 de junio que:

«La Comunidad Autónoma de Canarias tiene competencia exclusiva en materia de defensa del consumidor y del usuario (artículo 31.3 del Estatuto de Canarias), competencia que ha de ser ejercitada de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política crediticia estatal, en los términos de los artículos 38, 131, y 149.1.11ª y 13ª de la Constitución.

La delimitación del parámetro ha sido efectuada por el Tribunal Constitucional (cfr., entre otras, las sentencias núms. 71/1982, de 30 de noviembre; 88/1986, de 1 de julio y 15/1989, de 26 de enero). La doctrina extractada contenida en estos pronunciamientos se condensa en los siguientes razonamientos: “la defensa del consumidor aparece como un principio rector de la política social y económica cuya garantía la Constitución impone a los poderes públicos. La misma naturaleza de este objetivo, por la variedad de los ámbitos en los que incide, hace que ... esta garantía no pueda estar concentrada en una sola instancia, ya sea ésta central o autonómica”, de modo que el derecho del consumidor, entendido como el conjunto de reglas jurídicas que tienen por objeto su protección, “difícilmente podrá encontrarse en un conjunto normativo emanado de una sola de esas instancias, siendo más bien la resultante de la suma de las actuaciones normativas, enderezadas a este objetivo, de los distintos poderes públicos que integran el Estado, con base en su respectivo acervo competencial”. Por tanto, en aquellas Comunidades Autónomas que tengan asumida como competencia “exclusiva” la materia referida a la defensa del consumidor y del usuario, constitucionalmente garantizada (artículo 51.1 CE), con alcance de principio general del ordenamiento jurídico, cuyo reconocimiento, respeto y protección ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (artículo 53.3 CE), el título competencial del Estado central para legislar en esta materia no alcanza, o no da cobertura, a la aplicabilidad directa de la normativa estatal sobre la autonómica, siempre que ésta última emane de conformidad a la previsión estatutaria existente al respecto.

No siendo conceptuable como norma competencial, el artículo 51 CE, estamos en la presencia de una materia, la defensa de los consumidores y usuarios, que tiene carácter pluridisciplinar y que es

compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas», todo lo cual le es de aplicación a la presente PPL.>> (DCC 154/2023).

A. 6. Economía y Hacienda

Señalábamos en nuestro reciente Dictamen 12/2023, de 13 de enero:

“Tal y como señalamos en nuestro Dictamen 76/2022, de 24 de febrero, ya referido, en el caso de medidas articuladas en materia de tributos cedidos por el Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias, como es el caso del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD), la cuestión relativa a la delimitación competencial en materia de tributos estatales cedidos a la Comunidad Autónoma de Canarias ha sido objeto de análisis recientemente por parte de este Consejo Consultivo en sus Dictámenes 60/2021, de 17 de febrero y 502/2021, de 19 de octubre, emitidos en relación con los Decretos-leyes 1/2021, de 28 de enero, por el que se adoptaban medidas excepcionales para facilitar el pago de determinadas deudas tributarias, y Decreto-ley 12/2021, de 30 de septiembre ya mencionado, respectivamente, y a los que nos remitimos, procediendo reseñar lo siguiente:

«(...) las comunidades autónomas tienen una competencia normativa más amplia en materia de gestión tributaria en los impuestos sobre sucesiones y donaciones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y en los tributos sobre el juego, pues el alcance de la delegación de ciertas competencias gestoras es mayor. Ello es así, de un lado, en las competencias gestoras que se ceden sin referencia alguna a los criterios del Estado ni a la normativa estatal en el art. 55.1 LSF 2009: la realización de los actos de trámite y la práctica de liquidaciones tributarias [letra b)]; la calificación de las infracciones y la imposición de sanciones tributarias [letra c)]; la publicidad e información al público de obligaciones tributarias y su forma de cumplimiento [letra d)]; la aprobación de modelos de declaración [letra e)]; y, en general, las demás competencias necesarias para la gestión de los tributos no expresamente excluidas de la delegación en el art. 55.2 LSF [letra f)]. Y, de otro, en relación con la incoación de expedientes de comprobación de valores “utilizando los mismos criterios que el Estado” del art. 55.1.a) LSF 2009, sobre lo que este Tribunal declaró que “en abstracto, una norma autonómica podría regular la comprobación de valores, sin exceder por ello el ámbito de la delegación de competencias normativas, que expresamente incluye la gestión y liquidación de los tributos (arts. 48.2 y 49.2 de la Ley 22/2009)”, pero con el límite infranqueable de no establecer medios de comprobación de valores distintos a los del Estado, ni modificar sustancialmente los que sean aplicables por el juego combinado entre el art. 57 LGT y las leyes estatales reguladoras de los impuestos sobre sucesiones y donaciones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (SSTC 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 7; 25/2016, de 15 de febrero, FJ 4; y 33/2016, de 18 de febrero, FJ 5).

No obstante, conviene aclarar que, a la hora de regular este haz de competencias gestoras que se delegan sin condicionantes normativos estatales expresos, al igual que para ejercer las competencias normativas sustantivas delegadas, entrará en juego la cláusula del art. 20.4 LOFCA, que viene a recordar que las comunidades autónomas deben respetar aquellos preceptos de la LGT que, ex arts. 149.1.1, 8, 14 y 18 CE, establecen los principios y normas generales, sustantivas y procedimentales, del

sistema tributario español. Primero, porque se trata de normas de coordinación que la Constitución exige al Estado (art. 156.1 CE) para garantizar que el ejercicio del poder tributario por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de “un sistema tributario” (art. 31.1 CE); segundo, porque el carácter estatal que el art. 157.1.a) CE predica de los tributos cedidos (al incluirlos dentro del concepto amplio de “participaciones en los ingresos del Estado”) no puede quedar borrado como consecuencia de una atribución de competencias normativas tan amplia que difumine la frontera que el bloque de la constitucionalidad ha trazado entre la tributación estatal cedida y la tributación autonómica propia; y, por último, porque entenderlo de otro modo conferiría paradójicamente a las comunidades autónomas un poder tributario mayor en relación con la regulación delegada de los aspectos sustantivos y procedimentales de los tributos estatales cedidos que en relación con la regulación sustantiva y procedimental de sus propios tributos.

Por lo tanto, la capacidad normativa autonómica con relación a los tributos cedidos vendrá condicionada no solo por los títulos competenciales que ope Constitutionis avalan al Estado a sentar unos principios y normas generales de ordenación y aplicación de todos los tributos que conforman el sistema tributario español, con independencia del ente territorial (estatal, autonómico o local) al que correspondan (básicamente, arts. 149.1.1, 8, 14 y 18 CE), títulos competenciales que también operan para limitar la capacidad normativa autonómica con relación a sus propios tributos. También vendrá condicionada por el alcance y las condiciones establecidas expresamente en la ley específica de cesión. De ahí que cualquier regulación autonómica de carácter general, sustantiva o procedimental, que desborde el ámbito de cesión de los tributos estatales será inconstitucional, por producirse automáticamente una invasión de la competencia estatal sobre los mismos (art. 149.1.14 en relación con los arts. 133.1 y 157.3 CE).

(...)

En consecuencia, en tanto no vulneren los títulos competenciales que reservan al Estado la configuración de los principios y normas generales del sistema tributario español, los preceptos del Código Tributario serán de aplicación a los tributos propios y, en función de lo que disponga la normativa de cesión, podrán ser de aplicación también a los tributos estatales cedidos. Esta conclusión general y preliminar no sustituye, claro está, al enjuiciamiento individualizado de cada una de las disposiciones impugnadas que nos demanda el recurrente, que constituye el objeto de este proceso y para lo cual, naturalmente, deberemos atender a su contenido concreto».

Así pues, a la luz de esta doctrina, se ha de partir, en primer lugar, de lo dispuesto en la Disposición adicional primera del EAC -tributos cedidos- cuando señala: “1. Conforme al apartado 3 de esta disposición, con los límites y, en su caso, con la capacidad normativa y en los términos que se establezcan en la ley orgánica prevista en el artículo 157.3 de la Constitución, se ceden a la Comunidad Autónoma los siguientes tributos:

(...)

c) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En segundo lugar -y en desarrollo del citado art. 157.3 CE- de lo establecido en la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), cuyo art. 17.c)

establece que las Comunidades Autónomas regularán por sus órganos competentes, de acuerdo con sus Estatutos *«El ejercicio de las competencias normativas establecidas por la Ley reguladora de la cesión de tributos»* y en su art. 19.2. c), en relación con el ISD, en lo que aquí concierne, que:

«En caso de tributos cedidos, cada Comunidad Autónoma podrá asumir, en los términos que establezca la Ley que regule la cesión de tributos, las siguientes competencias normativas:

(...)

c) En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, reducciones de la base imponible, tarifa, la fijación de la cuantía y coeficientes del patrimonio preexistente, deducciones, bonificaciones, así como la regulación de la gestión.»

Y además, se añade en dicho punto dos: *«En el ejercicio de las competencias normativas a que se refiere el párrafo anterior, las Comunidades Autónomas observarán el principio de solidaridad entre todos los españoles, conforme a lo establecido al respecto en la Constitución; no adoptarán medidas que discriminen por razón del lugar de ubicación de los bienes, de procedencia de las rentas, de realización del gasto, de la prestación de los servicios o de celebración de los negocios, actos o hechos; y mantendrán una presión fiscal efectiva global equivalente a la del resto del territorio nacional.*

Asimismo, en caso de tributos cedidos, cada Comunidad Autónoma podrá asumir por delegación del Estado la aplicación de los tributos, la potestad sancionadora y la revisión, en su caso, de los mismos, sin perjuicio de la colaboración que pueda establecerse entre ambas Administraciones, todo ello de acuerdo con lo especificado en la Ley que fije el alcance y condiciones de la cesión.

Lo previsto en el párrafo anterior no será de aplicación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el Impuesto sobre el Valor Añadido, ni en los Impuestos Especiales de Fabricación. La aplicación de los tributos, potestad sancionadora y revisión de estos impuestos tendrá lugar según lo establecido en el apartado siguiente.

Las competencias que se atribuyan a las Comunidades Autónomas en relación con los tributos cedidos pasarán a ser ejercidas por el Estado cuando resulte necesario para dar cumplimiento a la normativa sobre armonización fiscal de la Unión Europea» (DCC 360/2023).

A. 7. Estadística

Este Consejo Consultivo, en su Dictamen 505/2018, 9 de noviembre, emitido en relación con el Proyecto de Ley de Estadística de la Comunidad Autónoma de Canarias, entre otros, ha señalado en relación con la competencia en materia de Estadística, que:

«La Comunidad Autónoma de Canarias ostenta la competencia para regular esta materia, como se señala en el Estatuto de Autonomía de Canarias, que acaba de entrar en vigor, reformado por Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, que en su art. 122.1 señala que «corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva sobre estadística para sus propios fines, la planificación estadística, la creación, la gestión y la organización de un sistema estadístico propio que incluirá el análisis masivo de datos y la revisión continua de los indicadores sociales y económicos» (El art. 30.23 del derogado

Estatuto de Autonomía, atribuía a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de «Estadística de interés de la Comunidad», que debía ejercer respetando lo dispuesto en el art. 149.1.31 de la Constitución en relación a la «Estadística para fines estatales» como competencia exclusiva del Estado, tal y como se afirma en la Exposición de Motivos del PL).

En relación con esta materia competencial, entendemos que sigue vigente lo señalado por este Consejo Consultivo en su reciente Dictamen 193/2018, de 23 de abril, que:

«Nuestra Constitución reconoce tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas competencias plenas en materia de estadística, dentro de sus respectivos ámbitos de actuación: al Estado, la estadística para fines estatales, a la Comunidad Autónoma de Canarias, la estadística de su interés.

En este sentido, en nuestro Dictamen 15/2007, de 8 de enero de 2007, emitido respecto del Proyecto de Ley por la que se pretendía aprobar el Plan Estadístico de Canarias 2007-2010 y modificar la Ley 1/1991, de 28 de enero, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Canarias, señalamos:

«(...) El ámbito material en el que se desenvuelve el Proyecto de Ley es el de la “estadística de interés de la Comunidad Autónoma”, en la que se tiene competencia exclusiva (art. 30.23 del Estatuto), lo que la habilita para el ejercicio de la potestad legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pero con respeto de la competencia del Estado en materia de «estadística para fines estatales» (art. 149.1.31ª de la Constitución).

Respetando este límite, la competencia de la Comunidad es exclusiva tanto formal como materialmente, lo que en este caso no plantea problema alguno de delimitación de sus contornos materiales, pues la materia de que se trata «carece de existencia independiente, hallándose vinculada al resto de las competencias que tenga atribuidas el ente de que se trate a los fines que les sean propios» (STC 154/1988, de 21 de julio). La estadística, pues, es una competencia «instrumental» (STC 67/1996, de 18 de abril) que no tiene función material propia si no es en el contexto de una competencia material a la que sirve a efectos estadísticos, que pueden ser de «información» (SSTC 220/1992, de 11 de diciembre, y 67/1996, de 18 de abril) o «vigilancia» (STC 313/1994, de 24 de noviembre); o, incluso, servir de instrumento de otros fines instrumentales (como de «inventario», STC 103/1989, de 8 de junio, «censo», STC 154/1998, de 21 de julio, o de «Registro administrativo», STC 225/1993, de 8 de julio).

(...) A tal efecto, el art 9.2 de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de Función Estadística Pública, señala, tras determinar en su apartado 1 que a los efectos de lo previsto en el art. 149.1.31ª CE tendrán consideración de estadísticas para fines estatales las reguladas en el art. 8, que «Las competencias de las Comunidades Autónomas sobre estadísticas no serán obstáculo para la realización por la Administración del Estado de estadísticas relativas a cualquier ámbito demográfico, económico o geográfico, cuando sean consideradas para fines

estatales de acuerdo con lo previsto en el párrafo anterior». Asimismo, el art. 24 de dicha Ley, prevé, con remisión para ello a las reglas generales establecidas en el Título III (arts. 40 a 44), las relaciones entre los servicios estadísticos estatales, autonómicos y locales, fundamentadas en el deber recíproco de cooperación y colaboración».

Doctrina que resulta ser plenamente aplicable a la norma proyectada que nos ocupa.

Asimismo, mediante el presente PD se crea el registro de agentes sujetos a secretos estadísticos, regulando tanto su organización como el procedimiento de inscripción, materias que tienen incidencia en otros títulos competenciales que ostenta la Comunidad Autónoma de Canarias, como son los relativos a la organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento administrativo común.

En efecto, el art. 104 EAC dispone que:

“Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva para establecer la organización y el régimen de funcionamiento de su Administración, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución. Esta competencia incluye, en todo caso, la facultad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas y las entidades que la configuran o que dependen de ella”.

Por su parte, el art. 106.2.a) EAC establece que:

“Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias con respeto a lo dispuesto en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución el ejercicio de sus competencias en materia de:

a) Procedimiento administrativo común”.

Cabe a este respecto traer a colación las consideraciones que ya en nuestro Dictamen 146/2020, de 21 de mayo, dejamos consignadas y que son enteramente trasladables a este caso:

«El art. 149.1.18 CE reserva al Estado la competencia sobre las bases del procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

La Exposición de Motivos de la Ley 39/15 nos dice que: «(...) con esta nueva regulación no se agotan las competencias estatales y autonómica para establecer especialidades “ratione materiae” o para concretar ciertos extremos, como el órgano competente para resolver, sino que su carácter de común resulta de su aplicación a todas las Administraciones Públicas y respecto a todas sus actuaciones. Así lo ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, al considerar que la regulación del procedimiento administrativo común por el Estado no obsta a que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su Derecho sustantivo, siempre que se respeten las reglas que,

por ser competencia exclusiva del Estado, integran el concepto de Procedimiento Administrativo Común con carácter básico».

Por su parte, el art. 106 EAC, relativo al régimen jurídico, procedimiento, contratación, expropiación y responsabilidad de las administraciones públicas canarias, atribuye a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia en materia de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas canarias, que incluye, en todo caso, en lo que ahora interesa, la aprobación de las normas de procedimiento administrativo que deriven de las particularidades del derecho sustantivo de Canarias o de las especialidades de la organización de la Administración Pública canaria -apartado 1, c)-, así como el procedimiento administrativo común -apartado 2, a)-.

La jurisprudencia constitucional ha venido delimitando dicho concepto de procedimiento administrativo común: La STC 166/2014, de 22 de octubre afirma que «De esta delimitación de la competencia aquí concernida pueden extraerse ya las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar, que el diseño del “procedimiento administrativo común”, esto es, de esa estructura general del iter procedimental a que deben ajustarse todas las Administraciones públicas en todos sus procedimientos (STC 227/1988) es competencia exclusiva del Estado.

b) En segundo lugar, y derivado de lo anterior, que en esa tarea el Estado goza de libertad, pues con respeto a los principios que la propia Constitución le impone, como pueden ser el acatamiento de las garantías del art. 24.2 CE en la regulación del procedimiento administrativo sancionador (por todas, STC 18/1981, de 8 de junio), la eficacia de la Administración ex art. 103.1 CE, o la garantía de la audiencia del interesado “cuando proceda” de acuerdo con el art. 105 c) CE, aquél puede optar por varios modelos posibles.

c) En tercer lugar, que la titularidad de la competencia impuesta por el art. 149.1.18 CE hace que esa valoración corresponda hacerla única y exclusivamente al Estado, y que su resultado solamente pueda verse constreñido por el respeto a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Así, es claro que el Estado no puede interferir en la organización interna de éstas, señalando los órganos competentes para determinados trámites como por ejemplo la presentación de solicitudes (STC 190/2000, de 13 de julio, FJ 11 a)] o imponiendo órganos estatales de control frente a los propios de las Comunidades Autónomas, como pueden ser el Consejo de Estado (STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 5) o la Intervención General del Estado (SSTC 150/2012, de 5 de julio, FJ 11, y 130/2013, de 4 de junio, FJ 12), ni tampoco regular un concreto modo de ejercer las competencias autonómicas (STC 36/1994, de 10 de febrero, FJ 6) o, en general, establecer una regla competencial “específica en la materia” (STC 94/2013, de 23 de abril, FJ 6), pues lo que sí tienen éstas reservado es la

regulación de las “normas ordinarias de tramitación” del procedimiento [SSTC 175/2003, de 30 de septiembre, FJ 10 c), y 126/2002, de 20 de mayo, FJ 10 a)]. Pero fuera de estos límites impuestos, como decimos, por las competencias específicas y propias de las Comunidades Autónomas, el Estado tiene competencia para establecer las normas del procedimiento administrativo que aseguren un tratamiento común de todos los administrados en los aspectos más importantes de sus relaciones con las distintas Administraciones públicas.

d) Y en último lugar, que naturalmente los procedimientos especiales por razón de la materia que regulen las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus competencias deben siempre “respetar” ese modelo o estructura general definidos por el Estado (así, entre otras, SSTC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 11; 178/2011, de 8 de noviembre, FJ 7 y 150/2012, de 5 de julio, FJ 9), pues de otro modo éste no cumpliría su función de ser el procedimiento administrativo “común”».

Sin embargo, respecto a los procedimientos especiales *ratione materiae*, el Tribunal Constitucional ha afirmado que son objeto de una competencia conexa a la competencia sustantiva sobre el correspondiente ámbito material. El Tribunal se pronuncia sobre esta cuestión en los términos que siguen:

«La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de los procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. (...) En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre la materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias» (STC 166/2014, FJ 4).

Nuestra doctrina al respecto está recogida en el Dictamen 164/2009, de 13 de abril:

«El Estatuto de Autonomía de Canarias, por un lado, atribuye competencia exclusiva a esta Comunidad Autónoma en relación con “el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia” (art. 30.30 EAC). Canarias ostenta, por ello, la potestad normativa para regular en el ámbito de su territorio y conforme con los principios y reglas de la normativa aplicable cualquier procedimiento relativo a materias asumidas con carácter exclusivo mediante ley o a través de reglamento. Y competencia de desarrollo legislativo y la ejecución en materia de normas de procedimiento administrativo, económico-administrativo y fiscal que se deriven de las especialidades del régimen económico y fiscal de Canarias (art. 32.14).

En consecuencia, tanto el Estado como las Comunidad Autónoma de Canarias ostentan competencias concurrentes en materia de procedimientos administrativos. Pero ello no agota la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias para establecer determinadas especialidades en los procedimientos siempre que se respeten los criterios básicos, límites y garantías, tal como señala -entre otras- la STC 227/1988, de 21 de noviembre)».

La competencia estatal relativa al «procedimiento administrativo común» [art. 149.1.18 CE (RCL 1978, 2836)] habilita para llevar a cabo una regulación general del «procedimiento, entendido en sentido estricto»: «iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos» [STC 50/1999, de 6 de abril (RTC 1999, 50), FJ 3] y de otras normas no estrictamente procedimentales, como las que «prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento» [STC 227/1988, de 29 de noviembre (RTC 1988, 227), FJ 32]. Las normas de procedimiento administrativo común vinculan a las comunidades autónomas, que habrán de ajustar a ellas la disciplina de sus procedimientos administrativos especiales, esto es, de los procedimientos relativos a las materias de competencia autonómica.

En fin, en la STC 110/2018, de 17 octubre, el Alto Tribunal afirma:

«Los artículos 1.2 y 129.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015 no excluyen la competencia autonómica para regular trámites de procedimiento administrativo especial en el marco del procedimiento común. Antes bien, condicionan su ejercicio a fin de promover el “tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones Públicas” [SSTC 55/2018, FJ 9 b), y 227/1988, FJ 27]. (...) . El preámbulo de la ley razona sobre el alcance de esta competencia: “Con esta nueva regulación no se agotan las competencias estatales y autonómicas para establecer especialidades ratione materiae o para concretar ciertos extremos, como el órgano competente para resolver, sino que su carácter de común resulta de su aplicación a todas las Administraciones públicas y respecto a todas sus actuaciones. Así lo ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, al considerar que la regulación del procedimiento administrativo común por el Estado no obsta a que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su Derecho sustantivo, siempre que se respeten las reglas que, por ser competencia exclusiva del Estado, integran el concepto de procedimiento administrativo común con carácter básico”» (DCC 202/2023).

A. 8. Función pública

A. 8. 1. Régimen estatutario del personal funcionario de la Comunidad Autónoma y de su Administración local

Como es sabido, el art. 149.1.18.^a CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de *«bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas»*.

Por su parte, el art. 107 EAC atribuye a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia en materia de Función Pública y personal al servicio de las administraciones públicas de Canarias en los siguientes términos:

«Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de función pública y personal al servicio de las administraciones públicas canarias, con el objetivo de garantizar la plenitud de los principios de mérito y capacidad en el ingreso y la provisión de plazas y empleos. Esta competencia incluye, en todo caso:

a) El régimen estatutario del personal funcionario de la Comunidad Autónoma y de su Administración local.

b) La regulación de las especialidades del personal laboral derivadas de la organización administrativa y la formación del mismo.

c) La planificación, la organización general, la formación, la promoción profesional y la acción social en todos los sectores materiales de prestación de los servicios públicos de la Comunidad Autónoma».

De lo anterior se colige que el Estado ostenta la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, por lo que la competencia autonómica de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de función pública y personal al servicio de las administraciones públicas canarias tendrá que ejercitarse en el marco y respeto de la legislación básica del Estado, contenida esencialmente en el 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 (en adelante, TREBEP) (Doctrina reiterada en nuestros Dictámenes 100/2020, de 17 de abril, 104/2020, de 8 de mayo, y 105/2020, de 8 de mayo).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 116/2022, de 27 de septiembre, anteriormente mencionada, ha venido a clarificar el régimen competencial en la materia al razonar lo siguiente:

«(...) por lo que respecta a su contenido material, hemos señalado que el art. 149.1.18 CE, puesto en conexión con el art. 103.3 CE, reserva al legislador estatal un ámbito “cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, a los derechos y

deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las administraciones públicas”. Se trata, por lo tanto, de normas que “interesarán directamente a las relaciones entre estos y las administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la administración [STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3 c), seguida de otras muchas].

En aplicación de dicho criterio general hemos confirmado que se encuentran cubiertos por esta competencia básica estatal, entre otros extremos, la reserva al personal funcionario del ejercicio de determinadas funciones [STC 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 5 a)]; la regulación del requisito de titulación en el ámbito de la función pública y sus excepciones, ya sea en relación con el acceso o la integración de los funcionarios en escalas o grupos, ya sea para su promoción interna (por todas, STC 171/2020, de 16 de noviembre, FJ 2, y las allí citadas); las situaciones administrativas que puedan acontecer a lo largo de la carrera funcional (STC 1/2003, de 16 de enero, FJ 3); la determinación de los supuestos en los que pueden ser concedidos permisos o licencias (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8); la fijación de la duración mínima de la jornada de trabajo (STC 99/2016, de 25 de mayo, FJ 7); la determinación de los diversos conceptos retributivos de los funcionarios comunes a todas las administraciones públicas (STC 148/2006, de 11 de mayo, FJ 6); ciertos elementos del régimen disciplinario (STC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 5); reglas sobre representación y acción colectiva de los funcionarios (STC 102/1988, de 28 de junio, FJ 4); o la regulación de la pérdida de la condición de funcionario (STC 1/2003, FJ 3).

En todo caso, conviene recordar que los arts. 23.2 y 103.3 CE imponen ciertas exigencias formales y materiales sobre la regulación del estatuto de los funcionarios públicos, que habrán de ser observadas, en sus respectivos ámbitos de competencia, tanto por el Estado como por las comunidades autónomas. Así, hemos dicho que del art. 103.3 CE se desprenden, entre otros extremos, una reserva de ley de alcance relativo [STC 99/1987, FJ 3 c)] y la opción constitucional por una relación funcional de naturaleza estatutaria que, por lo tanto, ubica al funcionario público en “una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad” (STC 99/1987, FJ 6). En cuanto al derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23.2 CE), hemos señalado, por lo que ahora interesa, que se trata de una especificación del principio de igualdad que consagra el art. 14 CE (por todas, STC 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4); que no otorga el derecho a desempeñar determinadas funciones públicas, sino solamente a impugnar toda medida que quiebre la igualdad (STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 5, y las allí citadas); y que de él se deriva la exigencia de respetar la igualdad (garantizada a través de los principios de mérito y capacidad) no solo en el acceso a la función pública, sino también, aunque con intensidad diferente, en toda la relación funcional, incluyendo el desarrollo o promoción de la carrera administrativa (por todas, STC 131/2017, de 13 de noviembre, FJ 4)».

La doctrina expuesta delimita los ámbitos competenciales que, en materia de función pública, corresponden tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas (DCC 260/2023).

A. 9. Instituciones de autogobierno

A. 9. 1. Organización, régimen y funcionamiento

Pese a que no se aluda en el Preámbulo del PD, también se está ejerciendo la competencia sobre organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias prevista en el art. 104 EAC, en virtud del cual corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva para establecer la organización y el régimen de funcionamiento de su Administración, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución.

Sobre este título competencial decíamos en el Dictamen 145/2021, de 26 de marzo (reiterado en el DCC 356/2021, de 5 de julio), que el Tribunal Constitucional ha reiterado que *“Las Comunidades Autónomas tienen la potestad exclusiva de crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran sus respectivas Administraciones, de manera que pueden conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo, debiendo el Estado abstenerse de cualquier intervención en este ámbito”* (STC 50/1999, de 6 de abril), siempre que tal competencia tenga *“proyección sólo hacia el interior de la organización autonómica, no impidiendo que la competencia del Estado reconocida en el art. 149.1.18ª CE se despliegue en los aspectos de la organización que se proyecten sobre los ciudadanos”* (STC 31/2010, de 28 de junio).

En este sentido, tal y como decíamos en nuestros Dictámenes 335/2013, de 8 de octubre y 282/2013, de 25 de julio, la STC 50/1999 ha establecido que la materia competencial *“régimen jurídico de las Administraciones públicas”* comprende *“la regulación de la composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones públicas (STC 32/1981, FJ 6º), la organización de todas las Administraciones públicas”* (STC 76/1983, FJ 38º), *los aspectos organizativos e institucionales de esas Administraciones (STC 214/1989) o la composición, funcionamiento y organización de las mismas (STC 35/1982)”*.

Así, el Tribunal Constitucional delimita el alcance de esta competencia básica estatal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.18ª CE, en la citada STC 55/1999, en el sentido de que el Estado no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia, señalando lo siguiente:

“En virtud de esta competencia básica el Estado puede establecer los elementos esenciales que garanticen un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones públicas. Con todo, es cierto que, como queda dicho, la intensidad y extensión que pueden tener las bases no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico. Así, el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la

organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas, que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses de los administrados, aunque ciertamente no cabe trazar una distinción tajante entre unos aspectos y otros. No debe olvidarse que, según establece el art. 149.1.18 CE, el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de garantizar 'a los administrados un tratamiento común ante ellas' y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias.

No obstante, en ambos supuestos, deberá recordarse que, como hemos declarado en múltiples resoluciones el Estado al establecer el común denominador normativo que encierran las bases, y a partir del cual cada Comunidad Autónoma con competencias de desarrollo legislativo puede regular la materia con arreglo a sus peculiaridades e intereses (por todas, SSTC 49/1988, fundamento jurídico 3º; 225/1993, fundamento jurídico 3º, y 197/1996, fundamento jurídico 5º), no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo. Como se afirma, entre otras, en la STC 147/1991 «la definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses, por ello, en principio, debe entenderse que excede de lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deja espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, produciéndose en tal caso, por regla general, un resultado de vulneración competencial que priva a lo presentado como básico de su condición de tal" (fundamento jurídico 5º)» (Doctrina reiterada en los DDCC 153/2023 y 181/2023).

A. 9. 2. Ordenación y gestión del litoral

Así, sobre las competencias en materia de costas y de ordenación del litoral se ha de tener en cuenta la doctrina expuesta acerca de tales títulos competenciales en el Dictamen de este Consejo Consultivo 357/2020, de 30 de septiembre, en el que afirma que:

«En lo que se refiere a las medidas de intervención administrativa en materia de costas, que afectan principalmente al Decreto 171/2006, de 21 de noviembre, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de autorizaciones en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo terrestre y sobre la competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias (CAC), es preciso

hacer referencia al Dictamen de este Consejo Consultivo 358/2006, de 31 de octubre, en el que se señaló acerca de esta materia que:

«Por lo que al objeto del presente Proyecto de Decreto se refiere, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Protección, Utilización y Policía de Costas (LC) y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, definen y establecen el régimen jurídico del dominio público marítimo terrestre y las medidas para su protección. El art. 20 de la Ley (sectorial) de Costas determina el alcance de la protección del dominio público marítimo-terrestre; el 21 establece la limitación y servidumbres de los terrenos colindantes con el mismo; el art. 23 define (y limita) la zona sujeta a servidumbre de protección y es, finalmente en lo que nos atañe, el art. 25 LC quien establece las prohibiciones en la zona de servidumbre de protección y cuales han de ser las actuaciones sujetas a autorización, autorización, como se verá a continuación, competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

En materia de servidumbre de protección, el artículo 26.1 de la Ley de Costas atribuía la competencia a la Administración del Estado para el otorgamiento de las autorizaciones de los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección. Este precepto fue declarado inconstitucional por STC 149/1991 al entender que se trata ésta de una “competencia de carácter ejecutivo ajena a las constitucionalmente reservadas al Estado y que se engloba, por su contenido, en la ejecución de la normativa sobre protección del medio ambiente o en la ordenación del territorio y/o urbanismo de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas”. Corresponde, pues, ejercer esa competencia a los correspondientes órganos de éstas o, en su caso, a los Ayuntamientos, ajustándose a la normativa estatal y a la que resulte de la legislación autonómica y los instrumentos de ordenación.

El Estado, en desarrollo de la Ley de Costas, en ejercicio de las competencias que ésta le atribuye y al amparo de los títulos competenciales mencionados, dictó el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, modificado, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/1991, en la redacción, entre otros, de los artículos 48 a 50. El art. 48.1 determina que los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección “estarán sujetos a autorización de la Comunidad Autónoma correspondiente” y el 49.1 de la misma norma, también el 49.4, se refieren con toda claridad al “órgano competente de la Comunidad Autónoma”, tanto para tramitar las solicitudes de autorización (apartado 1) como para trasladar la resolución adoptada al órgano correspondiente de la Administración General del Estado (apartado 4).

En consecuencia, la Comunidad Autónoma ostenta competencia, por virtud de los artículos 30.15 y 32.12 del Estatuto de Autonomía, para regular el procedimiento para la obtención de las autorizaciones relativas a la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre», doctrina aplicable al presente DL, pero teniendo en cuenta que actualmente es de aplicación el art. 157.b) del Estatuto de Autonomía de Canarias, reformado por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre (EAC), en el que se establece que:

«Artículo 157. Ordenación y gestión del litoral.

Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en materia de ordenación del litoral, respetando el régimen general del dominio público, la competencia exclusiva, que incluye en todo caso:

b) La gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo-terrestre, especialmente el otorgamiento de autorizaciones y concesiones y, en todo caso, las concesiones de obras fijas en el mar, respetando las excepciones que puedan establecer por motivos medioambientales en las aguas costeras interiores y de transición».

No obstante, pese a la aplicación de esta doctrina al presente supuesto, el contenido del art. 157 EAC, reformado por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, es más amplio que el caso concreto señalado en el citado Dictamen 357/2020, de 30 de septiembre, por lo que procede reproducir la totalidad del precepto en esta materia:

«Artículo 157. Ordenación y gestión del litoral.

Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en materia de ordenación del litoral, respetando el régimen general del dominio público, la competencia exclusiva, que incluye en todo caso:

a) El establecimiento y la regulación de los planes territoriales de ordenación y uso del litoral y de las playas, así como la regulación del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos y planes.

b) La gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo-terrestre, especialmente el otorgamiento de autorizaciones y concesiones y, en todo caso, las concesiones de obras fijas en el mar, respetando las excepciones que puedan establecer por motivos medioambientales en las aguas costeras interiores y de transición.

c) La regulación y la gestión del régimen económico-financiero del dominio público marítimo-terrestre en los términos previstos por la legislación general.

d) La ejecución de obras y actuaciones en el litoral canario cuando no sean de interés general.

e) La atribución de los servicios que se presten en playas y demás lugares del litoral, en coordinación con las entidades locales.

f) El informe previo de la Comunidad Autónoma sobre la ejecución de obras de interés general en el litoral canario».

Precisamente, sobre esta materia se han traspasado por parte del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias las siguientes competencias, detalladas en el apartado B) del Anexo del Real Decreto 713/2022, de 30 de agosto, de traspaso de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de ordenación y gestión del litoral (BOE núm. 219, de 12 de septiembre de 2022), cuya efectividad ha tenido lugar el 1 de enero de 2023:

(...) (DCC 42/2023).

A. 10. Medio ambiente

Este Consejo Consultivo ha manifestado acerca del título competencial que se corresponde con la materia de medio ambiente en su Dictamen 70/2021, de 23 de febrero -citado también por el Dictamen 427/2021, de 16 de septiembre, con cita en aquel, a su vez, de otros anteriores-, lo siguiente:

«También tiene la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo, legislación y ejecución de la legislación estatal en materia de medio ambiente y la competencia para el establecimiento de normas adicionales de protección sobre las materias consideradas como básicas por la legislación estatal en base al art. 149.1.23.ª CE:

(...)

Sobre este título competencial ya se ha pronunciado recientemente este Consejo Consultivo en el Dictamen 97/2020, de 8 de abril, en el que se dictaminó el Proyecto de Decreto que daría lugar al Decreto 54/2020, de 4 de junio, por el que se determinan las masas de agua afectadas por la contaminación de nitratos de origen agrario y se designan zonas vulnerables por dicha contaminación. En este Dictamen, con cita del Dictamen 519/2018, de 19 de noviembre, y de jurisprudencia constitucional al respecto, decíamos lo siguiente:

«5. En otro orden de cosas, debemos tener en cuenta que conforme al art. 149.1.23 CE, el Estado tiene competencia exclusiva para establecer la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. El vigente Estatuto de Autonomía de Canarias (como ya hacía el anterior en su art. 32), además de lo anterior, atribuye a la Comunidad Autónoma de Canarias, en su art. 153, competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de protección del medio ambiente.

A la hora de valorar las competencias en materia de medio ambiente, es importante destacar la ya citada STC 53/2017, de 11 de mayo, relativa a la Ley 21/2013 de evaluación ambiental. Destacamos algunas ideas fundamentales:

“En cuanto a los criterios de orden material que este Tribunal ha destacado como característicos de la legislación básica de medio ambiente, sus elementos esenciales fueron sistematizados en la STC 101/2005, de 20 de abril (RTC 2005, 101) FJ 5, en los siguientes términos:

“El primero de estos criterios se concreta en que ‘en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no puede llegar (...) a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido’ (STC 102/1995 (RTC 1995, 192, FJ 8).

El segundo criterio consiste en que ‘lo básico, como propio de la competencia estatal en esta materia, cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos (...)’.

El tercer criterio a tener en cuenta (...) es el relativo al alcance de la ‘afectación transversal’ que las directrices básicas medioambientales pueden tener, no ya sobre las normas de desarrollo legislativo y la ejecución en la propia materia de medio ambiente, sino sobre las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas con las que se entrecruzan y que están directamente implicadas (ordenación del territorio, caza, pesca fluvial y lacustre, pesca en aguas interiores, marisqueo, turismo, ocio y tiempo libre, desarrollo comunitario e investigación, entre otras). La afectación transversal del título competencial del Estado, que se ciñe al ámbito de lo básico (art. 149.1.23 CE), será conforme con el orden constitucional de competencias, en su condicionamiento de las competencias sectoriales de las

Comunidades Autónomas, cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón a la apreciable repercusión negativa que el ejercicio ordinario de la actividad sectorial de que se trate pueda tener (...)”.

Por tanto, la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias en esta materia está reforzada, porque no le corresponde sólo dictar normas adicionales de protección respecto a las establecidas por el Estado, sino que también tiene competencia de desarrollo legislativo y ejecución en la materia en virtud de lo señalado en el propio Estatuto de Autonomía”.

Y es que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 15/1998, de 22 de enero, entre otras), “la unicidad del territorio o espacio físico no impide el ejercicio simultáneo de una pluralidad de potestades-competencias por los diversos poderes públicos territoriales, es decir, la coexistencia de instancias y títulos de poder públicos diferentes”. Es por esta razón (como recuerda el propio Tribunal en su sentencia n.º 69/2013, de 14 de marzo), que “(...) no puede ignorarse, y debe ser reiterado una vez más, que para que la afectación transversal de las competencias sectoriales implicadas favorezca el ejercicio de todas ellas son convenientes mecanismos de cooperación y coordinación de las Administraciones competentes (STC 194/2004 FFJJ 8 y 9)”».

Por tanto, toda esta doctrina referida, básicamente, a la materia de medio ambiente, también resulta aplicable al presente PL.

De todo ello se desprende, pues, que la CAC tiene competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de medio ambiente (arts. 149.1.23ª CE y art. 153.1 EAC), pudiendo, además, establecer normas adicionales de protección medioambientales sobre las materias consideradas como básicas por la legislación estatal (art. 153.2 EAC) **(DCC 42/2023)**.

A. 10. 1. Ámbito espacial de ejercicio de la competencia. Espacios marítimos

Por la relevancia que tiene en la principal materia objeto de regulación en el PL, debemos destacar, al igual que ya hicimos en el Dictamen 293/2022, de 14 de julio, el ámbito espacial sobre el que ejercer esta competencia, a raíz del reconocimiento, efectuado en la reforma del EAC de 2018, como parte de ese ámbito espacial, de las aguas canarias resultantes de trazar un contorno perimetral que siga la configuración general del archipiélago, así como de los restantes espacios marítimos que rodean a Canarias sobre los cuales el Estado español ejerza soberanía o jurisdicción (art. 4 y Anexo del EAC).

En efecto, en el citado dictamen, referido al Proyecto de Decreto por el que se declaraban las *Zonas de Especial Protección para las aves (ZEPA) en la Comunidad Autónoma de Canarias*, que dio lugar al Decreto 184/2022, de 15 de septiembre (BOC n.º 195, de 1 de octubre de 2022), decíamos lo siguiente sobre este asunto:

<<Especial atención merece el ámbito espacial sobre el que ejercer la competencia, pues en el Informe de iniciativa se manifiesta que solo se declaran las ZEPAs de ámbito geográfico fundamentalmente terrestre, ya que las marinas son de competencia estatal según lo dispuesto en el

artículo 6 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, excluyéndose, por tanto, del objeto del PD las 11 ZEPA declaradas por la Administración General del Estado en aguas canarias.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la reforma del Estatuto de 2018 ha reconocido competencia de la Comunidad Autónoma en los espacios marítimos, que incluye la posibilidad de establecer y regular ZEPAs en el mar, ampliando el ámbito espacial de la Comunidad Autónoma en los siguientes términos:

«Artículo 4. Ámbito espacial.

1. El ámbito espacial de la Comunidad Autónoma de Canarias comprende el archipiélago canario, integrado por el mar y las siete islas con administración propia de El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, Lanzarote, La Palma y Tenerife, así como por la isla de La Graciosa y por los islotes de Alegranza, Lobos, Montaña Clara, Roque del Este y Roque del Oeste.

2. Sin perjuicio de la delimitación de las líneas de base existentes, entre los puntos extremos más salientes de las islas e islotes que integran, según el apartado anterior el Archipiélago canario, se trazará un contorno perimetral que siga la configuración general del archipiélago, tal como se establece en el anexo de este Estatuto. Las aguas que queden integradas dentro de este contorno perimetral recibirán la denominación de aguas canarias y constituyen el especial ámbito marítimo de la Comunidad Autónoma de Canarias.

3. El ejercicio de las competencias estatales o autonómicas sobre las aguas canarias y, en su caso, sobre los restantes espacios marítimos que rodean a Canarias sobre los que el Estado español ejerza soberanía o jurisdicción se realizará teniendo en cuenta la distribución material de competencias establecidas constitucional y estatutariamente tanto para dichos espacios como para los terrestres.

4. El Estado en el ejercicio de sus competencias tendrá en cuenta las singularidades derivadas del carácter archipelágico y promoverá la participación de la Comunidad Autónoma en las actuaciones de competencia estatal en dichas aguas.

5. El trazado del contorno perimetral no alterará la delimitación de los espacios marítimos de las Islas Canarias tal y como están establecidos por el ordenamiento jurídico español en virtud del Derecho Internacional vigente».

Del tenor anterior se desprende que el ámbito sobre el que ejercer competencias no es solo el terrestre, sino que se extiende al marino, en aquellas materias en las que así se disponga en el propio estatuto (apartado 3: «El ejercicio de las competencias estatales o autonómicas sobre las aguas canarias y, en su caso, sobre los restantes espacios marítimos que rodean a Canarias se realizará teniendo en cuenta la distribución material de competencias establecidas constitucional y estatutariamente tanto para dichos espacios como para los terrestres»).

Por su parte, el art. 26 EAC, relativo a los derechos en el ámbito del medio ambiente, establece, en relación con el ámbito espacial:

«2. Los poderes públicos canarios garantizarán la defensa y protección de la naturaleza, el medio ambiente, el paisaje y la biodiversidad sea en espacios terrestres como marinos».

Por último, el art. 153.1 EAC, como vimos con anterioridad, dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación estatal en materia de medio ambiente, lo que incluye en todo caso (en lo que ahora interesa):

«d) La regulación de los recursos naturales, de la flora y la fauna, de la biodiversidad, del medio ambiente marino y acuático si no tienen por finalidad la preservación de los recursos pesqueros marítimos».

La cuestión de la inclusión de los espacios marítimos dentro del ámbito espacial de las CCAA, referida a Canarias, y su incidencia en el reparto de competencias ha sido abordada, en varias sentencias en el mismo sentido, por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos (STC 25/2014, de 13 de febrero):

«Nos hemos pronunciado con anterioridad sobre todas las cuestiones objeto del debate procesal que ha quedado resumido en los antecedentes, por lo que para resolver este conflicto de competencias bastará con una somera remisión a lo previamente decidido.

a) En la STC 3/2014, de 16 de enero, hemos afirmado de manera concluyente que el territorio autonómico no se extiende al mar territorial: “[e]llo se explica por la realidad de la que se parte y que consagra el art. 137 CE, que no es otra que el entendimiento común de que el territorio autonómico se extiende al ámbito de los municipios que integran la correspondiente Comunidad pero que éstos nunca se han extendido ni tampoco hoy se extienden al mar territorial, siendo esta y no otra la idea razón que subyace en la doctrina constitucional. Precisamente porque el mar territorial no forma parte del territorio de las Comunidades Autónomas, sólo excepcionalmente pueden llegarse a ejercerse competencias autonómicas sobre el mar territorial, siempre y cuando exista un explícito reconocimiento estatutario o sólo cuando resulte imprescindible para el ejercicio de la competencia de la que es titular” (FJ 3).

El Estatuto de la Comunidad Autónoma de Canarias no contiene ninguna singularidad al respecto. Específicamente, en la STC 8/2013, de 17 de enero, hemos descartado que el mar territorial forme parte de su territorio, rechazando la interpretación que de los arts. 2 y 40 EACan propone la demanda. Advertimos entonces que, “aunque el término ‘territorios insulares’ ha desaparecido del Estatuto, y ha sido sustituido por el término ‘archipiélago’, la definición del territorio autonómico viene dada, en ambas regulaciones, por las islas (‘el archipiélago canario integrado por las siete islas’), sin que se incluya una referencia explícita al mar que las rodea, ni ésta pueda deducirse del significado común del término archipiélago, que se limita a indicar que las islas deben estar agrupadas en el mar, más o menos próximas entre ellas” (FJ 6)».

Por todo lo expuesto, resulta evidente la voluntad del nuevo EAC de incluir los espacios marítimos como de la competencia autonómica, lo que supone un explícito reconocimiento estatutario que habilita al ejercicio de las competencias autonómicas sobre los espacios marítimos en aquellos ámbitos materiales delimitados por el propio Estatuto, entre los que están, como hemos referido, la defensa y protección del medio ambiente y los espacios protegidos, objeto del presente PD, por lo que hay que concluir que desde la entrada en vigor

del nuevo EAC, la Comunidad Autónoma de Canarias es competente para la declaración de las ZEPAs tanto terrestres como marinas.>>

Por tanto, el art. 4 EAC, vigente tras la reforma de 2018, referido al “ámbito espacial” de la Comunidad Autónoma de Canarias, constituye la delimitación de su territorio que comprende el “archipiélago canario”, integrado por “el mar y las siete islas con administración propia (...), así como por la isla de la Graciosa y por los islotes de (...)” (apartado 1 del art. 4 EAC), delimitándose un contorno perimetral que sigue la configuración general del archipiélago definido en el apartado anterior, tal y como se establece en el anexo del Estatuto, y las aguas que se integran en ese perímetro se denominan “aguas canarias”, que constituyen el especial ámbito marítimo de la Comunidad Autónoma Canaria (apartado 2 del art. 4 EAC), sobre el cual (además de “los restantes espacios marítimos que rodean a Canarias sobre los que el Estado español ejerza soberanía o jurisdicción”) la Comunidad Autónoma -y, por supuesto, el Estado- puede ejercer sus competencias, teniendo en cuenta “la distribución material de competencias establecidas constitucional y estatutariamente tanto para dichos espacios como para los terrestres” (apartado 3 del art. 4 EAC).

En definitiva, el contenido del art. 4 EAC constituye la concreción estatutaria de la delimitación del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, contenido obligatorio de todos los Estatutos de autonomía, según dispone el art. 147.2 b) de la Constitución.

La consecuencia inmediata de esta singularidad contenida en el EAC, siguiendo la jurisprudencia mantenida en la STC 25/2014, de 13 de febrero citada con anterioridad, es que las competencias autonómicas pueden ejercerse sobre las aguas canarias, mar territorial y zona económica exclusiva, que integran y rodean el archipiélago, superándose, en el caso de Canarias, en materia de medio ambiente -y más concretamente, en materia de biodiversidad marina-, el criterio mantenido en la legislación básica (art. 6, apartados 1 y 4, y art. 37.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad) y en la jurisprudencia constitucional anterior (entre otras, SSTC 87/2013, de 11 de abril -FJ 6-, y 99/2013, de 23 de abril -FFJJ 4 y 8-) de que las Comunidades Autónomas sólo pueden ejercer sus competencias en los espacios, hábitats o áreas críticas situadas en el medio marino, cuando exista “continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección”.

Así pues, dado que la CAC es competente según el EAC de Canarias en materia de biodiversidad y medio ambiente marino [153.1.d)], tal competencia también puede ejercerse en el ámbito espacial del mar que rodea e integra el Archipiélago, en desarrollo y ejecución de la básica del Estado, pero debiendo garantizarse en todo caso la prevalencia del EAC sobre la normativa básica en caso de antinomias **(DCC 42/2023)**.

A. 11. Procedimiento de las Administraciones Públicas de Canarias

Así, el Decreto proyectado incide principalmente en la competencia autonómica exclusiva para establecer la organización y el régimen de funcionamiento de su Administración y, en la competencia en materia de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas canarias.

En efecto, el art. 104 EAC dispone que:

«Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva para establecer la organización y el régimen de funcionamiento de su Administración, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución. Esta competencia incluye, en todo caso, la facultad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas y las entidades que la configuran o que dependen de ella».

Por su parte, el art. 106.2.a) EAC establece que:

«Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias con respeto a lo dispuesto en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución el ejercicio de sus competencias en materia de:

a) Procedimiento administrativo común».

Cabe a este respecto traer a colación las consideraciones que ya en nuestro Dictamen 146/2020, de 21 de mayo, dejamos consignadas y que son enteramente trasladables a este caso:

«El art. 149.1.18 CE reserva al Estado la competencia sobre las bases del procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

La Exposición de Motivos de la Ley 39/15 nos dice que: “(...) con esta nueva regulación no se agotan las competencias estatales y autonómicas para establecer especialidades ‘ratione materiae’ o para concretar ciertos extremos, como el órgano competente para resolver, sino que su carácter de común resulta de su aplicación a todas las Administraciones Públicas y respecto a todas sus actuaciones. Así lo ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, al considerar que la regulación del procedimiento administrativo común por el Estado no obsta a que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su Derecho sustantivo, siempre que se respeten las reglas que, por ser competencia exclusiva del Estado, integran el concepto de Procedimiento Administrativo Común con carácter básico”.

Por su parte, el art. 106 EAC, relativo al régimen jurídico, procedimiento, contratación, expropiación y responsabilidad de las administraciones públicas canarias, atribuye a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia en materia de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas canarias, que incluye, en todo caso, en lo que ahora interesa, la aprobación de las normas de procedimiento administrativo que deriven de las particularidades del derecho sustantivo de Canarias o de las especialidades de la organización de la Administración Pública canaria -apartado 1, c)-, así como el procedimiento administrativo común -apartado 2, a)-.

La jurisprudencia constitucional ha venido delimitando dicho concepto de procedimiento administrativo común: La STC 166/2014, de 22 de octubre afirma que «De esta delimitación de la competencia aquí concernida pueden extraerse ya las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar, que el diseño del “procedimiento administrativo común”, esto es, de esa estructura general del iter procedimental a que deben ajustarse todas las Administraciones públicas en todos sus procedimientos (STC 227/1988) es competencia exclusiva del Estado.

b) En segundo lugar, y derivado de lo anterior, que en esa tarea el Estado goza de libertad, pues con respeto a los principios que la propia Constitución le impone, como pueden ser el acatamiento de las garantías del art. 24.2 CE en la regulación del procedimiento administrativo sancionador (por todas, STC 18/1981, de 8 de junio), la eficacia de la Administración ex art. 103.1 CE, o la garantía de la audiencia del interesado “cuando proceda” de acuerdo con el art. 105 c) CE, aquél puede optar por varios modelos posibles.

c) En tercer lugar, que la titularidad de la competencia impuesta por el art. 149.1.18 CE hace que esa valoración corresponda hacerla única y exclusivamente al Estado, y que su resultado solamente pueda verse constreñido por el respeto a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Así, es claro que el Estado no puede interferir en la organización interna de éstas, señalando los órganos competentes para determinados trámites como por ejemplo la presentación de solicitudes (STC 190/2000, de 13 de julio, FJ 11 a)] o imponiendo órganos estatales de control frente a los propios de las Comunidades Autónomas, como pueden ser el Consejo de Estado (STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 5) o la Intervención General del Estado (SSTC 150/2012, de 5 de julio, FJ 11, y 130/2013, de 4 de junio, FJ 12), ni tampoco regular un concreto modo de ejercer las competencias autonómicas (STC 36/1994, de 10 de febrero, FJ 6) o, en general, establecer una regla competencial “específica en la materia” (STC 94/2013, de 23 de abril, FJ 6), pues lo que sí tienen éstas reservado es la regulación de las “normas ordinarias de tramitación” del procedimiento [SSTC 175/2003, de 30 de septiembre, FJ 10 c), y 126/2002, de 20 de mayo, FJ 10 a)]. Pero fuera de estos límites impuestos, como decimos, por las competencias específicas y propias de las Comunidades Autónomas, el Estado tiene competencia para establecer las normas del procedimiento administrativo que aseguren un tratamiento común de todos los administrados en los aspectos más importantes de sus relaciones con las distintas Administraciones públicas.

d) Y en último lugar, que naturalmente los procedimientos especiales por razón de la materia que regulen las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus competencias deben siempre “respetar” ese modelo o estructura general definidos por el Estado (así, entre otras, SSTC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 11; 178/2011, de 8 de noviembre, FJ 7 y 150/2012, de 5 de julio, FJ 9), pues de otro modo éste no cumpliría su función de ser el procedimiento administrativo “común”».

Sin embargo, respecto a los procedimientos especiales *ratione materiae*, el Tribunal Constitucional ha afirmado que son objeto de una competencia conexa a la competencia sustantiva sobre el correspondiente ámbito material. El Tribunal se pronuncia sobre esta cuestión en los términos que siguen:

“La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de los procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las

que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. (...) En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre la materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias” (STC 166/2014, FJ 4).

Nuestra doctrina al respecto está recogida en el Dictamen 164/2009, de 13 de abril:

“El Estatuto de Autonomía de Canarias, por un lado, atribuye competencia exclusiva a esta Comunidad Autónoma en relación con ‘el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia’ (art. 30.30 EAC). Canarias ostenta, por ello, la potestad normativa para regular en el ámbito de su territorio y conforme con los principios y reglas de la normativa aplicable cualquier procedimiento relativo a materias asumidas con carácter exclusivo mediante ley o a través de reglamento. Y competencia de desarrollo legislativo y la ejecución en materia de normas de procedimiento administrativo, económico-administrativo y fiscal que se deriven de las especialidades del régimen económico y fiscal de Canarias (art. 32.14).

En consecuencia, tanto el Estado como las Comunidad Autónoma de Canarias ostentan competencias concurrentes en materia de procedimientos administrativos. Pero ello no agota la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias para establecer determinadas especialidades en los procedimientos siempre que se respeten los criterios básicos, límites y garantías, tal como señala - entre otras- la STC 227/1988, de 21 de noviembre)”.

La competencia estatal relativa al “procedimiento administrativo común” [art. 149.1.18 CE (RCL 1978, 2836)] habilita para llevar a cabo una regulación general del “procedimiento, entendido en sentido estricto”: “iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos” [STC 50/1999, de 6 de abril (RTC 1999, 50), FJ 3] y de otras normas no estrictamente procedimentales, como las que «prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento» [STC 227/1988, de 29 de noviembre (RTC 1988, 227), FJ 32]. Las normas de procedimiento administrativo común vinculan a las comunidades autónomas, que habrán de ajustar a ellas la disciplina de sus procedimientos administrativos especiales, esto es, de los procedimientos relativos a las materias de competencia autonómica.

En fin, en la STC 110/2018, de 17 octubre, el Alto Tribunal afirma:

“Los artículos 1.2 y 129.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015 no excluyen la competencia autonómica para regular trámites de procedimiento administrativo especial en el marco del procedimiento común. Antes bien, condicionan su ejercicio a fin de promover el ‘tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones Públicas’ [SSTC 55/2018, FJ 9 b), y 227/1988, FJ 27]. (...). El preámbulo de la ley razona sobre el alcance de esta competencia: ‘Con esta nueva regulación no se agotan las competencias estatales y autonómicas para establecer especialidades *ratione materiae* o para concretar ciertos extremos, como el órgano competente para resolver, sino que su carácter de común resulta de su aplicación a todas las Administraciones públicas

y respecto a todas sus actuaciones. Así lo ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, al considerar que la regulación del procedimiento administrativo común por el Estado no obsta a que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su Derecho sustantivo, siempre que se respeten las reglas que, por ser competencia exclusiva del Estado, integran el concepto de procedimiento administrativo común con carácter básico”» (DCC 321/2023).

A. 12. Servicios Sociales

En relación con la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, la norma tiene su encaje en el artículo 142 EAC que establece:

«Artículo 142. Servicios sociales.

1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que incluye, en todo caso:

a) La regulación y la ordenación de los servicios sociales, las prestaciones técnicas y económicas con finalidad asistencial o complementaria de otros sistemas de previsión pública, así como de los planes y los programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de pobreza o de necesidad social».

Al respecto, procede reproducir lo expuesto al respecto en el Dictamen de este Consejo Consultivo 394/2020, de 14 de octubre, emitido en relación con el Decreto-ley 16/2020, de 24 de septiembre, mencionado en la Exposición de Motivos del presente Decreto-ley, señalándose que:

«La Comunidad Autónoma de Canarias ostenta plenas competencias para legislar sobre la materia que es objeto del Decreto-ley que se dictamina.

Así se recoge en el art. 142.1 letra a) del Estatuto de Autonomía de Canarias aprobado por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, que -con base en la previsión contenida en el art. 148.1.20ª- establece:

«1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que incluye, en todo caso:

a) La regulación y la ordenación de los servicios sociales, las prestaciones técnicas y económicas con finalidad asistencial o complementaria de otros sistemas de previsión pública, así como de los planes y los programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de pobreza o de necesidad social. (...)».

Esta competencia exclusiva de nuestra Comunidad Autónoma en materia de servicios sociales ya se reconocía en el primigenio Estatuto de Autonomía de Canarias (en su art. 30.13), y sobre ella se ha pronunciado este Consejo Consultivo en múltiples ocasiones.

Y en particular lo ha hecho con ocasión de los preceptivos dictámenes en relación a los proyectos de ley tanto de la Ley 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la Prestación Canaria de Inserción (DCC 70/2006), como de la Ley 2/2015, de 9 de febrero, que la modificó puntualmente (DCC

161/2014); es decir, con ocasión de la Ley que, en virtud del presente Decreto-ley, precisamente ahora se vuelve a modificar.

En este mismo sentido, en nuestro Dictamen 364/2017, en relación con el proyecto de ley de la Ley 16/2019, de 2 de mayo, de Servicios Sociales de Canarias, se manifestaba lo siguiente:

«El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el alcance del título competencial autonómico “asistencia social” y su delimitación con otros títulos competenciales del Estado, singularmente con el previsto en el art. 149.1.1ª CE (SSTC 76/1986, de 9 de junio; 239/2002, de 11 de diciembre; 36/2012, de 15 de marzo; 33/2014, de 27 de febrero; 26/2013, de 31 de enero; 78/2014, de 28 de mayo; 18/2016, de 4 de febrero; 36/2016, de 3 de marzo y 27/2017, de 16 de febrero, entre otras).

Así, en relación con las competencias estatales, en la STC 78/2014 se condensa su doctrina acerca de la competencia autonómica en materia de asistencia social y, fundamentalmente, de la posibilidad de que el Estado pueda legislar en la materia y, en concreto, en relación con el otorgamiento de ayudas, con fundamento en la competencia que le atribuye el art. 149.1. 1ª CE. “(...) Esta doctrina nos conduce a declarar que las ayudas objeto del presente conflicto tampoco pueden fundamentarse en el título recogido en el artículo 149.1.1 CE, lo que `no supone, no obstante, la imposibilidad para el Estado de financiar este tipo de acciones de fomento en materias atribuidas a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, pues el Estado tiene la capacidad para poner su poder de gasto al servicio de una política de asistencia social, en el ejercicio soberano de la función legislativa presupuestaria, sin perjuicio de que corresponda a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de asistencia social’ (STC 26/2013, FJ 6) y, por ende, ciertas facultades de regulación y ejecución de esas ayudas”».

Tras la aprobación de la L.O. 1/2018 de 5 de noviembre, de modificación del Estatuto de Autonomía de Canarias, este Consejo Consultivo ha continuado manteniendo, reiterando y reproduciendo en sus dictámenes más reciente, la doctrina expuesta en los citados DCC 70/2006 y 161/2014.

Así lo ha hecho en dictámenes dictados este mismo año. Entre otros, el DCC 100/2020, en relación con el Decreto-ley 4/2020, de 2 de abril, de medidas extraordinarias de carácter económico, financieras, fiscal y administrativas para afrontar la crisis provocada por el COVID-19; el DCC 103/2020, en relación con el Decreto-ley 6/2020, de 17 de abril, de medidas urgentes de carácter social dirigidas a las personas en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; en el DCC 146/2020, en relación con el Decreto-ley 9/2020, de 7 de mayo, de modificación del Decreto-ley 6/2020, de 17 de abril, de medidas urgentes de carácter social dirigidas a las personas en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; y en el DCC 244/2020, en relación con el Decreto-ley 10/2020, de 11 de junio, de modificación del Decreto-ley 4/2020, de 2 de abril, de medidas extraordinarias de carácter económico, financieras, fiscal y administrativas para afrontar la crisis provocada por el COVID-19.

En este último dictamen, DCC 244/2020 se da por reproducido íntegramente el Fundamento V del DCC 100/2020 que, posteriormente se recogen en todos los dictámenes citados. Dice así:

«Este Consejo Consultivo también ha tenido oportunidad de manifestarse en diversas ocasiones (por todos, DCCC 49/2020 y 52/2017, de 13 de febrero) en relación con el alcance de la competencia en “asistencia social”:

La Comunidad Autónoma de Canarias posee competencia exclusiva sobre la materia “asistencia social” según el art. 30.13 del Estatuto de Autonomía (actual 142 EAC). Esta materia incluye la regulación de ayudas económicas públicas, periódicas o puntuales, a personas que se encuentren en situación de necesidad. El hecho de que sean justamente pensiones asistenciales permite concluir que no se invade la competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.17ª de la Constitución, porque su financiación es a cargo exclusivamente de los presupuestos autonómicos, es decir, no interfieren ni quebrantan el régimen económico unitario de la Seguridad Social.

La autonomía financiera de la Comunidad Autónoma, que sobre todo es de gasto, “implica plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas” (STC 48/2004, de 25 de marzo). Tal circunstancia y el carácter exclusivo de la competencia autonómica permite a esta Comunidad establecer una política de asistencia social propia y, por ende, la posibilidad de diseñar su regulación legislativa que la plasma, en los términos contemplados en la STC 239/2002, de 11 de diciembre.

La citada STC 239/2002 reconoce que los “salarios mínimos de inserción” que han sido objeto de regulación por las Comunidades Autónomas al amparo de sus competencias en materia de asistencia social y servicios sociales se pueden percibir como ayudas de asistencia social, no incluidas en el Sistema de Seguridad Social, por personas que efectivamente reciban pensiones propias de este Sistema.

Además, la citada resolución del Alto Tribunal señala que nada impide desde la perspectiva de la legitimidad constitucional que las Comunidades con competencia en materia de asistencia social otorguen ayudas de esta naturaleza a colectivos de personas que, aun percibiendo prestaciones asistenciales del Sistema de Seguridad Social, se encuentren en situaciones de necesidad, siempre que no se produzca modificación o perturbación de dicho Sistema, o de su Régimen económico, (...)» (DCC 11/2023).

B. Consejo Consultivo

B. 1. Dictamen. Solicitud. Presidencia de organismos y entidades

En cuanto a la legitimación de la Presidencia del Consejo Insular de Aguas para solicitar el dictamen de conformidad con el art. 12.3 LCCC, debemos señalar que ostenta legitimación para ello como ya señalamos en el Dictamen 406/2020, de 14 de octubre, en el que exponíamos:

«2. De partida, no figuran expresamente previstos los Presidentes de los Consorcios entre los sujetos legitimados para solicitar el dictamen de este Consejo Consultivo, atendiendo al art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC).

Sin embargo, no menos cierto es que con carácter general nuestra doctrina - expresada, entre otros, en los Dictámenes 201/2005, 484/2012 y 381/2015, emitidos a solicitud de distintos presidentes

de entes u organizaciones instrumentales dotadas de personalidad jurídica propia y/o autonomía orgánica y funcional-, ha sido interpretar extensivamente el art. 12.3 LCCC en el sentido de considerar que la autoridad legitimada para solicitar el correspondiente dictamen es la que ostente la representación legal del mismo, cuando se trate de organizaciones con personalidad jurídica propia y funcionamiento autónomo, siempre que su eventual adscripción orgánica no lesione su autonomía funcional.

Por lo que, en principio, en el presente caso no habría objeción para que se solicitara el dictamen por el Presidente del CAAF, en tanto que tiene conferida la representación legal de dicho organismo, en virtud de lo establecido en los Estatutos» (DCC 9/2023).

B. 2. Dictamen. Procedimiento de urgencia

Sobre la solicitud de dictamen con carácter urgente ha tenido ocasión de pronunciarse este Organismo consultivo, entre otros muchos, en su reciente Dictamen 516/2022, de 29 de diciembre -con cita de los Dictámenes 301/2018, de 26 de junio, 40/2019, de 4 de febrero, 352/2022, de 27 de septiembre y 384/2022, de 13 de octubre-, señalando cuanto se expone a continuación:

«De acuerdo con la Ley reguladora de este Consejo, cabe que la emisión de su dictamen sea requerida con carácter de urgencia, si bien ésta debe ser motivada por el órgano solicitante. En esta exigencia de motivación subyace, como ha sostenido este Consejo, el criterio de que la urgencia tiene carácter excepcional y como tal ha de responder a razones que de una manera objetiva muestren la necesidad de que el pronunciamiento de este Organismo lo sea con la mayor celeridad de lo que corresponde a una tramitación ordinaria. Es decir, no cabe sostener que pueda admitirse cualquier motivación al amparo de la posibilidad prevista en el art.20.3 citado, sino que de la misma ha de derivarse la razonabilidad del acortamiento del plazo con que normalmente cuenta este Consejo para emitir su parecer (Dictámenes 40/2019, de 4 de febrero, 192/2019, de 16 de mayo y 97/2020, de 8 de abril, entre otros). Por ello, la solicitud de dictamen por la vía de urgencia que permite el art.20.3 LCCC constituye un cauce excepcional.

También es doctrina de este Consejo que la urgencia para la tramitación del procedimiento de elaboración de las normas no es por sí sola condicionante, ni suficiente per se, de la urgencia con que se ha de requerir y emitir el dictamen por parte de este Consejo. La declaración de urgencia se conecta con circunstancias objetivas y/o temporales y no de mera conveniencia de que las normas entren en vigor a la mayor brevedad posible. Dar celeridad en la aprobación de una norma no puede suponer sin más la reducción del plazo ordinario del que esta Institución dispone para emitir su pronunciamiento sobre la adecuación constitucional y estatutaria de la iniciativa normativa proyectada. La adecuada interpretación de las normas reguladoras de tales procedimientos impone que la tramitación ordinaria sea la regla y la urgencia la excepción y como tal debería venir siempre fundada en razones objetivas de interés público o de justificada necesidad (Dictamen 333/2014, de 24 de septiembre y, en el mismo sentido, los Dictámenes 442/2014, de 2 de diciembre y 161/2014, de 2 de mayo)».

De conformidad con esta doctrina, habría que entender que no concurren en este caso las circunstancias justificativas de la emisión urgente del dictamen de este Consejo Consultivo. Y es que, como se ha indicado con anterioridad, *«la urgencia para la tramitación del procedimiento de elaboración de las normas no es por sí sola condicionante, ni suficiente per se, de la urgencia con que se ha de requerir y emitir el dictamen por parte de este Consejo. La declaración de urgencia se conecta con circunstancias objetivas y/o temporales y no de mera conveniencia de que las normas entren en vigor a la mayor brevedad posible. Dar celeridad en la aprobación de una norma no puede suponer sin más la reducción del plazo ordinario del que esta Institución dispone para emitir su pronunciamiento sobre la adecuación constitucional y estatutaria de la iniciativa normativa proyectada»*.

En efecto, en el presente caso se omite toda referencia y justificación a otras razones objetivas sobre las que pudiera sustentarse la perentoriedad en la evacuación del dictamen de este Consejo Consultivo de Canarias.

A pesar de lo señalado, este Consejo Consultivo, actuando con la debida responsabilidad y de acuerdo con el principio de cooperación institucional, procede a emitir el correspondiente dictamen dentro del plazo reducido previsto para el procedimiento de urgencia [art. 20.3 LCCC]. Plazo que, en este caso, vence el próximo día 10 de marzo de 2023 (DCC 95/2023).

B. 2. 1. Motivación insuficiente

La solicitud de dictamen ha sido cursada por el procedimiento de urgencia ex art. 20.1 de la LCCC. A este respecto, el acuerdo gubernativo de toma en consideración del PD efectúa las siguientes consideraciones:

«[...] en relación con la solicitud de dictamen preceptivo al Consejo Consultivo de Canarias sobre el Proyecto de Decreto en tramitación, hay que señalar que, a juicio de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, concurren razones de interés público que justifican que la emisión sea realizada con carácter urgente, esto es, en el plazo máximo de 15 días, tal como se prevé en la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

En efecto, estando próxima la fecha de celebración de las elecciones al Parlamento de Canarias para finales de mayo de este año y, por tanto, que tras su celebración, el Gobierno de Canarias cese, continuando únicamente en funciones; ello conlleva que sus facultades queden limitadas al despacho ordinario de los asuntos públicos, es por lo que resulta conveniente realizar con celeridad los distintos actos de instrucción del expediente -entre los que se incluye la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias- con la

finalidad de que el Proyecto de Decreto pueda ser aprobado por el Gobierno antes de que este órgano entre en funciones.

Además de las cuestiones formales expuestas en el párrafo anterior, hay que añadir razones sustantivas. Así, habría que señalar que con la aprobación del Catálogo de servicios y prestaciones, el mismo incluirá el conjunto de servicios y prestaciones a las que las personas tendrán derecho, entendido como un derecho subjetivo que será exigible ante las Administraciones que deban garantizarlo una vez que se produzca su aprobación mediante decreto del Gobierno de Canarias, dado que dicho Catálogo se configura como un pilar fundamental para el despliegue de las previsiones de la LSSC y supondrá la verdadera configuración jurídica de un derecho subjetivo a los servicios sociales, tal como se contempla en el artículo 3 de dicha Ley».

Sobre la solicitud de dictamen con carácter urgente ha tenido ocasión de pronunciarse este Organismo consultivo, entre otros muchos, en su reciente Dictamen 24/2023, de 19 de enero, en el que se viene a señalar lo siguiente:

«De acuerdo con la Ley reguladora de este Consejo, cabe que la emisión de su Dictamen sea requerida con carácter de urgencia, si bien ésta deber ser motivada por el órgano solicitante. En esta exigencia de motivación subyace el criterio de que la urgencia tiene carácter excepcional y como tal ha de responder a razones que de una manera objetiva muestren la necesidad de que el pronunciamiento de este Consejo lo sea con mayor celeridad de lo que corresponde a una tramitación ordinaria. Es decir, no cabe sostener que cabe cualquier motivación al amparo de la posibilidad prevista en el art. 20 de la Ley del Consejo Consultivo, sino que de la misma ha de derivarse la razonabilidad del acortamiento del plazo con que normalmente cuenta este Organismo para emitir su parecer (...).

Doctrina de la que se extrae que el juicio de razonabilidad para apreciar la urgencia y, por ende, la reducción del plazo para la emisión de dictamen, corresponde exclusivamente a este organismo consultivo, y ello con independencia de la existencia de una Orden departamental que declare la tramitación urgente del procedimiento, lo que, si bien puede constituir un indicio más para estimar justificada la urgencia de la solicitud, no es vinculante sin más para este Organismo».

Pues bien, en el supuesto analizado se esgrimen dos razones -formales y sustantivas, tal y como se califican expresamente en el acuerdo de Gobierno de 16 de marzo de 2023- que justificarían el acortamiento del plazo ordinario previsto legalmente [art.20.1 de la LCCC] para la emisión de dictamen por parte de esta Institución consultiva. A saber: la cercanía del proceso electoral autonómico y la importancia *per se* del Catálogo de Servicios y Prestaciones dentro del Sistema de Servicios Sociales de Canarias.

Sin embargo, a nuestro juicio, tales circunstancias no justifican en modo alguno la perentoriedad en la evacuación del dictamen de este Consejo Consultivo.

En este sentido se hace oportuno señalar que la programación del calendario normativo del Gobierno debe tener en cuenta, desde su inicio, la intervención preceptiva del Consejo Consultivo, a los efectos de disponer en tal programación con el tiempo preciso –de ordinario 30 días- para que el Consejo Consultivo pueda cumplir adecuadamente su función.

Además, y a pesar de lo afirmado en la solicitud de dictamen a este Organismo Consultivo [«[...] resulta conveniente realizar con celeridad los distintos actos de instrucción del expediente -entre los que se incluye la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias- [...]»], se constata en el expediente remitido que, en ningún momento, se ha procedido a tramitar el PD con carácter urgente, tal y como permite la norma segunda, apartado 7, en relación con la norma octava, apartado primero, del Decreto 15/2016 de 11 de marzo, del Presidente, por el que se establecen las normas internas para la elaboración y tramitación de las iniciativas normativas del Gobierno y se aprueban las directrices sobre su forma y estructura (en adelante, Decreto 15/2016)]- en la actualidad art. 81 de la Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias-. De tal manera que, el único trámite del procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria que se ha instado por la vía de urgencia ha sido el presente, el relativo al dictamen de este Consejo Consultivo de Canarias.

Como complemento a lo ya manifestado, resulta oportuno reproducir el contenido de nuestro reciente Dictamen 133/2023, de 30 de marzo, en el que se indica lo siguiente:

«La circunstancia que en primer lugar se esgrime para fundamentar la solicitud de tramitación urgente es la de la inminente convocatoria de elecciones al Parlamento de Canarias, a partir de la cual el Gobierno queda en funciones, por lo que no podrá adoptar este tipo de iniciativas normativas. Este Consejo Consultivo entiende que tal motivo en sí mismo resulta del todo inadecuado para fundar aquella solicitud. En primer lugar, faltando aún dos meses para tal evento, y siendo el sometimiento a consulta de este Organismo el último del proceso inmediatamente anterior a la aprobación del PD por el Gobierno, no aparece fundada la solicitud de urgencia. Y es que, como en esa misma línea doctrinal añade el Dictamen 96/2023, de 9 de marzo, “la motivación contenida en la solicitud de dictamen no resulta suficiente y es evidente que el acortamiento de plazos afecta al ejercicio de la función consultiva, que puede resentirse al privarse a este Consejo del necesario tiempo para reflexionar sobre el contenido de la norma proyectada. Pero además, y en segundo lugar, es doctrina consolidada de este Consejo que tal motivación no resulta suficiente para justificar la solicitud de urgencia, cuando tratándose de una iniciativa legislativa “existen procedimientos (...) sumarisimos en el reglamento parlamentario que pueden permitir la aprobación de la Ley

con anterioridad a la finalización de la actual Legislatura” (Dictamen 51/2023, de 9 de febrero), mucho más cuando como en el presente caso se trata de la aprobación de un reglamento, cuya tramitación ya está virtualmente concluida al llegar al Consejo Consultivo».

Por otra parte, la segunda causa -sustantiva, se dice- alegada como fundamento para la reducción de los plazos de emisión de dictamen por parte de este Consejo Consultivo [*«[...] la aprobación del Catálogo de servicios y prestaciones [...] mediante decreto del Gobierno de Canarias [...] se configura como un pilar fundamental para el despliegue de las previsiones de la LSSC y supondrá la verdadera configuración jurídica de un derecho subjetivo a los servicios sociales, tal como se contempla en el artículo 3 de dicha Ley»*], tampoco resulta justificable. Y es que, tal circunstancia -esto es, la importancia de la aprobación del Catálogo a la hora de crear un auténtico derecho subjetivo al sistema público de servicios sociales- concurriría ya al tiempo de aprobación y entrada en vigor de la LSSC. Por lo que difícilmente se puede sustentar la perentoriedad en la evacuación del dictamen de este Consejo Consultivo de Canarias, en razones preexistentes al comienzo de elaboración del PD.

En definitiva, la motivación que se contiene en la solicitud de dictamen no resulta suficiente y es indudable que el acortamiento de los plazos afecta al adecuado ejercicio de la función consultiva, que puede resentirse al privarse a este Consejo del tiempo necesario para reflexionar sobre el contenido de la norma proyectada. No obstante, en virtud de nuestro deber de cooperación y lealtad institucional, se da cumplida respuesta a la solicitud formulada, emitiéndose el dictamen en el plazo establecido (**Doctrina reiterada en los DDCC 155/2023, 181/2023 y 201/2023**).

C. Normas jurídicas

C. 1 Presunción de constitucionalidad de las normas

Ello, no obstante, sí se ha de advertir que, ya en el Dictamen 35/2014, de 30 de enero, este Consejo Consultivo recordaba que la Ley, mientras no exista una Sentencia del Tribunal Constitucional que destruya la presunción de constitucionalidad que la inviste, es válida y eficaz y obliga a todos sus destinatarios y a todos los órganos del Estado encargados de su aplicación.

En este mismo sentido, en la STC 83/2020, de 15 de julio, el Tribunal Constitucional reitera que la presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin una argumentación suficiente y que no son admisibles las impugnaciones globales carentes de un razonamiento específico que las sustente (así, por ejemplo, SSTC 43/1996, de 14 de marzo, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 2; 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 1; 87/2017, de 4 de julio, FJ 2, y 98/2018, de 19 de septiembre, FJ 2), pues tal presunción viene dada por su origen democrático y por el principio de su conservación.

Esto aparte, tampoco le es dable a la Administración dirimir las eventuales antinomias que pudiera parecerle que existen entre una ley estatal y autonómica. Tratándose de normas de rango legal en ambos casos, incluso el Poder Judicial, igualmente sujeto al imperio de la Ley, tiene limitada tal facultad también con carácter general sin la previa interposición de la pertinente cuestión de inconstitucionalidad.

En consecuencia, no puede dejar de aplicarse una norma mientras no haya sido declarada formalmente nula, en virtud de un proceso constitucional instado al efecto, o bien, sea derogada. Por ello, no procede que la Administración declare la inaplicación de un precepto legal por considerarlo inconstitucional, debiendo ser interpretado en el sentido más conforme a la CE (**DCC 260/2023**).

C. 2. Decreto-ley

C. 2. 1. Presupuesto habilitante. No concurre

Ahora bien, esto sentado, en el referido Dictamen 443/2022 añadíamos:

“4. Dicho lo anterior, se ha de advertir, no obstante, que, de acuerdo con la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional en relación con el presupuesto habilitante del DL, no basta -a efectos de verificar su concurrencia- con efectuar una definición explícita y razonada de la situación de urgencia, sino que, además, resulta indispensable justificar el recurso a este instrumento normativo perentorio. Como bien refiere la STC n.º 40/2021, de 18 de febrero -exponiendo su doctrina constante- «[...] la apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley), incumbiéndole a este tribunal controlar que ese juicio político no desborde los límites de lo manifiestamente razonable, sin suplantarse a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los decretos leyes; y [...] ese control externo se concreta en la comprobación de que el Gobierno haya definido, de manera explícita y razonada, una situación de extraordinaria y urgente necesidad que precise de una respuesta normativa con rango de ley, y de que, además, exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas adoptadas para hacerle frente».

La anterior afirmación se complementa con lo dispuesto, entre otras, en la STC n.º 110/2021, de 13 de mayo, al indicar que «[...] la necesidad justificadora de los decretos-leyes no puede interpretarse como absoluta, sino como necesidad relativa respecto de situaciones concretas que, por razones difíciles de prever, requieran de una acción normativa inmediata, no supeditada al superior lapso de tiempo que pudiera conllevar la vía ordinaria, o la de urgencia, para la tramitación parlamentaria de las leyes (por todas, STC 152/2017, de 21 de diciembre, FJ 3)».

De todo cuanto se ha expuesto anteriormente, se colige la necesidad de justificar el porqué de la utilización de este instrumento normativo extraordinario (frente a otras posibilidades -normativas o no- de actuación)."

Como es lógico, resulta necesario por tanto hacer ahora esta misma indagación.

En el expediente remitido a este Consejo Consultivo, y en concreto en el Informe de Impacto Normativo [apartado A) II, página 5 relativo a las «Alternativas a una actuación legislativa»], se señala:

"La seguridad jurídica y la excepcionalidad de la situación económica caracterizada por una importante subida de precios de los productos básicos debido a, entre otros factores, la guerra en Ucrania y que afecta de manera muy significativa a las personas más vulnerables exigen que las previsiones extraordinarias se recojan en un instrumento de rango legal, de forma que aporte la debida certidumbre en la actuación de los órganos administrativos. En efecto, se ha detectado que la citada subida de precios está afectando de forma significativa en la calidad de los servicios y cuidados que reciben las personas dependientes por parte de las entidades del sector, quienes para poder hacer frente al incremento de los costes, se ven obligados a reducir su tiempos de cuidados y demás servicios que prestan.

En consecuencia, a la vista de las circunstancias descritas, la extraordinaria y urgente necesidad de este Decreto-ley resulta plenamente justificada y resulta proporcionada para atender las circunstancias sociales y económicas que se siguen derivando de la crisis económica y las derivadas de la guerra de Ucrania que ha supuesto una subida de precios de los productos básicos, que afecta a las familias más vulnerables de Canarias".

Planteada la cuestión prácticamente en los mismos términos que en el informe que figuraba en el expediente relativo al DL sobre el que emitió el Dictamen 443/2022, apreciábamos en el mismo, a la sazón, que la fundamentación aducida para la justificación del cumplimiento del presupuesto habilitante para la emanación del decreto-ley no era suficiente:

"Pues bien, en el expediente remitido a este Consejo, ahora analizado, dicha fundamentación se omite; sin que, a tales efectos, baste con lo afirmado en el informe de iniciativa normativa [«Alternativas a una actuación legislativa»], en donde se señala que «la excepcionalidad de la situación económica y social derivada de la crisis económica por la invasión de Ucrania por parte de Rusia, exigen que las previsiones extraordinarias en esta área de transporte marítimo competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Canarias, se recojan en un instrumento de rango legal, de forma que aporte la debida certidumbre en la actuación de los órganos administrativos».

Y es que la mera invocación genérica del principio de seguridad jurídica [art. 9.3 CE] en modo alguno suple la necesaria justificación de la necesidad de utilizar un instrumento normativo excepcional como es el DL.

Desde este concreto punto de vista, se entiende que no concurre el presupuesto habilitante para la aprobación del presente DL; y es que, si bien aparece definida -en el propio DL y en el expediente de elaboración de la norma-, de manera «explícita y razonada», la situación de «extraordinaria y urgente necesidad» que es necesario afrontar, sin embargo, no se acredita que dicha situación

excepcional «[...] precise de una respuesta normativa con rango de ley [...]», o de «[...] una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes».

Así que, en aras de la coherencia, no cabe sino concluir ahora en el mismo sentido y por las mismas razones.

Esto es, la sola apelación a la seguridad jurídica y a la excepcionalidad de la situación económica no es suficiente por sí misma para justificar la emanación de un decreto-ley. Estos argumentos podrían justificar, acaso, la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, pero el recurso a este instrumento normativo requiere igualmente acreditar que la respuesta a dicha situación de extraordinaria y urgente necesidad precise de una norma con rango de ley.

No se está en este caso ante una norma de rango legal de la que se diera la necesidad de aprobar ahora un decreto-ley en tanto que instrumento normativo del mismo rango legal (si asimismo se acreditara la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad); y tampoco, por otra parte, sobre la materia regulada se advierta la existencia de una reserva de ley de la que resulte igualmente la perentoriedad de acudir a dicho instrumento.

Corresponde al autor de la norma ofrecer la debida fundamentación en los términos expresados que en su caso pudiera llegar a fiscalizarse por los órganos correspondientes. Y al propio Informe de Impacto Normativo no se le escapa la necesidad de atender esta exigencia, al reproducir la jurisprudencia constitucional, de la que nuestra propia doctrina consultiva no es al fin y al cabo sino mera reproducción [Apartado A) III, página. 7]:

“El Tribunal Constitucional, como recuerda el Consejo Consultivo de Canarias en su Dictamen 100/2020, de 17 de abril, en STC 12/2015, de 5 de febrero, afirma que: (...) Ese control externo se concreta en la comprobación de que el Gobierno ha definido, de manera “explícita y razonada”, una situación de extraordinaria y urgente necesidad [TC 137/2011, de 14 de diciembre (RTC 2011, 137), FJ 4], que precise de una respuesta normativa con rango de ley, y, además, que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas adoptadas para hacerle frente [por todas, SSTC 29/1982 (RTC 1982, 29), FJ 3, y 70/2016, de 14 de abril (RTC 2016, 70), FJ 4], de manera que estas “guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar” (STC 182/1997 (RTC 1997, 182), FJ 3).”

Habida cuenta de la inexistencia propiamente de una “reserva de reglamento” en nuestro Ordenamiento Jurídico, el legislador podría desarrollar las “alternativas a la actuación legislativa” que plantea el Informe de Impacto Normativo; pero lo que cabe a las leyes no cabe en los mismos términos a los decretos-leyes. En todo caso, además, es posible que para estos supuestos se recurra a normas de carácter reglamentario para llevar a cabo la regulación -como así lo han entendido en la materia que contempla el DL otras comunidades autónomas-.

Tampoco es que esté excluida en toda circunstancia que los decretos-leyes puedan incorporar regulaciones que con anterioridad figuran en normas de carácter reglamentario, pero se ha de observar que, en tal caso, este Consejo Consultivo -por otra parte, en línea con la jurisprudencia constitucional, como no puede ser de otra manera- no ha dejado de manifestar las cautelas y los límites a que ha de contraerse este modo de proceder. Así, recordando ahora el núcleo de nuestra argumentación a este respecto, ya en nuestro Dictamen 100/2020, de 17 de abril, manifestamos:

“Sobre la improcedencia de un decreto-ley para acometer una regulación que pudiera encontrar acomodo en una norma de rango reglamentario, observa la STC 14/2020, de 28 de enero FJ 5: «Ciertamente, no existen en la Constitución de 1978 reservas de reglamento, como este Tribunal ha reiterado, lo cual implica que a la ley no le está vedada la regulación de materias atribuidas anteriormente al poder reglamentario (por todas, STC 87/2018, de 19 de julio FJ 3). Ello nos ha llevado a reconocer “la aptitud del decreto-ley para abordar una regulación que podría haberse incluido en una norma reglamentaria, siempre que la exigencia de sistematicidad en la regulación de la materia haga aconsejable su regulación conjunta a través del decreto-ley (...)”>>”.

En la misma línea los posteriores Dictámenes 502/2021, de 19 de octubre o 544/2021, de 15 de noviembre; Y de ahí también la conveniencia de introducir las denominadas cláusulas de salvaguardia de rango reglamentario, en línea igualmente con la doctrina del Consejo de Estado y con nuestra propia doctrina.

Si se recuerda ahora todo ello es justamente como muestra de las cautelas con las que caben admitir los decretos-leyes cuando no se precisa una respuesta normativa que requiera la aprobación de una norma de rango legal y pueda adoptarse la medida pretendida sirviéndose el ejecutivo de los instrumentos ordinarios de que dispone (**DCC 152/2023**).

C. 2. 2. Límites. Leyes de presupuestos

A este respecto se ha de advertir que la utilización de esta fuente normativa para modificar las leyes de presupuestos debe tener carácter excepcional, hacerse un uso prudente y restrictivo y justificar debidamente su utilización en cada caso, sin acudir a fórmulas tipo o genéricas o vacías de suficiente contenido.

Sobre el uso de esta posibilidad nuestro Dictamen 280/2022, de 7 de julio, sintetiza la doctrina al respecto, al razonar lo siguiente:

«En lo que se refiere a tal cuestión, se ha de tener en cuenta lo manifestado por este Consejo Consultivo en diversos Dictámenes (por todos, DDCC 104/2020, de 8 de mayo y 550/2021, de 16 de noviembre), siendo lo siguiente:

«1. En cuanto a los límites materiales del Decreto-ley 7/2020, ha de comenzar por tenerse presente que los decretos-leyes autonómicos, además de los límites del art. 86 de la CE, están sometidos a los límites contenidos en los propios Estatutos de Autonomía. Entre tales límites se encuentra, en el

caso del Estatuto de Autonomía de Canarias, que el decreto-ley no puede afectar a las leyes del presupuesto de la Comunidad Autónoma (arts.45 y 46 del EA).

Según el art. 46 (Decretos-leyes), los decretos-leyes «no podrán afectar a los supuestos excluidos en el artículo anterior ni a la regulación esencial de los derechos establecidos en este Estatuto».

En virtud de la remisión que el art. 46 efectúa al artículo anterior, no obstante, hay que tener en cuenta también lo previsto en el art. 45 (Delegación legislativa): «1. El Parlamento de Canarias podrá delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley, excepto en los siguientes supuestos: a) Las leyes del presupuesto de la Comunidad Autónoma. b) Las leyes de instituciones autonómicas o que requieran mayoría cualificada del Parlamento».

De la lectura sistemática de ambos preceptos resulta, así, pues, que al decreto-ley autonómico, por expreso mandato estatutario en el caso de Canarias, le está vedado «afectar» a las siguientes materias: leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma, las de las instituciones autonómicas, las que requieran mayoría cualificada, o las que contengan la regulación esencial de los derechos establecidos en el propio EAC.

Los más recientes Estatutos de Autonomía de otras Comunidades Autónomas, de igual modo que el nuestro, contemplan entre las materias excluidas a los decretos-leyes autonómicos el primero de los supuestos que acaba de mencionarse (leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma), y que es el que desde ahora ha de centrar nuestra atención: así, Cataluña (Ley Orgánica 6/2006: art. 64); Baleares (Ley Orgánica 1/2007: art. 49); Andalucía (Ley 2/2007: art. 110); Castilla y León (Ley Orgánica 4/2007: art. 25.4); Aragón (Ley Orgánica 5/2007: art. 44); Navarra (Ley Orgánica 7/2010, de modificación de la Ley Orgánica 13/19982: art. 21 bis); Extremadura (Ley Orgánica 1/2011: art. 33).

No todos se sirven exactamente de la misma fórmula literal: mientras unos se refieren a la imposibilidad de aprobar por decreto-ley la ley de presupuestos en singular, otros se refieren a las leyes de presupuestos en plural; y los hay también que lo hacen a las modificaciones que afecten a tales leyes, caso de Canarias (como igualmente lo es el de Baleares). Sin embargo, por encima de la diversidad de las fórmulas empleadas, se trata de asegurar, en última instancia, la vigencia de un límite común a los decretos-leyes autonómicos a tenor de los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional.

2. En efecto, como punto de partida, ha de señalarse que la aprobación de los presupuestos constituye una materia reservada a Ley, y en la medida en que están sujetos además a un procedimiento específico para su aprobación (para los Presupuestos Generales del Estado, art. 134 de la Constitución; y, con mayor grado de exhaustividad, para los Presupuestos de las Comunidades Autónomas, en sus correspondientes reglamentos parlamentarios), tienen asignado un contenido material propio.

En los términos establecidos por la STC 3/2003, de 16 de enero (FJ 7º):

«La Ley de presupuestos tiene una función específica y constitucionalmente definida: aprobar los presupuestos generales -en este caso, de una Comunidad Autónoma- para un ejercicio presupuestario que debe coincidir con el año natural, y, de este modo, fiscalizar el conjunto de la actividad financiera pública, aprobar o rechazar el programa político, económico y social del Gobierno que los presenta y, en fin, controlar que la asignación de los recursos públicos sea equitativa. Precisamente para que dicha

función pueda ser realizada, al margen de un posible contenido eventual o disponible, la Ley de presupuestos tiene un contenido constitucionalmente determinado que se concreta en la previsión de ingresos y la autorización de gastos, debiendo esta última extenderse tanto al quantum como a su destino».

O, como prosigue indicando más adelante esta misma resolución constitucional (FJ 9º):

«Mediante la aprobación anual de la Ley de presupuestos las Cortes Generales y las Asambleas autonómicas autorizan el gasto máximo a realizar y el destino del mismo durante un ejercicio determinado, ejerciendo de este modo, una función definida en la Constitución (arts.66.2 y 134.1) (...) : la de fiscalizar la actividad financiera pública, aprobar o rechazar el programa político social y económico del Gobierno, así como controlar que los recursos públicos que se prevé recaudar se asignen equitativamente. (...) el ejercicio eficaz de esta específica función reclama (así lo disponen los arts. 134.2 CE (...)) que la previsión de ingresos y las habilitaciones de gastos se contengan en una única norma, la Ley de presupuestos generales».

Sentado esto como punto de partida, lo que a continuación cabe preguntarse es si le está vedado entonces toda intervención a toda norma de rango legal sobre esta materia. Y la propia Sentencia constitucional 3/2003 antes mencionada se cuida de proporcionar la respuesta a esta cuestión.

Admitida de entrada tal eventualidad, como no podía ser de otro modo a tenor del art. 134.5 de la Constitución que así lo contempla de manera expresa, las cautelas sin embargo son máximas. Declara así la propia STC 3/2003 (FJ 5º):

«Es claro que, por la propia naturaleza, contenido y función que cumple la ley de presupuestos, el citado art. 134.5 CE no permite que cualquier norma modifique, sin límite alguno, la autorización por el Parlamento de la cuantía máxima y el destino de los gastos que dicha ley establece. Por el contrario, la alteración de esa habilitación y, en definitiva, del programa político y económico anual del Gobierno que el presupuesto representa, sólo puede llevarse a cabo en supuestos excepcionales, concretamente cuando se trate de un gasto inaplazable provocado por una circunstancia sobrevenida. Admitir lo contrario, esto es, la alteración indiscriminada de las previsiones contenidas en la Ley de presupuestos por cualquier norma legal, supondría tanto como anular las exigencias de unidad y universalidad presupuestarias contenidas en el art. 134.2 CE».

Insistiendo más adelante (FJ 9º):

«Dicho de otro modo, la Constitución y las normas que integran el bloque de la constitucionalidad establecen una reserva material de la ley de presupuestos -la previsión de ingresos y autorizaciones de gastos para un año-, reserva que, aun cuando no excluye que otras normas con contenido presupuestario alteren la cuantía y destino del gasto público autorizados en dicha ley, sí impide una modificación de la misma que no obedezca a circunstancias excepcionales».

Como puede inferirse sin dificultad de la lectura de estos pasajes, es persistente la apelación a la existencia de supuestos o circunstancias excepcionales para legitimar que los decretos-leyes puedan llegar a afectar o incidir sobre las leyes anuales de presupuestos. Por lo que, en circunstancias ordinarias, no resulta en absoluto sencillo soslayar las exigencias que dimanar de esta doctrina constitucional.

Consciente de las dificultades, en dos de sus dictámenes (1/2012 y 2/2012), el Tribunal de Garantías Estatutarias de Cataluña intentó sortear las restricciones para justificar sendos Decretos-leyes 3 y 4/2011, aduciendo que tales restricciones operaban exclusivamente sobre el contenido constitucionalmente mínimo y necesario asignado a los presupuestos.

Pero a la sazón, en cualquier caso, no se producían las circunstancias excepcionales que, en cambio, se producen ahora y que ya han quedado suficientemente constatadas.

A su socaire, justamente, y a fin de paliar con carácter urgente la situación de crisis económica y social generada por el COVID-19, no solamente Canarias (Decreto-ley 4/2020: art. 12), sino la mayor parte de las Comunidades Autónomas cuyos respectivos ejecutivos disponen de la facultad de aprobar normas gubernativas con rango de ley se han servido del instrumento del decreto-ley para afrontar estas circunstancias excepcionales que determinan justamente su legitimidad, incluyendo en tales normas medidas que en mayor o menor medida afectan a sus presupuestos.

Así es el caso de Andalucía (Decreto-ley 3/20: art. 12 y disposición adicional 3ª); Aragón (Decreto-ley 1/20: art. 2 y Disposición adicional 2ª); Baleares (Decreto-ley 4/20: art. 11, modificado por Decreto-ley 5/20: disposición final primera); Cataluña (Decreto-ley 12/20: art. 1); Extremadura (Decreto-ley 3/20: art. 3); y Navarra (Decreto-Ley Foral 1/20: art. 16).

Entre tales medidas, de manera singular, Aragón, Baleares y Extremadura contemplan expresamente el recurso a la figura de los créditos ampliables; lo mismo que Canarias, que lo hizo ya en el precedente Decreto-ley 4/2020 (art. 12), del que éste que es ahora objeto de este Dictamen (Decreto-ley 7/2020) no constituye sino una mera modificación puntual.

Los dos párrafos que ahora (Decreto-ley 7/2020: art. único) se añaden al apartado tercero de dicho precepto (Decreto-ley 4/2020: art. 12) y el que lo hace a su apartado cuarto no tienen otro objeto que el de establecer, para facilitar su identificación y seguimiento, el régimen concreto de la vinculación exigible a los créditos que se amplíen para atender los gastos necesarios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en determinados sectores (en especial, los sectores sanitario, educativo, social y productivo).

3. Y la cuestión se sitúa entonces, y ya finalmente, en determinar hasta qué punto les es dable a los decretos-leyes autonómicos contemplar tales medidas, observando al mismo tiempo los límites que les son de aplicación en virtud de lo dispuesto, de manera particular, en los respectivos estatutos de autonomía de cada Comunidad Autónoma.

Pues bien, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en varias ocasiones acerca de la utilización de la técnica del decreto-ley para proceder a la modificación del Presupuesto, debiendo distinguirse, según la finalidad concreta o del asunto concreto sobre el que verse.

Así, no tendría cabida en la Constitución la instrumentalización del decreto-ley para aprobar los Presupuestos Generales (lo que sería inconstitucional por vulneración de la reserva material y procedimental prevista por el art. 134 CE), prorrogar los Presupuestos inicialmente aprobados o alterar los Presupuestos prorrogados (supuestos que constituyen una vulneración directa del art. 134.4 CE y del carácter automático de la prórroga presupuestaria al no exigirse forma jurídica para su instrumentalización); más distinto es el caso de su utilización para proceder a ampliaciones presupuestarias.

En el caso que nos ocupa en este Dictamen, nos encontramos precisamente ante este último supuesto, viniendo dado por una alteración del régimen jurídico de los créditos ampliables establecidos en la Ley 19/2019, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2020.

Pues bien, es a la luz de la propia particularidad de este supuesto conforme ha de aplicarse la doctrina constitucional establecida con carácter general.

Es decir, como ya ha quedado indicado y ha sido ya certeramente advertido por algunos comentaristas a propósito de nuestro texto estatutario, mediante un decreto-ley no podrá, por ejemplo, aprobarse o prorrogarse el presupuesto anual de la Comunidad Autónoma.

Pero sí se podrá alterar la cuantía y el destino del gasto público previsto en la Ley de presupuestos o modificar cualquier otro aspecto de la misma que no afecte a su contenido esencial, siempre, eso sí, que se acredite la urgencia y extraordinaria necesidad; lo que constituye, por otra parte, un presupuesto habilitante inexcusable de la capacidad de dictar decretos-leyes.

En su STC 126/2016, de 7 de julio, el Tribunal Constitucional ha venido a vincular la materia misma objeto del Decreto-ley con la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad. (...) » (DCC 61/2023).

C. 3. Reglamento

C. 3. 1. Potestad reglamentaria. Gobierno en funciones

Tal y como se ha indicado, el presente dictamen ha sido solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en funciones, por lo que, con carácter previo al análisis de la norma proyectada, se hace preciso tratar la cuestión relativa a si el presente PD se enmarca dentro de los límites del art. 48 de la Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias (BOC nº 66, de 3 de abril de 2023) -en adelante, LPGC-, y, en consecuencia, puede ser tramitado por el Gobierno en funciones.

En cuanto a los límites de actuación de un Gobierno en funciones, el art. 52.2 de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias (EAC), establece que:

«2. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, que tendrá lugar en el plazo máximo de quince días, a contar desde la fecha de nombramiento de la persona titular de la Presidencia. Una Ley del Parlamento de Canarias regulará las atribuciones del Gobierno cesante».

Por su parte, el art. 48 LPGC, de aplicación al contenido del texto normativo sometido a dictamen -como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo de Canarias, entre otros, en sus recientes Dictámenes 153, 154 y 155/2023, de 17 de abril de 2023- dispone que:

«1. El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo, absteniéndose de adoptar decisiones que impliquen dirección de la política general o comprometan la política del Gobierno que vaya a sucederle.

2. El Gobierno en funciones limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos de su competencia.

3. El Gobierno en funciones no podrá aprobar el proyecto de ley de presupuestos de la comunidad autónoma ni ejercer, salvo casos de urgencia o interés general debidamente acreditados, las siguientes facultades:

- a) La iniciativa legislativa.
- b) Hacer uso de las delegaciones legislativas conferidas por el Parlamento de Canarias.
- c) La potestad reglamentaria, salvo que se limite a la mera organización interna».

Este organismo consultivo ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto al alcance funcional del gobierno en funciones en el Dictamen 220/2019, de 6 de junio, en el que, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia y de Dictámenes anteriores de este Consejo Consultivo, razonaba lo siguiente:

«3. Sobre el Gobierno en funciones.

El 26 de mayo de 2019 se celebraron elecciones al Parlamento de Canarias. El art. 52 de la L.O. 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, dispone que el Gobierno cesa tras la celebración de elecciones al Parlamento y continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Por consiguiente, el Gobierno desde el 26 de mayo pasado está en funciones.

La Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, no regula el Gobierno en funciones. La Disposición Final Primera de esta Ley ordena la aplicación supletoria de la legislación del Estado en lo no previsto en ella.

El art. 21.3 de la Ley estatal 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, señala lo siguiente sobre el gobierno en funciones:

«1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.

2. El Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, con las limitaciones establecidas en esta Ley.

3. El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y 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 exprese así lo justifique, cualesquiera otras medidas.

4. El Presidente del Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:

- a) Proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras, o de las Cortes Generales.
- b) Plantear la cuestión de confianza.
- c) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo.

5. El Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:

- a) Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- b) Presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

6. Las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del alcance funcional de un Gobierno en funciones (STS 20 de septiembre de 2005), asumida por este Consejo Consultivo en varios de sus dictámenes (DDCC 42/1995, 43/1995, 63, 73, 85 y 86/1999), había venido considerando que un Gobierno en funciones no debería tomar en consideración ni aprobar un reglamento de desarrollo o ejecutivo de ley por cuanto el ejercicio de la potestad reglamentaria excedía del concepto «despacho ordinario de asuntos», al tratarse de un acto de «orientación política».

No puede desconocerse, sin embargo, que la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 2013, parece matizar el alcance de los antedichos conceptos jurídicamente indeterminados.

Indica tal sentencia que «“el hecho de que no se establezcan constitucionalmente límites explícitos a la actuación del Gobierno en funciones no quiere decir que no existan, pues la propia naturaleza de esta figura, cesante y transitoria, conlleva su falta de aptitud para ejercer la plenitud de las atribuciones gubernamentales”. Por otra parte, son diferentes las causas generadoras de un Gobierno en funciones, por lo que en unos casos el interregno “será breve” (exigencia de responsabilidad política) mientras que en otros (elecciones) la interinidad “puede extenderse a lo largo de varias semanas e, incluso, de varios meses”. En consecuencia “el Gobierno puede permanecer en funciones un período de tiempo significativo”.

En efecto, (...) “la Constitución, ciertamente, no establece de modo expreso límites o restricciones a la actuación del Gobierno en funciones”. Sí indica que un Gobierno en plenitud funcional ejerce las funciones de “dirección de la política interior (...) para cuya realización atribuye al órgano Gobierno la dirección de la Administración Civil y Militar y le encomienda la función ejecutiva y la potestad reglamentaria” (...). Si esto es lo que hace un Gobierno en plenitud funcional, “es, al mismo tiempo, lo que no puede hacer el Gobierno en funciones”».

Respecto de esta cuestión, la sentencia citada precisa que «el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya».

A tales efectos, son actos de orientación política “aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado y presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado”; también explica que queden “en suspenso las delegaciones legislativas mientras el Gobierno esté en funciones por haberse celebrado elecciones generales” (art. 21 de la Ley 50/1997). Tampoco puede “disolver una o ambas Cámaras, presentar la cuestión de confianza o proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, actos de clara orientación política”, concluyendo que la línea divisoria entre lo que el Gobierno en funciones puede y no puede hacer “no pasa por la distinción entre actos legislativos y no legislativos, sino por la que hemos señalado entre actos que no conllevan dirección política y los que la expresan”.

Es por ello que la determinación del alcance funcional de un Gobierno en funciones obliga a “examinar caso por caso y asunto por asunto los que han de considerarse incluidos en el despacho ordinario y los que, por quedar fuera de él, no pueden ser abordados por el Gobierno en funciones de

no existir urgencia o demandarlo el interés general contemplado en el artículo 21.3 de este texto legal”. Criterio que, por lo demás, se confirma si atendemos al hecho de que una interpretación extensiva de tales limitaciones funcionales “supondría situar al Gobierno de España en una posición de precariedad tal que podría impedir o dificultar que ejerciera los cometidos que la Constitución le ordena realizar, pues en pocos actos gubernamentales están ausentes las motivaciones políticas o un margen de apreciación.

En definitiva, el “despacho ordinario de los asuntos” públicos parece comprender 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. Lo que quiere decir que se amplía el concepto “despacho ordinario de asuntos”, tanto por las diferentes causas de un Gobierno en funciones como por la necesidad de que no haya solución de continuidad en el ejercicio de la dirección política del Estado, y se restringe el concepto “actos de orientación política”, que parece referirse a los actos político-constitucionales y a los actos normativos primarios, que son los que en puridad pueden cambiar la orientación política del Estado”.

Este Consejo lógicamente no podía desconocer la doctrina sentada por la señalada Sentencia, que continúa y profundiza la jurisprudencia anterior, entendiendo que se ha de examinar caso por caso y asunto por asunto, a los efectos de determinar si nos encontramos ante un supuesto que se puede encuadrar entre los incluidos en el despacho ordinario de asuntos o, por el contrario, no es así y, en consecuencia, no puede ser abordado por el Gobierno en funciones de no existir urgencia o demandarlo el interés general. Esta cuestión se trató, entre otros, en los Dictámenes 240/2015 y 241/2015, ambos de 30 de junio, y 273/2015, de 15 de julio. (...)

Posteriormente, la Jurisprudencia ha seguido incidiendo en este criterio. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2017, y más recientemente, la de 12 de marzo del presente año, a tenor de la cual:

«“En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende 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 a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse”.

Pues bien, la aplicación de dicho criterio al caso y como se señalaba en la referida sentencia de 27 de diciembre de 2017, lleva a considerar en primer lugar (...). En segundo lugar, se trata de una revisión del planeamiento hidrológico que responde a la previsión legal de revisión sexenal establecida al efecto y en cumplimiento y persecución de los objetivos establecidos en la normativa comunitaria e interna, de manera que no responden a una iniciativa política del Gobierno ni a criterios de dirección política en la materia, sino que es la normativa aplicable la que orienta la política del agua, sin perjuicio del ámbito de discrecionalidad que en su desarrollo corresponda a quien ejerce la potestad reglamentaria, que no puede identificarse con el establecimiento de nuevas orientaciones políticas y que, por ello, como indica la sentencia del Pleno que se ha transcrito, no comporta la exclusión del ámbito del “despacho ordinario de asuntos”».

De la doctrina expuesta se extrae que los criterios jurisprudenciales en relación con el concepto de «*despacho ordinario de asuntos*», se pueden sintetizar en los siguientes:

a) La existencia de un gobierno en funciones constituye una exigencia constitucional, por cuanto el gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo, si bien su actuación está sometida a limitaciones.

b) Ausencia, en la actuación del Gobierno en funciones, de establecimiento de nuevas orientaciones políticas.

c) Imposibilidad de condicionamiento, compromiso o impedimento para las orientaciones políticas que pueda fijar el nuevo Gobierno.

d) Examen caso por caso de los supuestos, atendiendo a la naturaleza, a las consecuencias y al contexto en que la actuación se produzca.

A los anteriores criterios se debe añadir, a la luz del art. 48.3.c) LPGC, que la potestad reglamentaria se limite a la mera organización interna.

Además, debe advertirse que las potestades del Gobierno en funciones previstas en el art. 48 LPGC tienen carácter excepcional y, por tanto, deben aplicarse e interpretarse restrictivamente, teniendo en cuenta, en todo momento, que el análisis se ha de efectuar caso por caso, atendiendo, como se acaba de decir, a la naturaleza, a las consecuencias y al contexto en que la actuación se produzca.

En relación con los reglamentos de organización interna, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019 ha señalado que:

«(...) De modo que nos corresponde determinar si estamos o no ante una disposición general de carácter organizativo, y si es así, si resultaba o no preciso el trámite de audiencia a los sindicatos recurrentes.

Venimos considerando reglamentos de organización, siguiendo en este punto a la Sentencia de 6 de abril de 2004 (recurso de casación nº 4004/01), a aquellas disposiciones generales que se limitan a extraer consecuencias organizativas, especialmente en el ámbito de la distribución de competencias y organización de los servicios, y de las potestades expresamente reconocidas en la Ley. Ya la Sentencia de 14 de octubre de 1997, que se cita, resume la jurisprudencia en esta materia declarando que por disposición organizativa entendemos aquella que, entre otros requisitos, no tiene otro alcance que el meramente organizativo de alterar la competencia de los órganos de la Administración competentes para prestar el servicio que pretende mejorar.

De modo que siguiendo ese criterio, la disposición general que, como la ahora impugnada, crea un órgano administrativo nuevo, una comisión interministerial, proyecta sus efectos esencialmente en el seno de la propia Administración, organizando el seguimiento y análisis de las cláusulas sociales en la contratación pública y demás funciones que luego abordaremos (...).»

Esta concepción del carácter organizativo de los reglamentos es predicable del PD sometido a dictamen, por cuanto se limita a regular el alcance de la organización y el funcionamiento de un órgano administrativo creado por la Ley 16/2003, de 8 de abril, de

Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, cual es, la Comisión General de Coordinación del Sistema Canario de Prevención e Intervención Integral contra la Violencia de Género. Esta Comisión no deja de ser, esencialmente, un órgano interno de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyos efectos carecen de una proyección externa, al menos de carácter directo, proyectándose fundamentalmente en el ámbito interno de la Administración autonómica, tal como se extrae de las funciones que se le atribuyen tanto en la Ley que la crea, como en el presente PD y que se limitan al asesoramiento, asistencia e informe sobre materias concretas (la determinación de criterios básicos y comunes para evaluar las situaciones de violencia de género o de riesgo de la misma; la fijación de fines y objetivos mínimos comunes en las materias que regula; el establecimiento de marcos de cooperación entre las distintas Administraciones públicas con competencia en la materia; o, el seguimiento de la implementación de programas, protocolos y demás instrumentos de colaboración, coordinación y cooperación en materia de violencia de género).

A tal consideración de reglamento organizativo no obsta el hecho de que en su composición se integren personas adscritas a otras Administraciones Públicas u organizaciones, y ello, porque tal composición viene preestablecida en la Ley que la crea (art. 49.1), sin que el reglamento introduzca ninguna regulación «*ex novo*» en esta materia.

De otro lado, se trata de un PD que responde a la previsión legal establecida al efecto en el art. 49.3 de la Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, de manera que no responde a una iniciativa política del Gobierno ni a criterios de dirección política, sino que es la normativa ya existente la que orienta las políticas en materia de violencia de género, sin perjuicio del ámbito de discrecionalidad que en su desarrollo corresponda a quien ejerce la potestad reglamentaria, que no puede identificarse con el establecimiento de nuevas orientaciones políticas.

Asimismo, la regulación establecida en la norma proyectada no compromete ni impide las decisiones que en el ejercicio de sus funciones deba adoptar el nuevo Gobierno surgido de las elecciones autonómicas que, entre otros extremos, puede proceder en la forma prevista en el art. 83 LPGC al disponer que *«las iniciativas reglamentarias cuya tramitación no haya concluido por el cese del Gobierno podrán proseguir y finalizar su tramitación una vez que se haya nombrado el nuevo Gobierno, siempre que el órgano competente para su aprobación dé su conformidad al texto elaborado y a la tramitación seguida»* (DCC 321/2023).

C. 3. 2. Trámite de información pública. Omisión

No obstante, no consta que se haya procedido a realizar lo que se indica en el último párrafo de este apartado 4 del informe de iniciativa reglamentaria -audiencia e información pública sobre el texto del Proyecto de Decreto-, ya que, como se puede comprobar, sobre el

texto del PD, elaborado por primera vez el 3 de octubre de 2022, no se ha dado audiencia -al menos, no consta en el expediente- a ningún ciudadano o entidad directamente afectada distintos al propio Gobierno de Canarias y sus Consejerías. Por tales razones la tramitación del PD se ha realizado, al parecer, “ad intra”, cuando es evidente que la regulación proyectada tiene efectos “ad extra”, afectando especialmente a las personas empresarias y a los consumidores y usuarios.

Esta cuestión no resulta baladí, pues como ya hemos mantenido en anteriores ocasiones (Dictamen 281/2022, de 7 de julio, con cita del Dictamen 385/2018, de 21 de septiembre), el trámite de audiencia a ciudadanos y a las organizaciones representativas que puedan verse afectadas por la nueva normativa *“es un trámite esencial, cuya omisión -salvo las excepciones permitidas en la normativa aplicable- conlleva la nulidad de la disposición en cuestión, pues este trámite, que emana del art. 105 a) CE, constituye, en palabras de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, una de las garantías básicas en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales”*.

Al respecto, citábamos en el Dictamen 281/2022, de 7 de julio, la siguiente jurisprudencia del Tribunal Supremo:

<<En este sentido, las SSTs n.º 507 y 506/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, ambas de 23 de marzo, se han pronunciado en los siguientes términos:

«CUARTO.- Constituye doctrina reiterada de esta Sala expresada en la Sentencia de 7 de diciembre de 2009, recurso casación 957/2008, con amplia mención de otras anteriores, sostener que tras la Constitución, art. 105 a) CE, el trámite de audiencia está consagrado como una de las garantías básicas en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos a través de las organizaciones reconocidas por la Ley.

Es, por tanto, un requisito esencial para la validez del resultado del procedimiento que tiene por objeto no solo que los interesados hagan valer la defensa de los derechos e intereses que corresponda sino también facilitar el acierto en la elaboración de la disposición que concierna a la vista de las propuestas de modificación del texto inicialmente propuesto. El incumplimiento de tal obligatoriedad acarrea la nulidad de la disposición en cuestión.

Audiencia cuyo significado comporta que las organizaciones representativas, a que se refiere el art. 105 a) CE, sean escuchadas en el correspondiente trámite de alegaciones. Mas, como reiteradamente declara la jurisprudencia, en modo alguno significa que los citados alegatos o sugerencias deban ser asumidos en todo o en parte.

El citado derecho fue reconocido tempranamente como de aplicación directa por el máximo interprete constitucional (STC 18/1981, de 8 de junio) aunque en el caso de colectivos profesionales que se integren en Colegios Oficiales constituidos legalmente para velar por sus intereses profesionales o económicos resultaba patente ya desde la Ley de Colegios profesionales 2/1974, de 13 de febrero.

Es asimismo constante la jurisprudencia declarando que no han de ser oídas cuantas asociaciones se constituyan, sino las asociaciones o colegios profesionales que no sean de carácter

voluntario y representen intereses de carácter general o corporativo, por cuanto la preceptividad de la audiencia excluye las asociaciones de carácter voluntario. Pero asimismo se ha sostenido que nada impide que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo, si este procedimiento aparece como adecuado en función de las circunstancias, recabando el informe de una entidad de afiliación voluntaria que agrupe a los afectados.

Cabe concluir que no es preciso que la Administración otorgue el trámite de audiencia a todas las asociaciones que puedan estar interesadas en el contenido de la disposición mas sí a las que representan los intereses afectados. (...)».

Igualmente, la STS n.º 1719/2019, de 12 de septiembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, aborda el trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias, incluso cuando estas tienen el carácter de disposiciones organizativas, con la siguiente fundamentación:

«TERCERO

El procedimiento para la elaboración de normas reglamentarias

La nulidad de la totalidad del Real Decreto impugnado debe ser analizada con carácter preferente al otro motivo de impugnación invocado, atendidas las consecuencias que se anudan a su estimación. Pues bien, esa nulidad se construye sobre la infracción de las normas que regulan el procedimiento de la elaboración de las disposiciones generales o normas reglamentarias, previsto en los artículos 26.2 y 26.6 de la expresada Ley 50/1997. Debemos reparar que aunque en el escrito de demanda se alega esa doble infracción y se hace una mención inicial a la consulta pública, el alegato y exposición razonada se refiere únicamente al trámite de audiencia previsto en el artículo 26.6 de la mentada Ley 50/1997.

Conviene advertir, antes de continuar, que el artículo 26 de la citada Ley 50/1997, como también en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, prevén, respecto del procedimiento de elaboración de normas reglamentarias y por lo que hace al caso, dos trámites diferentes. De un lado, un trámite de consulta pública para recabar la opinión de los ciudadanos y organizaciones representativas que tiene lugar antes de la elaboración del proyecto de norma reglamentaria. Y de otro, está el trámite de audiencia que recaba la opinión de aquellos ciudadanos titulares de derechos e intereses legítimos afectados por el proyecto de norma reglamentaria ya redactado, así como de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos e intereses legítimos se vieran afectados por la norma o cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

Pues bien, limitando nuestro enjuiciamiento a la falta de audiencia a los sindicatos recurrentes y, por tanto, a la lesión del artículo 26.6 de la Ley 50/1997, a tenor del escrito de demanda, nos corresponde seguidamente determinar si efectivamente debió de conferirse trámite de audiencia, en el procedimiento de elaboración del Real Decreto impugnado, a los sindicatos recurrentes que además tiene el carácter de más representativos.

CUARTO

El trámite de audiencia y las normas reglamentarias organizativas

El trámite de audiencia del proyecto de norma reglamentaria procede cuando "afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas", y también respecto de las "organizaciones o asociaciones reconocidas por Ley que agrupen o representen a personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto "(artículo 26.6 de tanta cita).

Ahora bien, esa regla general tiene su excepción, pues este trámite de audiencia puede omitirse, en dos supuestos. Primero, cuando existan graves razones de interés público, que deben justificarse en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Y segundo, cuando se trate de las disposiciones presupuestarias o cuando regulen los órganos, cargos y autoridades del Gobierno o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas. Así lo disponen tanto el artículo 26.6, párrafo 3, de la Ley 50/1997, como el artículo 133.4 de la Ley 39/2015.

Pues bien, en este caso no se ha realizado el trámite de audiencia por la segunda de las razones apuntadas. (...).

SÉPTIMO

(...)

El trámite de audiencia, previsto en el artículo 26.6 de la Ley 50/1997, y en el artículo 133.2 de la Ley 39/2015, en consecuencia, debió de haberse realizado, pues su finalidad es hacer efectivo el principio de participación que recoge el artículo 105 de la CE, y que resultaba adecuado y obligado en función de las circunstancias examinadas. (...)»>>.

En este caso, en primer lugar, no se ha dado audiencia a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Canarias, que, según el art. 4.1.a) de la Ley 10/2019, de 25 de abril, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Canarias, en relación con el art. 5.1.c) de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, realizan funciones de asesoramiento de las Administraciones Públicas en materia de desarrollo del comercio y que, además, según el art. 4.2.e) de la citada Ley 10/2019, pueden desempeñar funciones de *"arbitraje, mediación y conciliación mercantil, nacional e internacional, y utilizar cualquier otro sistema alternativo de solución de conflictos"*, sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos que son citados, entre otros, en los arts. 5.3, 6, 18.4 y 19.1 f) PD.

En segundo lugar, tampoco consta que se haya dado audiencia a las organizaciones o asociaciones empresariales más representativas, por cuanto que son las personas empresarias las obligadas a disponer de servicios de atención a la clientela con determinadas características (art. 21 TRLGDCU y arts. 5, 6 y 7 PD), y de disponer y facilitar las hojas de reclamaciones, debiendo solicitarse y tramitarse de acuerdo con lo previsto en diversos preceptos del PD, pudiendo iniciarse, incluso, un expediente sancionador en caso de incumplimiento de tales deberes (art. 27.1 de la Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias y arts. 8 a 11 y 16 a 20 PD).

Finalmente, en tercer lugar, tampoco se justifica la falta del trámite de audiencia de las asociaciones de consumidores y usuarios más representativas, que es obligatorio en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que afecten directamente a los intereses de los consumidores o usuarios, a tenor de lo dispuesto en el art. 21.1.f) Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias.

En definitiva, la omisión del trámite de audiencia a los ciudadanos y entidades representativas de los sectores afectados por la iniciativa reglamentaria, no se justifica con las excepciones establecidas en el art. 133.4, primer párrafo, LPACAP -que es aplicable a las Comunidades Autónomas de acuerdo con el FJ 7 c) de la STC 55/2018, de 24 de mayo- (y de contenido muy similar al art. 26.6, último párrafo, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, de aplicación supletoria), esto es, que se trate de *«normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a estas»*, o cuando *«concurran razones graves de interés público que lo justifiquen»*.

En consecuencia, este Consejo considera, al igual que así lo manifestamos en el citado Dictamen 281/2022, que la omisión de tan cualificado trámite es susceptible de originar la nulidad de la norma reglamentaria proyectada **(DCC 154/2023)**.

C. 3. 3. Potestad reglamentaria. Ejercicio fuera de plazo

El objeto del PD, como afirman el preámbulo y el art. 1, es regular la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo del personal empleado público de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y sus organismos públicos vinculados o dependientes, que viene derivado de los mandatos contenidos tanto en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, que obliga a las Administraciones Públicas que deban adaptar su normativa de teletrabajo a lo previsto en ese Real Decreto-ley, a hacerlo en un plazo máximo de seis meses desde su entrada en vigor (que se cumplió hace más de dos años, el 1 de abril de 2021) como en el art. 24 de la Ley canaria 4/2020, de 26 de noviembre, de medidas extraordinarias de carácter económico, financieras, fiscal y administrativas para afrontar la crisis provocada por el COVID-19, que dispone esa misma fecha como límite para la regulación del teletrabajo.

Con independencia de otros reproches, lo cierto es que el vencimiento de tal plazo no puede producir la caducidad de la potestad reglamentaria del Gobierno en absoluto; y no solo porque tal potestad está sujeta a la ley y al Derecho y, por tanto, subsiste el deber de cumplir con el doble mandato legal -incumplimiento que incluso puede ser causa de condena judicial con imposición de un nuevo plazo para el ejercicio de la potestad reglamentaria, como dispuso,

entre varias, la STS 1519/2018, de 5 de abril- sino porque, por un lado, la potestad reglamentaria del Gobierno es originaria ex art. 50 EAC- mientras que, por otro, el ejercicio de las competencias atribuidas también estatutariamente son irrenunciables. Es decir, ese incumplimiento del plazo legal para regular el teletrabajo no puede impedir el ejercicio de la potestad reglamentaria en la materia en la que la Comunidad Autónoma es la competente para su regulación.

La aludida STS entiende que, aunque el plazo es así imperativo, tampoco puede considerarse esencial a los efectos de provocar un vicio invalidante de un reglamento tardío.

En consecuencia, pese a que se ha incumplido sobradamente el plazo para regular el teletrabajo del personal empleado público, subsiste el deber del Gobierno de Canarias de hacerlo **(DCC 181/2023)**.

C. 3. 4. Ilegalidad omisiva por insuficiencia en el desarrollo legal

Este apartado prevé la obligatoria aportación, en la tramitación de un nuevo encargo, de una declaración responsable acerca del equilibrio patrimonial, económico y financiero del medio propio que recibe el concreto encargo. No obstante, omite este precepto la inclusión en el expediente de una valoración acerca del efecto sobre tal equilibrio del medio en la eventualidad de asumirse el encargo proyectado. Tal omisión constituye un deficiente cumplimiento por parte del PD de su obligación de hacer un desarrollo completo de la legislación aplicable como enseguida se explicará.

Este Consejo Consultivo, en el Dictamen 521/2018, de 26 de noviembre, desarrolló el concepto de ilegalidad omisiva de los reglamentos, por insuficiencia en el desarrollo legal:

«Los reglamentos y disposiciones administrativas no pueden vulnerar la Constitución ni las leyes, ni tampoco regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. En particular, los reglamentos ejecutivos mantienen con respecto a la ley una función de desarrollo o colaboración [art. 128.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)]. Para el Tribunal Supremo esta colaboración supone “siempre que se respete la primacía absoluta vertical y piramidal de la Ley, como expresión de la voluntad general, sobre las normas administrativas que son la expresión de la voluntad subordinada de la Administración de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución” (STS 24 junio 2014, Rec. Cas. n.º 2500/2012). En consecuencia, el desarrollo reglamentario de una ley no podrá contradecir, en general, los preceptos constitucionales, estatutarios y legales; y, en particular, habrá de ajustarse plenamente a lo dispuesto por la Ley desarrollada.

Pero, además, la relación ley-reglamento no se inscribe sólo en el marco de la autorización de desarrollo, sino que además se extiende a la obligación de hacerlo. También el principio de legalidad impone que el desarrollo reglamentario se produzca cuando un expreso mandato legal lo preceptúa para determinada materia o cuestión. La Ley se abstiene entonces de desarrollar todas sus potencialidades normativas, e impone al reglamento ejecutivo la concreción de supuestos de hecho o de consecuencias jurídicas de los mismos. Si la ley encomienda al reglamento tal desarrollo éste no podrá eludirlo. Se proscribe, así, la ilegalidad omisiva. La ausencia de respuesta reglamentaria, cuando hay un mandato legal expreso de desarrollo, tendrá consecuencias; el Tribunal Supremo entiende que el Juez o Tribunal puede dictar sentencia que obligue a la Administración a elaborar o dictar un reglamento para salvar esta omisión, desarrollando la concreta materia o cuestión (SSTS, Sala Tercera, 14 diciembre 1998, RC 194/1995; 11 junio 1999; 28 junio 2004, RC 74/2002; 12 noviembre 2008, RC 80/2006; 27 noviembre 2012, RC 617/2011; o 7 marzo 2014, RC 52/2004). Y más precisamente, como indica la STS de 29 de junio de 2016 (RC925/2014): “cabe apreciar una ilegalidad omisiva controlable jurisdiccionalmente, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar”.

Asimismo, resultará inevitable el desarrollo reglamentario cuando, aunque no esté expresamente exigido, la aplicación de la ley devenga imposible sin la concreción que aporte el reglamento, o resulte incierta por no deducirse de su texto una interpretación suficientemente clara. Afirma el Tribunal Supremo que “el reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la ley, puede explicitar reglas que en la ley estén simplemente enunciadas y puede aclarar preceptos de la ley que sean imprecisos” (STS 18 marzo 1998, Rec. Apel. n.º 752/1994); y también señaló el Alto Tribunal que “debe admitirse que las disposiciones reglamentarias no solo pueden sino que deben incidir en todo aquello que resulte indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley que desarrollan” (FJ 2º de la STS 15 de julio 2010, Rec. n.º 26/2008). En tales supuestos la aplicabilidad de la ley depende de su complemento reglamentario. Se frustraría este objetivo legal si el reglamento no desarrolla determinado precepto de la ley cuyo texto resultara manifiestamente insuficiente para su aplicación directa, o cuando se ofrezca por el reglamento una respuesta incompleta y deficiente que no permita una aplicación cabal de la Ley».

Pues bien, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, exige lo siguiente:

“Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

La aplicación de este precepto legal a la preparación de esta “actuación” en la que el concreto encargo consiste no podrá, en consecuencia, omitir la valoración de “sus repercusiones y efectos” sobre el equilibrio presupuestario y financiero del medio propio personificado, a que se refiere este apartado 5 del artículo 11 del PD.

Resulta evidente que sólo la declaración responsable acerca del equilibrio financiero del ente no cubre las exigencias del citado artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, dado que no se prevé que acompañe a la misma un explícito pronunciamiento acerca de la incidencia del nuevo encargo sobre aquel equilibrio. Por tanto, este apartado del artículo 11 de PD ha de ser reparado, por no dar cumplimiento a las exigencias de la citada Ley Orgánica (**DCC 234/2023**).

D. Técnica normativa

D. 1. Solapamientos normativos

Otro aspecto que merece nuestra atención, que compromete el principio de seguridad jurídica, son los posibles solapamientos con la normativa legal ya existente en nuestra Comunidad Autónoma, particularmente con la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (LSENPC), pues se reiteran algunos preceptos de esta en el PL, si bien, en algunos casos, se sustituye el término “medioambiente” por “biodiversidad” o “valores naturales”. Así sucede, por ejemplo, con el art. 2 e) PL que trata, dentro del objeto del PL, de la “regulación de los aprovechamientos de los recursos naturales”, mientras que el art. 1 a) LSENPC, referido también al objeto de esta última, se refiere a la regulación del “régimen jurídico general de los recursos naturales”; también con el art. 5 c) PL y el art. 5.1 b) LSENPC, ambos referidos al principio de la “utilización ordenada de los recursos naturales”, adaptada a la finalidad de la norma proyectada y de la norma vigente; con el art. 5 f) y g) PL, y el art. 5.1 d) LSENPC, preceptos referidos a la “prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística, y la aplicación del principio de precaución en las intervenciones que puedan afectar a espacios naturales o a sus ecosistemas”; con el art. 5 k) y l) PL y el art. 3.4 a) y b) LSENPC, referidos todos ellos a los principios “precautorio y de incertidumbre” y “preventivo”; o con el art. 5 m) PL y el art. 3.4.d) LSENPC, ambos referidos al “principio de equidad intra e intergeneracional”.

Especial preocupación suscita el contenido del Título III del PL, relativo a los instrumentos de ordenación de los recursos naturales y áreas protegidas de Canarias, en el cual -como veremos más adelante en las observaciones al articulado-, no acertamos a encontrar normas claras que permitan integrar estos instrumentos con el resto del ordenamiento jurídico, particularmente con los contenidos en la LSENPC.

Sobre el principio de seguridad jurídica, nos pronunciábamos en nuestro Dictamen 427/2021, de 16 de septiembre, en el siguiente sentido:

<<(…) Tal y como este Consejo Consultivo se ha manifestado con anterioridad, y constituye nuestra doctrina, por todos nuestro Dictamen 352/2020, de 24 de septiembre, *«es preciso advertir que la técnica normativa está al servicio de la calidad de las normas y esta redundante en la seguridad jurídica, principio este último, consagrado en el art. 9.3 CE conforme al cual “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”»*.

En el citado dictamen se citan algunas de las muchas sentencias en virtud de las cuales el Tribunal Constitucional viene fijando su doctrina en relación a este principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución garantiza.

En la Sentencia 104/2000, de 13 de abril, dice el TC: *«Hemos dicho, con relación al principio de seguridad jurídica, que ésta viene a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad»*. *«Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho, como la claridad del legislador y no la confusión normativa»*.

También son numerosas las sentencias que, expresamente, se pronuncian sobre la relación entre la técnica legislativa y la seguridad jurídica.

En la Sentencia 46/1990, de 15 de marzo, se dice: *«La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido»*.

Y, en el mismo sentido, la Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, recoge *«que los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma. En este orden de exigencias no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, ...» >>*.

Además, en el citado Dictamen 427/2021, abordábamos el posible solapamiento y la necesaria articulación de la norma proyectada con el ordenamiento jurídico vigente en los siguientes términos:

<<(…) Pero del principio de certeza al que alude la jurisprudencia constitucional citada también se desprende la necesidad de asegurar la precisa y correcta articulación de la nueva norma que pretende aprobarse con el conjunto del ordenamiento jurídico vigente. Ello requiere que la innovación normativa, para garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica, vigile muy de cerca la forma en que la nueva norma se incorpore al conjunto normativo preexistente, y los efectos que sobre el mismo pudiera generar. Tal incorporación debe estar presidida además por el principio de simplicidad, evitando la innecesaria creación de nuevas instituciones y procedimientos, utilizando, acaso con un ligero retoque reformador, los ya regulados por leyes en vigor.

El art. 129 de la Ley 39/2015 establece que *«la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico... 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»*. Como ya hemos señalado en varios de nuestros Dictámenes (100/2020, 104/2020 y 7/2021), este precepto no resulta aplicable a la iniciativa legislativa de las Comunidades Autónomas, tal como estableció la STC 55/2018, de 24 de mayo (FJ 7º). *«No obstante, los principios generales del Derecho informan todo el ordenamiento jurídico, y por ello obviamente deben ser tenidos en cuenta»* (DCCC 7/2021, citado); tal exigencia apela, en atención al principio de seguridad jurídica, a una lectura del proyecto normativo con la vista puesta en el resto del ordenamiento jurídico, para evitar futuras incoherencias.

En esta misma línea de exigencia se manifiesta el Decreto 15/2016, que para las iniciativas legislativas del Gobierno de Canarias exige incorporar al expediente los *«documentos e informes necesarios para un mejor conocimiento de los efectos de la normativa presentada»* (Norma Segunda.1). *«Además, con el fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, es preciso señalar las relaciones de normas que resulten parcial o totalmente derogadas (la tabla de vigencias, de antaño); así como procurar que la tramitación de la iniciativa sirva para simplificar el ordenamiento jurídico vigente. En este apartado en la lista de evaluación se deberá contestar las siguientes cuestiones: 2. relación de la normativa aplicable al objeto de la iniciativa y examen de su relación; 3. posible afectación de otros títulos competenciales...»; 4. previsión sobre las derogaciones parciales o íntegras de otras normas jurídicas; 5. posibilidad de refundir con la iniciativa normativa planteada otras normas vigentes, a los efectos de la simplificación del ordenamiento jurídico autonómico»* (Norma Decimocuarta) (...)>>.

En consecuencia, este Consejo considera que el principio de seguridad jurídica se encuentra seriamente comprometido en los términos en los que está redactada la iniciativa, pues no es posible integrar una parte importante del PL con el resto del ordenamiento jurídico, debiendo repararse la misma por vulnerar el art. 9.3 CE, por cuanto no genera un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión, como veremos en las observaciones al articulado, particularmente las referidas, por poner algunos ejemplos, a los Patronatos insulares de biodiversidad y recursos

naturales (art. 18 PL), la administración de espacios naturales y de especies amenazadas (art. 19 PL), y a los instrumentos de ordenación, de gestión, estrategias y planes contenidos en los Títulos III, V y VII PL (DCC 42/2023).

D. 2. Leyes *repetitae*. Transcripción de la legislación básica

Como se dijo, el PD que se dictamina no se limita a designar la autoridad de control del cumplimiento de la Ley 12/2013, sino que regula otros aspectos como las funciones de la autoridad de ejecución, las actuaciones de control y lo relativo al personal funcionario encargado de las actuaciones de control, a las actas que se levanten o al deber de colaboración con la autoridad de control (además de la modificación del Reglamento Orgánico del Departamento).

Parte de su contenido se refleja en idénticos términos que la norma estatal. Sucede en el artículo 4, relativo a las actuaciones de control, con igual contenido que el apartado 7 de la Disposición adicional primera de la Ley 12/2013; *en el artículo 5*, relativo a las facultades del personal encargado del control, con igual contenido que el apartado 8 de la Disposición adicional primera; el artículo 7 relativo al valor probatorio de las actas, que copia lo dispuesto en el apartado 7 de la misma Disposición adicional, o en el artículo 9, que regula el deber de auxilio y colaboración con la Autoridad de ejecución de toda persona física o jurídica, igual al apartado 10 de la referida Disposición adicional primera de la Ley 12/2013.

Ello lleva a considerar que se incurre en la técnica normativa de las “*leges repetitae*”.

Procede recordar, a estos efectos, la doctrina sentada -entre otros, en los recientes Dictámenes 24/2023, a 19 de enero, 352/2022, de 27 de septiembre, 384/2022, de 13 de octubre o 517/2022, de 29 de diciembre- por este Consejo Consultivo de Canarias en relación con dicha técnica de las «*leges repetitae*»:

«En relación con este PD, y también con carácter general, procede reiterar las afirmaciones de nuestro reciente Dictamen 352/2022, de 27 de septiembre:

«El PD pretende desarrollar las normas básicas que se han citado anteriormente. No obstante, muchos de los preceptos se limitan a reproducir la normativa básica sin realizar una función de desarrollo, para recoger las especificidades de esta Comunidad Autónoma y las propias opciones de la política autonómica en la materia. De esta manera se producen repeticiones que pueden llevar a dificultades interpretativas o no cumplir con la verdadera función de desarrollo», doctrina que es aplicable al PD objeto de este Dictamen.

Por ello procede recordar, al menos sucintamente, la doctrina de este Consejo Consultivo acerca de las leyes repetitae. Así, en el Dictamen de este Organismo 410/2021, de 3 de septiembre, se ha señalado que:

«Sobre esta técnica normativa cabe traer a colación la doctrina consolidada por este Organismo Consultivo sobre las *leges repetitae*. En aplicación de esta doctrina, acuñada por el TC y seguida por este Consejo en multitud de dictámenes (por todos, Dictámenes 394/2016, de 24 de noviembre; 147/2017, de 2 de mayo; 94/2018, de 7 de marzo; y 275/2018, de 15 de junio) hemos señalado, lo siguiente:

«La mera reiteración por la legislación autonómica de la legislación básica no es desarrollo de ésta, sino invasión de la competencia estatal para definir lo básico y, por ende, adolecería de un vicio de incompetencia que puede determinar su nulidad. En este sentido la STC 73/2016 (FJ 10) sobre esta cuestión señala:

“No puede perderse de vista que la legislación autonómica puede incurrir en inconstitucionalidad mediata, no sólo cuando contradice la normativa básica estatal, también cuando penetra el espacio normativo que ha ocupado el legislador básico, aunque se limite a parafrasear o reproducir literalmente lo establecido en las bases”.

Tal es la doctrina constitucional relativa a las *leges repetitae*. Conforme a ésta, la legislación autonómica puede introducirse en el terreno de lo básico, pero sólo por excepción, cuando se limite a repetir las bases y únicamente si de ese modo contribuye a hacer inteligible el régimen autonómico de desarrollo [por todas, SSTC 154/1989, de 5 de octubre, FJ 6; 62/1993, de 18 de febrero, FJ 4; 162/1996, de 17 de octubre, FJ 4; 172/1996, de 31 de octubre, FJ 2 ; 73/1997, de 11 de abril, FJ 4; 47/2004, de 25 de marzo, FJ 8; 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 10 a); 18/2011, de 13 de marzo, FJ 18]».

En este caso, lejos de mejorar, tal repetición de las bases hace en ocasiones difícilmente inteligible el PD, reiterando la normativa básica [...].».

Por ello, se considera que se está ante reiteraciones innecesarias, de modo que en todos los preceptos señalados en lugar de repetir la norma estatal sin innovar el ordenamiento, el PD debería hacer una remisión genérica a dicha norma, para evitar posibles vacíos o interpretaciones incorrectas (**DCC 153/2023**).

CAPÍTULO VI

Selección de dictámenes

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

De conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, se procede a la inserción, por su singular interés, de algunos de los dictámenes emitidos por el Pleno.

Dictamen 42/2023, de 1 de febrero de 2023

Emitido por el Pleno

Ponente: Sr. Belda Quintana

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Ley de Biodiversidad y de los Recursos Naturales de Canarias (EXP. 401/2022 PL).

FUNDAMENTOS

I

Sobre la solicitud y preceptividad del dictamen.

1. Mediante escrito de 7 de octubre de 2022, con registro de entrada en este Consejo Consultivo de 10 de octubre de 2022, el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, al amparo del art. 11.1.A.b) en relación con los arts. 12.1 y 20.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), solicita la evacuación preceptiva de dictamen en relación con el Proyecto de Ley de Biodiversidad y de los Recursos Naturales de Canarias.

2. A la solicitud de dictamen se acompaña el preceptivo certificado del acuerdo gubernativo de solicitud del mismo respecto al Proyecto de Ley (en adelante, PL), que el Gobierno tomó en consideración en su sesión celebrada el día 6 de octubre de 2022 (art. 50.1

del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias, aprobado mediante Decreto 801/2005, de 26 de julio).

3. Este Consejo emite el presente dictamen conforme a lo dispuesto en el art. 11.1.A.b) LCCC, en cuya virtud resulta preceptivo el pronunciamiento jurídico del Consejo Consultivo cuando se trata de *«proyectos de ley, antes de su aprobación definitiva por el Consejo de Gobierno, exceptuados los de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma»*, correspondiendo al Pleno emitir el dictamen (arts. 15.1 y 16 LCCC).

4. La solicitud de dictamen ha sido cursada por el procedimiento ordinario.

5. Debido a la relevancia jurídica, extrema complejidad y extensión del PL, así como a la acumulación de asuntos de acción consultiva en trámite en este Organismo, el Pleno de este Consejo Consultivo, en sesiones celebradas el 22 de noviembre de 2022, y el 9 y 30 de enero de 2023, acordó ampliar el plazo de emisión del correspondiente Dictamen, quedando fijado el mismo para el 9 de febrero de 2023.

II

Tramitación del Proyecto de Ley.

1. La elaboración del Proyecto de Ley (PL) se ha ajustado a las exigencias legales y reglamentarias de aplicación, dándose cumplimiento singularmente a lo previsto en art. 43 y siguientes de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como a lo previsto en el Decreto 15/2016, de 11 de marzo, del Presidente, por el que se establecen las normas internas para la elaboración y tramitación de las iniciativas normativas del Gobierno y se aprueban las directrices sobre su forma y estructura (Decreto 15/2016).

2. Constan en el expediente los siguientes informes y trámites relevantes:

- Certificación del Acuerdo adoptado por el Gobierno, en sesión celebrada el 2 de diciembre de 2021, en el que éste manifiesta su sentido favorable sobre la oportunidad de la iniciativa, sus objetivos y los principios generales que la inspiran y acuerda que continúe su tramitación (Norma Segunda, apartado 4, del Decreto 15/2016). Esta certificación consta de varios anexos en los que se incluyen:

-- El informe sobre la oportunidad, objetivos y principios generales que inspiran el Anteproyecto de Ley de Biodiversidad y los Recursos Naturales de Canarias, elaborado por el Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y planificación Territorial del Gobierno de Canarias, de 1 de diciembre de 2021.

-- Lista de Evaluación, que justifica la oportunidad de la iniciativa y la conveniencia de su contenido (art. 44 de la Ley 1/1983), de 25 de octubre de 2021, elaborada por la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial del Gobierno de Canarias. Esta lista incluye la Memoria Económica (art. 44 de la Ley 1/1983).

Además, la misma contiene también los informes correspondientes a la valoración del impacto por razón de género (art. 6.2 de la Ley 1/2010, de 26 de febrero, Canaria de Igualdad entre Mujeres y Hombres), sobre el tejido empresarial (art. 17 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Fomento y Consolidación del Emprendimiento, el Trabajo Autónomo y las Pymes en la Comunidad Autónoma de Canarias), sobre la infancia y adolescencia (art. 22 quinquies de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), sobre la familia (disposición adicional décima Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas) y sobre el cambio climático (apartado tercero, letra h), del artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en la redacción dada por la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética).

- También constan acuerdo del Consejo Municipal de Canarias, de 31 de mayo de 2022, informando favorablemente sobre el anteproyecto de ley [art. 76 EAC y disposición adicional quinta de la Ley 7/2015, de 1 de abril de los Municipios de Canarias], así como del Consejo de Colaboración Insular, informando también favorablemente [art. 128 de la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares].

- Informe de la Dirección General de la Función Pública, emitido el día 23 de junio de 2022, por la Directora de la Función Pública, desfavorablemente al texto de la disposición adicional primera, proponiéndose un texto normativo alternativo, que finalmente se incluyó en el presente PL.

- Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial del Gobierno de Canarias (en funciones de Unidad de Igualdad) relativo a la comprobación del informe de impacto de

género del PL [Directriz Sexta de las Directrices para la elaboración y contenido básico del informe de impacto de género en los proyectos de ley, disposiciones reglamentarias y planes que apruebe el Gobierno, aprobadas por Acuerdo del Gobierno de Canarias de 26 de junio de 2017 (BOC n.º 128, de 5 de julio de 2017)], de 22 de septiembre de 2022, que concluye no formulando observaciones.

- Ha informado la Oficina Presupuestaria de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y planificación Territorial del Gobierno de Canarias [art. 2.2.f) del Decreto 153/1985, de 17 de mayo, por el que se crean las Oficinas Presupuestarias de las Consejerías del Gobierno de Canarias], con fecha de 14 de febrero de 2022. En dicho Informe se indica, entre otras cosas, que el PL puede tener repercusión y efectos en los escenarios plurianuales aprobados por el Gobierno de Canarias y que no constan repercusiones o efectos negativos sobre los gastos públicos autonómicos, con la finalidad de salvaguardar los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda acordados para esta Comunidad Autónoma con arreglo a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

- Informe de 27 de junio de 2022, de la Dirección General de Planificación y Presupuesto de la Consejería de Hacienda [art. 24.2.a) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda, aprobado por Decreto 86/2016, de 11 de julio].

- También se ha emitido el informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno, de 21 de septiembre de 2022 [art. 20.f) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero].

- Además del cumplimiento del trámite de consulta a los distintos Departamentos de la Administración autonómica (Norma segunda, apartados 2, 5 y 6) del Decreto 15/2016, de 11 de marzo), consta que, de acuerdo con el art. 133.1, primer inciso, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), se sustanció una fase de consulta pública previa, así como, de acuerdo con el art. 8 de la Ley 5/2010, de 21 de junio, Canaria de Fomento de la Participación Ciudadana se procedió a la apertura de un periodo de información pública, y de un plazo de audiencia a las organizaciones y entidades representativas del sector [Norma Tercera, apartado 1.f) Decreto 15/2016], habiéndose presentado diversos escritos con observaciones referidas al PL. Todas las observaciones realizadas con ocasión de estos trámites han sido analizadas y respondidas expresamente por la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y

planificación Territorial del Gobierno de Canarias, tanto en la Lista de Evaluación (apartado Tercero, Participación Ciudadana), como en los diversos informes que constan en el expediente.

- Así mismo, consta el informe preceptivo del proceso de simplificación administrativa y reducción de cargas [art. 77.c) del Decreto 382/2015, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias, en consonancia con los arts. 7 y 8 del Decreto 48/2009, de 28 de abril, por el que se establecen en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias medidas ante la crisis económica y de simplificación administrativa], emitido por la Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios, de la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias el 25 de enero de 2022.

- Informe de legalidad de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial del Gobierno de Canarias de Gobierno de Canarias [art. 44 de la citada Ley 1/1983 y 15.5.a) del Decreto 212/1991], emitido el día 3 de octubre de 2022.

- Finalmente, consta certificación de la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno, de 4 de octubre de 2022 (art. 2 del Decreto 37/2012, de 3 de mayo).

III

Objeto, justificación, finalidad y estructura del Proyecto de Ley.

1. Objeto y contenido del Proyecto de Ley.

1.1. En lo que se refiere a su objeto, en el art. 2 del PL se señala lo siguiente:

«Artículo 2. Objeto.

Es objeto de la presente ley:

a) El establecimiento del régimen jurídico general para la protección, conservación y restauración del patrimonio natural de Canarias; y específicamente de los hábitats, poblaciones y especies silvestres nativas de la biodiversidad de Canarias, incluyendo el medio marino, de acuerdo con las competencias sobre biodiversidad marina establecidas en la normativa estatal básica.

b) La consecución de las metas canarias de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), en el marco de la Agenda Canaria 2030.

c) La protección y restauración de los suelos de Canarias, recuperación de su microbiota y de sus procesos ecológicos, fisiológicos y bioquímicos, como base y soporte fundamental para la restauración adecuada de los ecosistemas, sus hábitats y especies terrestres.

d) La promoción del conocimiento del patrimonio natural, así como el seguimiento y evaluación del estado de conservación de sus componentes.

e) La regulación de los aprovechamientos de los recursos naturales según los principios de conservación, utilización sostenible y equidad.

f) La protección de la calidad del cielo nocturno frente a la contaminación lumínica para prevenir, minimizar y corregir los efectos de la dispersión de luz artificial hacia el cielo nocturno y sobre la biodiversidad de Canarias.

g) La planificación y gestión sostenible de montes y recursos hídricos; la conservación, protección y restauración de los ecosistemas forestales y acuáticos; la integración en la política forestal e hidrológica de los objetivos de la acción climática y sobre protección del medio ambiente de Canarias, especialmente en materia de erosión, desertificación, cambio climático, sumideros de carbono y biodiversidad.

h) La constitución de un régimen de bioseguridad frente a formas biológicas invasoras y organismos modificados genéticamente.

i) La regulación de la biotecnología en el ámbito territorial de Canarias, en cuanto afecte a su biodiversidad.

j) La distribución de las competencias en materia de biodiversidad entre las Administraciones Públicas Canarias».

2.2. En cuanto al contenido del PL, en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la norma proyectada se señala que hay que destacar, entre otros aspectos, “la regulación de la función social y pública de la biodiversidad de Canarias, de la acción pública en asuntos medioambientales y de los contratos territoriales y la custodia del territorio”, así como la regulación de la “organización administrativa y los órganos de participación”, estableciendo “la distribución de competencias entre las Administraciones Públicas Canarias” y creando el “Consejo de Biodiversidad y Recursos Naturales de Canarias”.

También se refiere la Exposición de Motivos a la regulación del “Inventario del Patrimonio Natural de Canarias”, creando varios sistemas de seguimiento y evaluación; el fomento de la educación y difusión para la conservación de la biodiversidad; y el acceso a la información y la participación pública.

Igualmente, continúa la Exposición de Motivos, se regulan los “instrumentos de ordenación de los recursos naturales, entre los que deben mencionarse las Directrices Generales y los Planes Insulares de Biodiversidad; y la Red de Áreas Protegidas de Canarias”.

También se establece la *“conservación de especies silvestres nativas, previendo la conservación general de hábitats y especies silvestres autóctonas”*, así como la *“posibilidad de establecer y ampliar zonas de protección en función de la presencia de especies amenazadas”*, regulándose la conservación de especies protegidas y amenazadas, con diversos listados y catálogos y la autorización de uso de dichas especies.

Continúa la Exposición de Motivos refiriéndose a la *“prevención y control de las especies exóticas”*, estableciendo el catálogo de las exóticas invasoras, y el procedimiento para su inclusión y los planes para su erradicación y control; incluyéndose también normas relativas a los parques zoológicos y jardines botánicos, así como al uso confinado y la liberación de organismos modificados genéticamente.

Asimismo, se abarca el uso sostenible de los recursos silvestres nativos, incluyendo los conocimientos tradicionales de Canarias asociados al patrimonio natural silvestre; se regula el acceso a los recursos genéticos de Canarias y la distribución de beneficios; el fomento de la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, con previsión de subvenciones y ayudas y exenciones y bonificaciones fiscales, así como el fomento y desarrollo de la biotecnología y la investigación científica.

Igualmente se regulan los montes y el Plan Forestal de Canarias, así como la protección de la biodiversidad frente a la contaminación lumínica.

Por otra parte, según la Exposición de Motivos, también se establece *“la regulación de la biodiversidad marina y la protección del litoral, creando la Red de Áreas Marinas Protegidas de Canarias y estableciendo la protección de las olas, de los ecosistemas costeros y de la fauna marina frente a colisiones con embarcaciones”*.

También se incluye en el PL la regulación de la inspección y el régimen sancionador, añadiéndose una serie de disposiciones adicionales entre las que hay que destacar, entre otras, las relativas a la *“adquisición de montes y de terrenos en el litoral, las especies que integran el Catálogo de Especies Amenazadas de Canarias y el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial de Canarias, la sustitución del consorcio o convenio de repoblación forestal, el aumento de la superficie marina protegida y la creación del Fondo para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad de Canarias”*.

En cuanto al régimen transitorio, se incorpora una regulación transitoria para *“alumbrados exteriores existentes, para las especies exóticas ya introducidas en Canarias, para usos*

recreativos, deportivos y turísticos en el patrimonio natural y para la denominada zona de protección marina de las olas”.

Entre las disposiciones finales, deben citarse aquellas por las que se modifican la Ley de Caza, la Ley del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, y la Ley de Ordenación del Transporte Marítimo de Canarias. Además se establecen determinados mandatos normativos como los concernientes a la *“elaboración de unas directrices de ordenación del litoral y de un texto que refunda la legislación autonómica relativa a la ahora denominada Red de áreas protegidas de Canarias y a la Red Natura 2000, así como a la aprobación por el Gobierno de sendos proyectos de ley dedicados respectivamente a la regulación de tasas ambientales y al establecimiento de exenciones, bonificaciones y gravámenes fiscales que incentiven actividades económicas y comportamientos beneficiosos para la conservación de la biodiversidad y los recursos naturales”*. E igualmente se prevé el desarrollo reglamentario de algunas materias como montes, iluminación y alumbrado exterior y vertidos desde tierra al mar que se realicen en espacios marinos protegidos y zonas de baño.

Por último, los anexos se refieren, entre otros aspectos, a determinados catálogos de árboles singulares, zonas de interés paleontológico y listados de especies en peligro de extinción, vulnerables o de especial interés para los ecosistemas marinos y de especies en régimen de protección especial, así como los criterios para la evaluación de especies a incluir en algunos de estos listados o catálogos.

2. Justificación y finalidad del Proyecto de Ley.

2.1. En la Exposición de Motivos se afirma acerca de la justificación de la norma proyectada, que:

«El Consejo de Gobierno de Canarias, en sesión celebrada el 30 de agosto de 2019 adoptó, entre otros, el Acuerdo de aprobación de la Declaración de Emergencia Climática en Canarias.

Con esta declaración el Gobierno de Canarias se compromete a la elaboración del “Plan de Acción Canario” para la implementación de la Agenda 2030 de Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Por otra parte, el Estatuto de Autonomía de Canarias, en su reciente reforma, aprobada por Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, asume como tarea suprema de la Comunidad Autónoma de Canarias, a través de sus instituciones, la defensa de su patrimonio natural y biodiversidad y el desarrollo sostenible y equilibrado de las islas (artículo 1.1, párrafo 2º).

A su vez, el Estatuto de Autonomía establece que los poderes públicos canarios asumirán como principios rectores de su política, entre otros, la protección efectiva de los recursos naturales estratégicos básicos de Canarias, especialmente el agua y los recursos energéticos, y la preservación y mejora de la calidad medioambiental y la biodiversidad del Archipiélago como patrimonio común para mitigar los efectos del cambio climático (artículo 37.14 y 15).

Asimismo, en su artículo 26 (Derechos en el ámbito del medio ambiente), proclama el Estatuto de Autonomía de Canarias que los poderes públicos canarios garantizarán la defensa y protección de la naturaleza, el medio ambiente, el paisaje y la biodiversidad, tanto en espacios terrestres como marinos y que se establecerán políticas de gestión, ordenación y mejora de su calidad, con arreglo al principio de desarrollo sostenible, armonizándolas con las transformaciones que se produzcan por la evolución social, económica y ambiental, evitando la especulación urbanística sobre el territorio.

Además, debe ultimarse la regulación en materia de biodiversidad y recursos naturales, pues el Estado ha configurado la legislación básica en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en cumplimiento del artículo 149.1.23ª de la Constitución, y corresponde a cada Comunidad Autónoma el establecimiento de normas adicionales de protección conforme a las peculiaridades de su territorio, de acuerdo con el artículo citado, así como la legislación de desarrollo en materia de montes y aprovechamientos forestales, según el artículo 148.1.8ª de la norma suprema».

2.2. A su vez, la finalidad perseguida con la norma proyectada se expone en dicha Exposición de Motivos en los siguientes términos:

«El Gobierno de Canarias ha tomado la iniciativa de aprobar una norma que sea capaz de hacer frente al reto de preservar, recuperar y potenciar la biodiversidad del archipiélago, e intentar lograr un equilibrio entre el desarrollo económico de las islas y la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad, incorporando en un solo texto la regulación de aquellas materias o actividades que puedan afectar directa o indirectamente a los recursos naturales, con la denominación de “Ley de Biodiversidad y de los Recursos Naturales de Canarias”.

Esta ley es, además, coherente con las políticas comunitarias e internacionales. En septiembre de 2015, más de 180 estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas se reunieron en la Cumbre del Desarrollo Sostenible, en la que aprobaron la Agenda 2030. Esta Agenda contiene 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), de aplicación universal que, desde el 1 de enero de 2016, rigen los esfuerzos de los países para lograr un mundo sostenible en el año 2030.

El 20 de mayo de 2020, la Comisión Europea comunicó formalmente la aprobación de la Estrategia de la Unión Europea sobre Biodiversidad de aquí a 2030. En línea con el Pacto Verde Europeo, la Comisión Europea, ha propuesto la “Estrategia integral de biodiversidad para devolver la naturaleza

a nuestras vidas” y la “Estrategia de la granja a la mesa, para un sistema alimentario justo, saludable y respetuoso con el medio ambiente”. La nueva estrategia es un plan completo, sistémico, ambicioso y de largo plazo para proteger la naturaleza y revertir la degradación de los ecosistemas. Es un pilar fundamental del Pacto Verde Europeo y del liderazgo de la UE en la acción internacional por los bienes públicos mundiales y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Con el objetivo de que la biodiversidad de Europa se vaya recuperando de aquí a 2030, la Estrategia establece nuevos modos de aplicar la legislación de forma más eficaz, y fija nuevos compromisos, medidas, objetivos y mecanismos de gobernanza.

Por tanto, en coherencia también con estos objetivos, la presente ley persigue igualmente la consecución de las metas canarias de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en el marco de la Agenda Canaria 2030.

Esta norma también está en consonancia con la situación sanitaria generada por la COVID-19 y la alerta de la Organización Mundial de la Salud sobre la importancia de frenar la destrucción del medio ambiente y vivir en mayor sintonía con los ecosistemas para evitar futuras pandemias. Actualmente, el brote de la COVID-19 resalta la necesidad de abordar las amenazas a las que se enfrentan las especies silvestres y los ecosistemas. Los ecosistemas degradados son más frágiles y presentan una capacidad limitada de hacer frente a fenómenos extremos y nuevas enfermedades.

Los ecosistemas equilibrados, por el contrario, protegen frente a catástrofes imprevistas y, cuando se utilizan de manera sostenible, ofrecen las soluciones más adecuadas a los desafíos urgentes.

Para prevenir, detener y revertir la degradación de los ecosistemas de todo el mundo, las Naciones Unidas han declarado la Década para la Restauración de los Ecosistemas (2021-2030). Esta respuesta coordinada a nivel mundial ante la pérdida y degradación de los hábitats se centrará en desarrollar la voluntad y la capacidad políticas para restaurar la relación de los seres humanos con la naturaleza».

Por su parte, el art. 1 PL sintetiza la finalidad perseguida por la norma proyectada de la siguiente forma:

«Artículo 1. Finalidad.

La presente ley tiene por finalidad la conservación, recuperación y fomento del patrimonio natural, la utilización sostenible de sus componentes, el acceso ordenado a sus recursos genéticos y bioquímicos y la participación justa y equitativa en las cargas y beneficios que se deriven de su utilización, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias».

3. Estructura del Proyecto de Ley.

El Proyecto de Ley consta de:

- Una Exposición de Motivos, dividida en cuatro apartados, conteniéndose la justificación de la norma proyectada, su marco competencial, su estructura y contenido y las normas que se proyecta derogar por la futura Ley.

- La parte dispositiva consta de 179 artículos, que se organizan en diez Títulos, que se subdividen en Capítulos y algunos de los mismos en Secciones, siendo los siguientes:

- Título I (arts. 1 a 20), que lleva por rúbrica «*Disposiciones Generales, organización administrativa y políticas sectoriales*» y se divide en dos Capítulos; el primero (arts. 1 a 12), rubricado como «*Disposiciones Generales y políticas sectoriales*» y el segundo se intitula como «*Organización administrativa y órganos de participación*» (arts. 13 a 20)

- Título II (arts. 21 a 47) «*Conocimiento, evaluación, participación y difusión de la biodiversidad*», se divide en tres Capítulos; el primero lleva por rúbrica «*Instrumento para el conocimiento y evaluación de la biodiversidad*» (arts. 21 a 41); el segundo «*Fomento de la educación, formación y difusión para la conservación del patrimonio natural*» (arts. 42 a 45) y el tercero rubricado como «*Acceso a la información y participación pública*» (arts. 46 y 47).

- Título III (arts. 48 a 68), rubricado «*Instrumentos de ordenación de los recursos naturales y áreas protegidas de Canarias*» que se divide en dos Capítulos; el primero «*Instrumentos de ordenación de los recursos naturales*» (arts. 48 a 57) y el segundo que se rubrica como «*Red de áreas protegidas de Canarias*» (arts. 58 a 68).

- Título IV (arts. 69 a 89)) rubricado «*Conservación de especies silvestres nativas*»; conformado con un precepto previo, el art. 69 relativo a los principios generales y dividido en dos Capítulos; el primero «*Conservación general de hábitats y especies silvestres nativas*» (arts. 70 a 78) y el segundo «*Conservación de especies protegidas y amenazadas*» (arts. 79 a 89).

- Título V (arts. 90 a 119) «*Especies exóticas y especies exóticas invasoras*», que se divide en tres Capítulos; el primero «*Prevención y control de especies exóticas y especies exóticas invasoras*» (arts. 90 a 106); el segundo, subdividido en dos Secciones, se rubrica como «*Parques zoológicos y jardines botánicos*» (arts. 107 a 116) y el tercero «*Uso en Canarias de organismos modificados genéticamente*» (arts. 117 y 118).

- Título VI (arts. 120 a 129), se rubrica como *«Uso sostenible de la biodiversidad de Canarias»*, el cual se divide en tres Capítulos; el primero rubricado como *«Uso sostenible de los recursos silvestres nativos»* (arts. 120 a 123); el segundo *«Acceso a los recursos genéticos canarios y distribución de beneficios»* (arts. 124 y 125), y el tercero *«Fomento de la conservación y uso sostenible de la biodiversidad»* (arts. 126 a 129).

- Título VII (arts. 130 a 138), rubricado como *«Montes de Canarias»*.

- Título VIII (arts. 139 a 150), que lleva por rúbrica *«De la Protección de la biodiversidad frente a la contaminación lumínica»*.

- Título IX (arts. 151 a 162) intitulado *«Biodiversidad Marina y protección de la costa»*.

-Título X (arts. 163 a 179) que se rubrica como *«Inspección y régimen sancionador»*, el cual se divide cinco Capítulos; el primero *«Inspección»* (arts. 163 y 164); el segundo *«Infracciones y Sanciones»* (arts. 165 a 171), que se subdivide en tres Secciones; el tercero *«Responsabilidad de las personas infractoras»* (arts. 172 a 174; el cuarto *«Competencia y procedimiento»* (arts. 175 a 176), subdividido en dos Secciones, y el quinto *«Prescripción de infracciones y sanciones»* (arts. 178 y 179).

- Y una parte final, que contiene:

Veintiuna disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y quince disposiciones finales.

Por último, cuenta con siete anexos; el primero correspondiente al Catálogo de árboles, arboledas y otra flora singular de Canarias; el segundo relativo a las Zonas de interés paleontológico de Canarias; el tercero correspondiente a las especies en peligro de extinción del Catálogo de especies amenazadas de Canarias; el cuarto relativo a las especies vulnerables del Catálogo de especies amenazadas de Canarias; el quinto correspondiente a especies de interés para los ecosistemas marinos de Canarias del Catálogo de especies amenazadas de Canarias; el sexto correspondiente a las especies del listado de especies silvestres en régimen de protección especial de Canarias (LESPEC); y el séptimo correspondiente a los criterios para la evaluación de especies a incluir en el listado de especies silvestres en régimen de protección especial de Canarias y en su Catálogo de especies amenazadas.

IV

Sobre la competencia.

1. En lo que se refiere a la cuestión competencial, en primer lugar, es preciso señalar que en la Exposición de Motivos de la norma proyectada, meramente se reproduce el art. 153 del Estatuto de Autonomía de Canarias (EAC) y en la Lista de Evaluación anteriormente referida, en lo que a la competencia se refiere, a dicho contenido únicamente se le añade una breve semblanza de la técnica normativa bases-desarrollo (Apartado 2, análisis de la iniciativa, punto 3), lo cual precisa ser completada, máxime, en un PL de tal extensión y en el que se tratan diversas materias, si bien están relacionadas en mayor o menor medida con el medio ambiente.

En el referido art. 153 EAC se establece que:

«Artículo 153. Medio ambiente.

1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación estatal en materia de medio ambiente, lo que incluye en todo caso:

a) El establecimiento y la regulación de los instrumentos de planificación ambiental y del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos.

b) La regulación, la tramitación y la resolución de los procedimientos de evaluación ambiental de las obras, las instalaciones y las actividades de su competencia y de los planes y los programas que afecten a su territorio.

c) El establecimiento y la regulación de medidas de sostenibilidad, fiscalidad e investigación ambientales.

d) La regulación de los recursos naturales, de la flora y la fauna, de la biodiversidad, del medio ambiente marino y acuático si no tienen por finalidad la preservación de los recursos pesqueros marítimos.

e) La regulación sobre prevención en la producción de envases y embalajes en todo su ciclo de vida, desde que se generan hasta que pasan a ser residuos.

f) La regulación sobre prevención y corrección de la generación de residuos con origen o destino en Canarias y sobre su gestión y traslado y su disposición final.

g) La regulación de la prevención, el control, la corrección, la recuperación y la compensación de la contaminación de suelo, subsuelo y litoral.

h) La regulación y la gestión de los vertidos efectuados en las aguas interinsulares, así como de los efectuados en las aguas superficiales y subterráneas sin perjuicio de la competencia estatal en materia de marina mercante y protección del medio ambiente marino.

i) La regulación del ambiente atmosférico y de las distintas clases de contaminación del mismo, la declaración de zonas de atmósfera contaminada y el establecimiento de otros instrumentos de control de la contaminación, con independencia de la Administración competente para autorizar la obra, la instalación o la actividad que la produzca.

j) La regulación del régimen de autorización y seguimiento de emisión de gases de efecto invernadero para las instalaciones fijas ubicadas en su territorio.

k) La promoción de las calificaciones relativas a productos, actividades, instalaciones, infraestructuras, procedimientos, procesos productivos o conductas respetuosas hacia el medio.

l) La prevención, restauración y reparación de daños al medio ambiente, así como el correspondiente régimen sancionador.

m) Las medidas de protección de las especies y el régimen sancionador.

n) La regulación de la introducción y el transporte de especies autóctonas y no autóctonas en el territorio canario de acuerdo con la legislación estatal y europea.

ñ) Las medidas que, en el ámbito de sus competencias, puedan adoptarse para la lucha contra el cambio climático.

2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia para el establecimiento de normas adicionales de protección sobre las materias consideradas como básicas por la legislación estatal.

3. La Comunidad Autónoma de Canarias contará con un servicio de inspección de instalaciones y actividades para la tutela y protección de la Naturaleza en el marco de sus competencias».

Además de este precepto del EAC, a la hora de tratar esta cuestión también se ha de tener en cuenta el art 154 EAC, en el que se dispone que:

«Artículo 154. Espacios naturales protegidos.

1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva en materia de espacios naturales protegidos en el ámbito espacial de Canarias.

2. La iniciativa para la declaración de un Parque Nacional corresponderá al Estado o a la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo establecido en la legislación estatal. La declaración y delimitación de los Parques Nacionales en Canarias requiere informe preceptivo de la Comisión Bilateral Canarias-Estado. La gestión de los Parques Nacionales corresponde a la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de las competencias del Estado con relación a la red de Parques Nacionales».

2. Este Consejo Consultivo ha manifestado acerca del título competencial que se corresponde con la materia de medio ambiente en su Dictamen 70/2021, de 23 de febrero - citado también por el Dictamen 427/2021, de 16 de septiembre, con cita en aquel, a su vez, de otros anteriores-, lo siguiente:

«También tiene la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo, legislación y ejecución de la legislación estatal en materia de medio ambiente y la competencia para el establecimiento de normas adicionales de protección sobre las materias consideradas como básicas por la legislación estatal en base al art. 149.1.23.ª CE:

(...)

Sobre este título competencial ya se ha pronunciado recientemente este Consejo Consultivo en el Dictamen 97/2020, de 8 de abril, en el que se dictaminó el Proyecto de Decreto que daría lugar al Decreto 54/2020, de 4 de junio, por el que se determinan las masas de agua afectadas por la contaminación de nitratos de origen agrario y se designan zonas vulnerables por dicha contaminación. En este Dictamen, con cita del Dictamen 519/2018, de 19 de noviembre, y de jurisprudencia constitucional al respecto, decíamos lo siguiente:

«“5. En otro orden de cosas, debemos tener en cuenta que conforme al art. 149.1.23 CE, el Estado tiene competencia exclusiva para establecer la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. El vigente Estatuto de Autonomía de Canarias (como ya hacía el anterior en su art. 32), además de lo anterior, atribuye a la Comunidad Autónoma de Canarias, en su art. 153, competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de protección del medio ambiente.

A la hora de valorar las competencias en materia de medio ambiente, es importante destacar la ya citada STC 53/2017, de 11 de mayo, relativa a la Ley 21/2013 de evaluación ambiental. Destacamos algunas ideas fundamentales:

“En cuanto a los criterios de orden material que este Tribunal ha destacado como característicos de la legislación básica de medio ambiente, sus elementos esenciales fueron sistematizados en la STC 101/2005, de 20 de abril (RTC 2005, 101) FJ 5, en los siguientes términos:

“El primero de estos criterios se concreta en que ‘en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no puede llegar (...) a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido’ (STC 102/1995 (RTC 1995, 192, FJ 8).

El segundo criterio consiste en que ‘lo básico, como propio de la competencia estatal en esta materia, cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos (...)’.

El tercer criterio a tener en cuenta (...) es el relativo al alcance de la ‘afectación transversal’ que las directrices básicas medioambientales pueden tener, no ya sobre las normas de desarrollo legislativo y la ejecución en la propia materia de medio ambiente, sino sobre las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas con las que se entrecruzan y que están directamente implicadas (ordenación del territorio, caza, pesca fluvial y lacustre, pesca en aguas interiores, marisqueo, turismo, ocio y tiempo libre, desarrollo comunitario e investigación, entre otras). La afectación transversal del título competencial del Estado, que se ciñe al ámbito de lo básico (art. 149.1.23 CE), será conforme con el orden constitucional de competencias, en su condicionamiento de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas, cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón a la apreciable repercusión negativa que el ejercicio ordinario de la actividad sectorial de que se trate pueda tener (...)”.

Por tanto, la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias en esta materia está reforzada, porque no le corresponde sólo dictar normas adicionales de protección respecto a las establecidas por el Estado, sino que también tiene competencia de desarrollo legislativo y ejecución en la materia en virtud de lo señalado en el propio Estatuto de Autonomía”.

Y es que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 15/1998, de 22 de enero, entre otras), “la unicidad del territorio o espacio físico no impide el ejercicio simultáneo de una pluralidad de potestades-competencias por los diversos poderes públicos territoriales, es decir, la coexistencia de

instancias y títulos de poder públicos diferentes”. Es por esta razón (como recuerda el propio Tribunal en su sentencia n.º 69/2013, de 14 de marzo), que “(...) no puede ignorarse, y debe ser reiterado una vez más, que para que la afectación transversal de las competencias sectoriales implicadas favorezca el ejercicio de todas ellas son convenientes mecanismos de cooperación y coordinación de las Administraciones competentes (STC 194/2004 FFJJ 8 y 9)”».

Por tanto, toda esta doctrina referida, básicamente, a la materia de medio ambiente, también resulta aplicable al presente PL.

De todo ello se desprende, pues, que la CAC tiene competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de medio ambiente (arts. 149.1.23ª CE y art. 153.1 EAC), pudiendo, además, establecer normas adicionales de protección medioambientales sobre las materias consideradas como básicas por la legislación estatal (art. 153.2 EAC).

3. Por la relevancia que tiene en la principal materia objeto de regulación en el PL, debemos destacar, al igual que ya hicimos en el Dictamen 293/2022, de 14 de julio, el ámbito espacial sobre el que ejercer esta competencia, a raíz del reconocimiento, efectuado en la reforma del EAC de 2018, como parte de ese ámbito espacial, de las aguas canarias resultantes de trazar un contorno perimetral que siga la configuración general del archipiélago, así como de los restantes espacios marítimos que rodean a Canarias sobre los cuales el Estado español ejerza soberanía o jurisdicción (art. 4 y Anexo del EAC).

En efecto, en el citado dictamen, referido al Proyecto de Decreto por el que se declaraban las *Zonas de Especial Protección para las aves (ZEPA) en la Comunidad Autónoma de Canarias*, que dio lugar al Decreto 184/2022, de 15 de septiembre (BOC n.º 195, de 1 de octubre de 2022), decíamos lo siguiente sobre este asunto:

<<Especial atención merece el ámbito espacial sobre el que ejercer la competencia, pues en el Informe de iniciativa se manifiesta que solo se declaran las ZEPAs de ámbito geográfico fundamentalmente terrestre, ya que las marinas son de competencia estatal según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, excluyéndose, por tanto, del objeto del PD las 11 ZEPA declaradas por la Administración General del Estado en aguas canarias.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la reforma del Estatuto de 2018 ha reconocido competencia de la Comunidad Autónoma en los espacios marítimos, que incluye la posibilidad de

establecer y regular ZEPAs en el mar, ampliando el ámbito espacial de la Comunidad Autónoma en los siguientes términos:

«Artículo 4. Ámbito espacial.

1. El ámbito espacial de la Comunidad Autónoma de Canarias comprende el archipiélago canario, integrado por el mar y las siete islas con administración propia de El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, Lanzarote, La Palma y Tenerife, así como por la isla de La Graciosa y por los islotes de Alegranza, Lobos, Montaña Clara, Roque del Este y Roque del Oeste.

2. Sin perjuicio de la delimitación de las líneas de base existentes, entre los puntos extremos más salientes de las islas e islotes que integran, según el apartado anterior el Archipiélago canario, se trazará un contorno perimetral que siga la configuración general del archipiélago, tal como se establece en el anexo de este Estatuto. Las aguas que queden integradas dentro de este contorno perimetral recibirán la denominación de aguas canarias y constituyen el especial ámbito marítimo de la Comunidad Autónoma de Canarias.

3. El ejercicio de las competencias estatales o autonómicas sobre las aguas canarias y, en su caso, sobre los restantes espacios marítimos que rodean a Canarias sobre los que el Estado español ejerza soberanía o jurisdicción se realizará teniendo en cuenta la distribución material de competencias establecidas constitucional y estatutariamente tanto para dichos espacios como para los terrestres.

4. El Estado en el ejercicio de sus competencias tendrá en cuenta las singularidades derivadas del carácter archipelágico y promoverá la participación de la Comunidad Autónoma en las actuaciones de competencia estatal en dichas aguas.

5. El trazado del contorno perimetral no alterará la delimitación de los espacios marítimos de las Islas Canarias tal y como están establecidos por el ordenamiento jurídico español en virtud del Derecho Internacional vigente».

Del tenor anterior se desprende que el ámbito sobre el que ejercer competencias no es solo el terrestre, sino que se extiende al marino, en aquellas materias en las que así se disponga en el propio estatuto (apartado 3: «El ejercicio de las competencias estatales o autonómicas sobre las aguas canarias y, en su caso, sobre los restantes espacios marítimos que rodean a Canarias se realizará teniendo en cuenta la distribución material de competencias establecidas constitucional y estatutariamente tanto para dichos espacios como para los terrestres»).

Por su parte, el art. 26 EAC, relativo a los derechos en el ámbito del medio ambiente, establece, en relación con el ámbito espacial:

«2. Los poderes públicos canarios garantizarán la defensa y protección de la naturaleza, el medio ambiente, el paisaje y la biodiversidad sea en espacios terrestres como marinos».

Por último, el art. 153.1 EAC, como vimos con anterioridad, dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo legislativo y

de ejecución de la legislación estatal en materia de medio ambiente, lo que incluye en todo caso (en lo que ahora interesa):

«d) La regulación de los recursos naturales, de la flora y la fauna, de la biodiversidad, del medio ambiente marino y acuático si no tienen por finalidad la preservación de los recursos pesqueros marítimos».

La cuestión de la inclusión de los espacios marítimos dentro del ámbito espacial de las CCAA, referida a Canarias, y su incidencia en el reparto de competencias ha sido abordada, en varias sentencias en el mismo sentido, por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos (STC 25/2014, de 13 de febrero):

«Nos hemos pronunciado con anterioridad sobre todas las cuestiones objeto del debate procesal que ha quedado resumido en los antecedentes, por lo que para resolver este conflicto de competencias bastará con una somera remisión a lo previamente decidido.

a) En la STC 3/2014, de 16 de enero, hemos afirmado de manera concluyente que el territorio autonómico no se extiende al mar territorial: “[e]llo se explica por la realidad de la que se parte y que consagra el art. 137 CE, que no es otra que el entendimiento común de que el territorio autonómico se extiende al ámbito de los municipios que integran la correspondiente Comunidad pero que éstos nunca se han extendido ni tampoco hoy se extienden al mar territorial, siendo esta y no otra la idea razón que subyace en la doctrina constitucional. Precisamente porque el mar territorial no forma parte del territorio de las Comunidades Autónomas, sólo excepcionalmente pueden llegarse a ejercer competencias autonómicas sobre el mar territorial, siempre y cuando exista un expreso reconocimiento estatutario o sólo cuando resulte imprescindible para el ejercicio de la competencia de la que es titular” (FJ 3).

El Estatuto de la Comunidad Autónoma de Canarias no contiene ninguna singularidad al respecto. Específicamente, en la STC 8/2013, de 17 de enero, hemos descartado que el mar territorial forme parte de su territorio, rechazando la interpretación que de los arts. 2 y 40 EACan propone la demanda. Advertimos entonces que, “aunque el término ‘territorios insulares’ ha desaparecido del Estatuto, y ha sido sustituido por el término ‘archipiélago’, la definición del territorio autonómico viene dada, en ambas regulaciones, por las islas (‘el archipiélago canario integrado por las siete islas’), sin que se incluya una referencia explícita al mar que las rodea, ni ésta pueda deducirse del significado común del término archipiélago, que se limita a indicar que las islas deben estar agrupadas en el mar, más o menos próximas entre ellas” (FJ 6)».

Por todo lo expuesto, resulta evidente la voluntad del nuevo EAC de incluir los espacios marítimos como de la competencia autonómica, lo que supone un expreso reconocimiento estatutario que habilita al ejercicio de las competencias autonómicas sobre los espacios marítimos en aquellos ámbitos materiales delimitados por el propio Estatuto, entre los que están, como hemos referido, la defensa y protección del medio ambiente y los espacios

protegidos, objeto del presente PD, por lo que hay que concluir que desde la entrada en vigor del nuevo EAC, la Comunidad Autónoma de Canarias es competente para la declaración de las ZEPAs tanto terrestres como marinas.>>

Por tanto, el art. 4 EAC, vigente tras la reforma de 2018, referido al “ámbito espacial” de la Comunidad Autónoma de Canarias, constituye la delimitación de su territorio que comprende el “archipiélago canario”, integrado por “el mar y las siete islas con administración propia (...), así como por la isla de la Graciosa y por los islotes de (...)” (apartado 1 del art. 4 EAC), delimitándose un contorno perimetral que sigue la configuración general del archipiélago definido en el apartado anterior, tal y como se establece en el anexo del Estatuto, y las aguas que se integran en ese perímetro se denominan “aguas canarias”, que constituyen el especial ámbito marítimo de la Comunidad Autónoma Canaria (apartado 2 del art. 4 EAC), sobre el cual (además de “los restantes espacios marítimos que rodean a Canarias sobre los que el Estado español ejerza soberanía o jurisdicción”) la Comunidad Autónoma -y, por supuesto, el Estado- puede ejercer sus competencias, teniendo en cuenta “la distribución material de competencias establecidas constitucional y estatutariamente tanto para dichos espacios como para los terrestres” (apartado 3 del art. 4 EAC).

En definitiva, el contenido del art. 4 EAC constituye la concreción estatutaria de la delimitación del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, contenido obligatorio de todos los Estatutos de autonomía, según dispone el art. 147.2 b) de la Constitución.

La consecuencia inmediata de esta singularidad contenida en el EAC, siguiendo la jurisprudencia mantenida en la STC 25/2014, de 13 de febrero citada con anterioridad, es que las competencias autonómicas pueden ejercerse sobre las aguas canarias, mar territorial y zona económica exclusiva, que integran y rodean el archipiélago, superándose, en el caso de Canarias, en materia de medio ambiente -y más concretamente, en materia de biodiversidad marina-, el criterio mantenido en la legislación básica (art. 6, apartados 1 y 4, y art. 37.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad) y en la jurisprudencia constitucional anterior (entre otras, SSTC 87/2013, de 11 de abril -FJ 6-, y 99/2013, de 23 de abril -FFJJ 4 y 8-) de que las Comunidades Autónomas sólo pueden ejercer sus competencias en los espacios, hábitats o áreas críticas situadas en el medio marino, cuando exista “continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección”.

Así pues, dado que la CAC es competente según el EAC de Canarias en materia de biodiversidad y medio ambiente marino [153.1.d)], tal competencia también puede ejercerse en el ámbito espacial del mar que rodea e integra el Archipiélago, en desarrollo y ejecución de la básica del Estado, pero debiendo garantizarse en todo caso la prevalencia del EAC sobre la normativa básica en caso de antinomias.

4. Así mismo, es necesario señalar que en el PL, aparte de la materia principal y prevalente -el medio ambiente-, se contienen normas que, a su vez, establecen medidas que afectan a diversos títulos competenciales ligados a la materia principal.

4.1. Así, sobre las competencias en materia de costas y de ordenación del litoral se ha de tener en cuenta la doctrina expuesta acerca de tales títulos competenciales en el Dictamen de este Consejo Consultivo 357/2020, de 30 de septiembre, en el que afirma que:

«En lo que se refiere a las medidas de intervención administrativa en materia de costas, que afectan principalmente al Decreto 171/2006, de 21 de noviembre, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de autorizaciones en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo terrestre y sobre la competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias (CAC), es preciso hacer referencia al Dictamen de este Consejo Consultivo 358/2006, de 31 de octubre, en el que se señaló acerca de esta materia que:

«Por lo que al objeto del presente Proyecto de Decreto se refiere, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Protección, Utilización y Policía de Costas (LC) y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, definen y establecen el régimen jurídico del dominio público marítimo terrestre y las medidas para su protección. El art. 20 de la Ley (sectorial) de Costas determina el alcance de la protección del dominio público marítimo-terrestre; el 21 establece la limitación y servidumbres de los terrenos colindantes con el mismo; el art. 23 define (y limita) la zona sujeta a servidumbre de protección y es, finalmente en lo que nos atañe, el art. 25 LC quien establece las prohibiciones en la zona de servidumbre de protección y cuales han de ser las actuaciones sujetas a autorización, autorización, como se verá a continuación, competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

En materia de servidumbre de protección, el artículo 26.1 de la Ley de Costas atribuía la competencia a la Administración del Estado para el otorgamiento de las autorizaciones de los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección. Este precepto fue declarado inconstitucional por STC 149/1991 al entender que se trata ésta de una “competencia de carácter ejecutivo ajena a las constitucionalmente reservadas al Estado y que se engloba, por su contenido, en la ejecución de la normativa sobre protección del medio ambiente o en la ordenación del territorio y/o urbanismo de

competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas”. Corresponde, pues, ejercer esa competencia a los correspondientes órganos de éstas o, en su caso, a los Ayuntamientos, ajustándose a la normativa estatal y a la que resulte de la legislación autonómica y los instrumentos de ordenación.

El Estado, en desarrollo de la Ley de Costas, en ejercicio de las competencias que ésta le atribuye y al amparo de los títulos competenciales mencionados, dictó el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, modificado, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/1991, en la redacción, entre otros, de los artículos 48 a 50. El art. 48.1 determina que los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección “estarán sujetos a autorización de la Comunidad Autónoma correspondiente” y el 49.1 de la misma norma, también el 49.4, se refieren con toda claridad al “órgano competente de la Comunidad Autónoma”, tanto para tramitar las solicitudes de autorización (apartado 1) como para trasladar la resolución adoptada al órgano correspondiente de la Administración General del Estado (apartado 4).

En consecuencia, la Comunidad Autónoma ostenta competencia, por virtud de los artículos 30.15 y 32.12 del Estatuto de Autonomía, para regular el procedimiento para la obtención de las autorizaciones relativas a la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre», doctrina aplicable al presente DL, pero teniendo en cuenta que actualmente es de aplicación el art. 157.b) del Estatuto de Autonomía de Canarias, reformado por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre (EAC), en el que se establece que:

«Artículo 157. Ordenación y gestión del litoral.

Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en materia de ordenación del litoral, respetando el régimen general del dominio público, la competencia exclusiva, que incluye en todo caso:

b) La gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo-terrestre, especialmente el otorgamiento de autorizaciones y concesiones y, en todo caso, las concesiones de obras fijas en el mar, respetando las excepciones que puedan establecer por motivos medioambientales en las aguas costeras interiores y de transición».

No obstante, pese a la aplicación de esta doctrina al presente supuesto, el contenido del art. 157 EAC, reformado por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, es más amplio que el caso concreto señalado en el citado Dictamen 357/2020, de 30 de septiembre, por lo que procede reproducir la totalidad del precepto en esta materia:

«Artículo 157. Ordenación y gestión del litoral.

Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en materia de ordenación del litoral, respetando el régimen general del dominio público, la competencia exclusiva, que incluye en todo caso:

a) El establecimiento y la regulación de los planes territoriales de ordenación y uso del litoral y de las playas, así como la regulación del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos y planes.

b) La gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo-terrestre, especialmente el otorgamiento de autorizaciones y concesiones y, en todo caso, las concesiones de obras fijas en el mar, respetando las excepciones que puedan establecer por motivos medioambientales en las aguas costeras interiores y de transición.

c) La regulación y la gestión del régimen económico-financiero del dominio público marítimo-terrestre en los términos previstos por la legislación general.

d) La ejecución de obras y actuaciones en el litoral canario cuando no sean de interés general.

e) La atribución de los servicios que se presten en playas y demás lugares del litoral, en coordinación con las entidades locales.

f) El informe previo de la Comunidad Autónoma sobre la ejecución de obras de interés general en el litoral canario».

Precisamente, sobre esta materia se han traspasado por parte del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias las siguientes competencias, detalladas en el apartado B) del Anexo del Real Decreto 713/2022, de 30 de agosto, de traspaso de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de ordenación y gestión del litoral (BOE núm. 219, de 12 de septiembre de 2022), cuya efectividad ha tenido lugar el 1 de enero de 2023:

«B) Funciones de la administración general del estado que asume la comunidad autónoma de canarias e identificación de los servicios que se traspasan.

Se traspasan a la Comunidad Autónoma de Canarias las siguientes funciones y servicios que en materia de ordenación y gestión del litoral viene desempeñando la Administración General del Estado:

1. En relación con las autorizaciones de usos de temporada en las playas y en el mar territorial (zonas de fondeo, pantalanes flotantes y usos análogos); con las autorizaciones de actividades en las

que concurren circunstancias especiales de intensidad, peligrosidad o rentabilidad; y con las autorizaciones de ocupación del dominio público marítimo-terrestre con instalaciones desmontables o con bienes muebles:

- a) Su gestión y otorgamiento.
- b) Su vigilancia y la aplicación del régimen sancionador.
- c) La gestión de los ingresos que se devenguen por su ocupación y aprovechamiento.

2. La gestión y otorgamiento de autorizaciones en zonas de servidumbre de tránsito y acceso al mar, así como la vigilancia, tramitación e imposición y recaudación de las sanciones que corresponda, en lo que se refiere al incumplimiento de los términos en que fueron otorgadas.

3. La gestión de las concesiones demaniales a que se refiere el artículo 64 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, que incluye, en todo caso, su otorgamiento, renovación, prórroga, modificación y extinción, así como la gestión de los ingresos que se devenguen por dichas ocupaciones o aprovechamientos en concepto de cánones. Dichas concesiones son las siguientes:

a) Las requeridas para efectuar vertidos al dominio público marítimo-terrestre y las de ocupación del dominio público marítimo-terrestre exigidas para las explotaciones de acuicultura.

b) Las que amparan usos especialmente intensos, rentables o peligrosos, así como los privativos, con obras o instalaciones desmontables que por su naturaleza, finalidad u otras circunstancias requieran un plazo de ocupación superior a un año.

c) Las concesiones amparadas por otra concesión de explotación de recursos mineros o energéticos.

d) Las que amparen usos especialmente intensos, rentables o peligrosos, así como los privativos, con obras o instalaciones no desmontables. Igualmente, las concesiones que posibiliten la ejecución de obras fijas en el mar y aquellas que amparen las instalaciones marítimas menores en el dominio público marítimo-terrestre, tales como embarcaderos, pantalanes, varaderos y otras análogas que no formen parte de un puerto o estén adscritas al mismo.

4. La vigilancia, tramitación e imposición de las sanciones que correspondan, así como la recaudación de las multas, en lo que se refiere al incumplimiento de las condiciones de otorgamiento de las concesiones demaniales.

5. La gestión del registro de concesiones en dominio público marítimo-terrestre en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

6. La emisión del informe previo al rescate de las concesiones demaniales cuando, por razones de interés general, sea competencia de la Administración General del Estado el ejercicio de esta función.

7. La planificación, elaboración y aprobación de proyectos, gestión y ejecución de obras y actuaciones en el litoral canario que no sean de interés general.

8. *La participación de la Comunidad Autónoma de Canarias en la planificación y programación de obras de interés general en el litoral canario y la emisión de los correspondientes informes sobre su calificación y ejecución.*

9. *La ejecución y gestión de dichas obras de interés general en los términos del convenio suscrito con la Administración General del Estado.*

10. *La emisión del informe previo al pliego que sirva de base para la redacción de los proyectos correspondientes a obras de interés general.*

11. *La emisión de informe facultativo y no vinculante, con carácter previo al ejercicio de la función de emisión por la Administración del Estado de informe preceptivo en relación con la gestión de las concesiones demaniales recogidas en el apartado B).3».*

Por tanto, a la hora de analizar las competencias en esta materia, habrá de ser tenida en cuenta no sólo la doctrina mantenida con anterioridad, sino también el contenido del citado art. 157 EAC, en cuya ejecución se ha materializado el traspaso de determinadas competencias a la Comunidad Autónoma de Canarias por parte del Estado y que aquélla ya ha asumido.

4.2. En relación con la materia de Montes, otra de las que afecta de forma concreta y específica al PL, se dispone en el art. 130.2.b) EAC lo siguiente:

«Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución sobre:

b) La regulación y el régimen de intervención administrativa y de usos de los montes, de los aprovechamientos y los servicios forestales y de las vías pecuarias de Canarias».

Además, en la disposición final segunda de la Ley estatal 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, se establece en cuanto al reparto competencial en la materia, y la propia habilitación competencial de dicha Ley, lo siguiente:

«Disposición final segunda. Habilitación competencial.

1. Esta Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.23.ª de la Constitución y tiene, por tanto, carácter básico (legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y protección del medio ambiente), sin perjuicio de lo dispuesto en los dos apartados siguientes.

2. Tienen carácter básico al amparo de otros preceptos constitucionales los artículos 12, 14, 15, 16, 17, 18, apartado 4, 20, 21, 36, apartado 4, 47, apartado 3, disposición adicional segunda, apartado 1, y disposición transitoria primera, por dictarse al amparo del artículo 149.1.18.º de la Constitución.

3. Los siguientes preceptos y disposiciones se dictan al amparo de títulos competenciales exclusivos del Estado:

a) Los artículos 18, apartados 1 y 2, 19, 22, 25 y 27 bis, que se dictan al amparo del artículo 149.1.8.º de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

b) Los artículos 18.3 y 18 bis se dictan al amparo del artículo 149.1.8.º de la Constitución que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de ordenación de los registros.

c) El capítulo I del título V, salvo el artículo 56.1, se dicta al amparo del artículo 149.1.15.º de la Constitución que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.

d) La disposición adicional novena se dicta al amparo del artículo 149.1.14.º de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de Hacienda general y Deuda del Estado».

4.3. Además, mediante la norma proyectada se lleva a cabo una regulación de la organización administrativa competente en la materia, creando diversos órganos de participación, como el Consejo de Biodiversidad y Recursos Naturales de Canarias, a la vez que se crean varios registros públicos y se regulan procedimientos para la concesión de diversas autorizaciones en la materia, todo ello al amparo de lo previsto en el art. 104, en relación con el art. 61, ambos del EAC.

Pues bien, sobre los títulos competenciales contenidos en estos preceptos estatutarios, en el Dictamen de este Organismo 145/2021, de 26 de marzo, se ha manifestado acerca de ello que:

«Esto es, las normas de organización y funcionamiento por las que se han de regir esos órganos colegiados adscritos al Departamento competente en materia de servicios sociales del Gobierno de Canarias, por lo que también opera como fundamento competencial la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma prevista en el art. 104 (en relación con el art. 61.1) del Estatuto de Autonomía de Canarias, que dispone lo siguiente:

«Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva para establecer la organización y el régimen de funcionamiento de su Administración, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución. Esta competencia incluye, en todo caso, la facultad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas y las entidades que la configuran o que dependen de ella».

En relación con este título competencial el Tribunal Constitucional ha reiterado que <<“Las Comunidades Autónomas tienen la potestad exclusiva de crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran sus respectivas Administraciones, de manera que pueden conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo, debiendo el Estado abstenerse de cualquier intervención en este ámbito” (STC 50/1999, de 6 de abril), siempre que tal competencia tenga “proyección sólo hacia el interior de la organización autonómica, no impidiendo que la competencia del Estado reconocida en el art. 149.1.18ª CE se despliegue en los aspectos de la organización que se proyecten sobre los ciudadanos”>> (STC 31/2010, de 28 de junio).

En este sentido, tal y como decíamos en nuestros Dictámenes 335/2013, de 8 de octubre y 282/2013, de 25 de julio, la STC 50/1999 ha establecido que la materia competencial “régimen jurídico de las Administraciones públicas” comprende <<“la regulación de la composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones públicas” (STC 32/1981, FJ 6º), “la organización de todas las Administraciones públicas” (STC 76/1983, FJ 38º), “los aspectos organizativos e institucionales de esas Administraciones” (STC 214/1989) o “la composición, funcionamiento y organización” de las mismas (STC 35/1982)”>>.

Así, el Tribunal Constitucional delimita el alcance de esta competencia básica estatal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.18ª CE, en la citada STC 55/1999, en el sentido de que el Estado no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia, señalando lo siguiente:

<<En virtud de esta competencia básica el Estado puede establecer los elementos esenciales que garanticen un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones públicas. Con todo, es cierto que, como queda dicho, la intensidad y extensión que pueden tener las bases no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico. Así, el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas, que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses de los administrados, aunque ciertamente no cabe trazar una distinción tajante entre unos aspectos y otros. No debe olvidarse que, según establece el art. 149.1.18 CE, el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de garantizar «a los administrados un tratamiento común ante ellas» y no

cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias.

No obstante, en ambos supuestos, deberá recordarse que, como hemos declarado en múltiples resoluciones el Estado al establecer el común denominador normativo que encierran las bases, y a partir del cual cada Comunidad Autónoma con competencias de desarrollo legislativo puede regular la materia con arreglo a sus peculiaridades e intereses (por todas, SSTC 49/1988, fundamento jurídico 3º; 225/1993, fundamento jurídico 3º, y 197/1996, fundamento jurídico 5º), no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo. Como se afirma, entre otras, en la STC 147/1991 «la definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses, por ello, en principio, debe entenderse que excede de lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deja espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, produciéndose en tal caso, por regla general, un resultado de vulneración competencial que priva a lo presentado como básico de su condición de tal» (fundamento jurídico 5º)».

También con un carácter subsidiario o derivado respecto de la competencia principal que se regula, los preceptos del PL incluyen normas específicas de procedimiento, así como técnicas de control, inspección y sanción, todo ello amparado por lo dispuesto en el art. 106.1 EAC:

«1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia en materia de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas canarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución. Esta competencia incluye, en todo caso:

(...)

b) Las potestades de control, inspección y sanción en todos los ámbitos materiales de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias.

c) La aprobación de las normas de procedimiento administrativo que deriven de las particularidades del derecho sustantivo de Canarias o de las especialidades de la organización de la Administración Pública canaria».

4.4. Precisamente y al hilo de este último título competencial contenido en el art. 106.1 EAC, específicamente sobre la regulación del régimen sancionador, este Consejo ha expresado

(Dictamen 301/2018, de 26 de junio), en línea con la jurisprudencia constitucional en la materia, que la Comunidad Autónoma de Canarias puede adoptar normas sancionadoras cuando ostente competencia sobre la materia sustantiva de que se trata y siempre que tales disposiciones se acomoden a las garantías dispuestas en este ámbito del derecho sancionador (art. 25 CE) y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio, como ha señalado el TC (SSTC 87/1995, 15/1998, 110/1998, 102/1995, 124/2003, 130/2013, 143/2017 y 52/2018, entre otras).

Con respecto al procedimiento administrativo sancionador ha de señalarse que estamos en presencia de un procedimiento administrativo sancionador especial *«al tratarse de una materia en la que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva, debiendo recordarse en este punto “que la potestad sancionadora –y el procedimiento para su ejercicio– es de carácter accesorio en relación con la competencia material o sustantiva, por lo que debe atenderse al carácter con que está atribuida la competencia (...) para determinar la normativa aplicable al procedimiento” (STS de 16 de febrero de 2012, RJ 2012/4084, con referencia a la STS de 2 de marzo de 2009, RJ 2009/1565)»* (DCC 286/2014, de 30 de julio).

Respecto a los procedimientos especiales *ratione materiae*, el Tribunal Constitucional ha afirmado que son objeto de una competencia conexa a la competencia sustantiva sobre el correspondiente ámbito material. El Tribunal se pronuncia sobre esta cuestión en los términos que siguen: *“La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de los procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. (...) En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre la materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias”* (STC 166/2014, FJ 4).

Este Consejo Consultivo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, entre otros, en el Dictamen 370/2021, de 12 de julio, en el que señalamos:

«El Estatuto de Autonomía de Canarias, por un lado, atribuye competencia exclusiva a esta Comunidad Autónoma en relación con “el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia” (art. 30.30 EAC). Canarias ostenta, por ello, la potestad normativa para regular en el ámbito de su territorio y conforme con los principios y reglas de la normativa aplicable,

cualquier procedimiento relativo a materias asumidas con carácter exclusivo mediante ley o a través de reglamento. Y competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de normas de procedimiento administrativo, económico-administrativo y fiscal que se deriven de las especialidades del régimen económico y fiscal de Canarias (art. 32.14).

En consecuencia, tanto el Estado como la Comunidad Autónoma de Canarias ostentan competencias concurrentes en materia de procedimientos administrativos. Pero ello no agota la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias para establecer determinadas especialidades en los procedimientos siempre que se respeten los criterios básicos, límites y garantías, tal como señala – entre otras- la STC 227/1988, de 21 de noviembre)».

4.5. Finalmente, el PL también incide en otros títulos competenciales, bien porque se modifican normas legales preexistentes o bien porque se contienen en su articulado disposiciones específicas relativas a otras materias -relacionadas, en mayor o menor medida, con la materia de medio ambiente-, como son la caza y la pesca [Disposición final primera y art. 68.3 y 6 c) PL, en relación con el art. 131 EAC]; tasas y precios públicos [Disposiciones finales tercera y séptima PL, en relación con los arts. 169 c) y e) y 171 EAC]; ordenación del territorio y del paisaje [Título III en su totalidad -en especial artículos 48, 62.2, 63.3, 99, 100, 134, 135, 136, 137 y 138-, y Disposición final segunda PL, en relación con el art. 156 EAC]; transporte marítimo (Disposición final cuarta, en relación con el art. 160.1 EAC); yacimientos paleontológicos [arts. 58.2 e) y 62 PL, en relación con el art. 137.1 EAC]; organismos modificados genéticamente [arts. 117 a 119 PL, en relación con el art. 130.1.f) EAC]; ganadería y sanidad [art. 38 PL, en relación con los arts. 130 y 141 EAC, respectivamente]; deportes [arts. 123 y 157 PL, en relación con el art. 138 EAC]; turismo y actividades en los espacios marítimos definidos en el art. 4 EAC [art. 123 PL, en relación con el art. 129 y 131.3 EAC]; investigación científica [arts. 139 y 148 PL, en relación con el art. 135 EAC]; y establecimientos comerciales y espectáculos públicos [arts. 146.1, 123 y 161 PL, en relación con los arts. 126 y 128.2 EAC].

5. De todo lo expuesto, cabe concluir que la Comunidad Autónoma cuenta con títulos competenciales suficientes, en líneas generales, para la aprobación de la disposición legal proyectada, sin perjuicio de lo que se manifieste al respecto al analizar el articulado del PL.

V

Observaciones al Proyecto de Ley.

1. Observaciones generales.

1.1. En primer lugar, se observa, al igual que así lo considera el informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos sobre el PL, que, efectivamente, gran parte del articulado cuenta con un contenido bastante detallado, de tal forma que parece el propio de normas de rango reglamentario.

Sobre la posible congelación de rango en normas con rango de ley de normas cuyo contenido es propio de un reglamento, nos hemos pronunciado más recientemente en nuestro Dictamen 7/2021, de 14 de enero, con cita de otros anteriores y de la STC 120/2014, de 17 de junio, en el siguiente sentido:

<<También resulta altamente ilustrativa para el supuesto que nos ocupa la STC 120/2014, de 17 de junio, que -en su Fundamento Jurídico 8.º- dice:

«Como hemos afirmado, “no cabe deducir de la Constitución la existencia de una reserva reglamentaria, de manera que el legislador no tiene vedada la regulación de materias que no le están materialmente reservadas, ‘de suerte que, dentro del marco de la Constitución y respetando sus específicas limitaciones, la ley puede tener en nuestro Ordenamiento cualquier contenido y en modo alguno le está vedada la regulación de materias antes atribuidas al poder reglamentario’ (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 15)” (STC 203/2013, de 5 de diciembre, FJ 3).(…)>>.

En el presente caso parece justificado que se incluyan en el PL con la minuciosidad requerida los sistemas de información, bases de datos o redes de vigilancia citados, aun cuando esto implica una rigidez o congelación de rango, por lo que en caso de que una vez que comience a aplicarse la ley que se apruebe, si se advierte alguna disfunción, habrá de acudir a una modificación legal para solucionarlo. No obstante, la regulación incluida en la norma proyectada no agota toda la materia, pues existen remisiones expresas a la regulación reglamentaria de determinados aspectos (art. 26.3, respecto a la BIOTA; art. 30.3, en cuanto al SeHABITAT; art. 38.4, sobre la RED VIGÍA CANARIAS; o art. 40.3, en cuanto al GENOMA BIOCAN), aunque se echa en falta esa misma técnica respecto a otras bases de datos (particularmente, en el art. 24 respecto al Banco del Inventario Natural de Canarias (BIOCAN) y todas las bases, redes y sistemas que lo integran -y que se regulan en arts. posteriores-), sin que se haya previsto una disposición específica que habilite para este desarrollo reglamentario, tal y como sí se efectúa con otros aspectos del PL a lo largo del articulado o en las disposiciones finales (Disposiciones finales décima (montes), decimoprimera (iluminación y alumbrado exterior), decimosegunda (sistema de evaluación de calidad de los centros de recuperación de

fauna nativa silvestre) y decimocuarta (Consejo de Biodiversidad y Recursos Naturales de Canarias) del PL).

También debe advertirse que esta problemática se suscita con algunas de las definiciones contenidas en el Título VIII, referido a la protección de la biodiversidad contra la contaminación lumínica, que se contienen en normas reglamentarias (“alumbrado exterior”, en el art. 143 PL, contenido en el Real Decreto 243/1992, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 31/1988, de 31 de octubre, sobre protección de la calidad astronómica de los observatorios del Instituto de Astrofísica de Canarias, o cuestiones técnicas en el art. 144 PL contenidas en el Real Decreto 580/2017, de 12 de junio).

1.2. En segundo lugar, en determinados preceptos del PL se efectúa una reiteración, particularmente, de la Ley básica estatal 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y de otras normas básicas estatales.

Sobre esta técnica normativa cabe traer a colación la doctrina consolidada por este Organismo Consultivo sobre las *leges repetitae*. En aplicación de esta doctrina, acuñada por el TC y seguida por este Consejo en multitud de dictámenes (por todos, Dictámenes 394/2016, de 24 de noviembre; 147/2017, de 2 de mayo; 94/2018, de 7 de marzo; 275/2018, de 15 de junio; 410/2021, de 3 de septiembre; 501/2021, de 19 de diciembre; y 202/2022, de 19 de mayo) hemos señalado lo siguiente:

«La mera reiteración por la legislación autonómica de la legislación básica no es desarrollo de ésta, sino invasión de la competencia estatal para definir lo básico y, por ende, adolecería de un vicio de incompetencia que puede determinar su nulidad. En este sentido la STC 73/2016 (FJ 10) sobre esta cuestión señala:

“No puede perderse de vista que la legislación autonómica puede incurrir en inconstitucionalidad mediata, no sólo cuando contradice la normativa básica estatal, también cuando penetra el espacio normativo que ha ocupado el legislador básico, aunque se limite a parafrasear o reproducir literalmente lo establecido en las bases”.

Tal es la doctrina constitucional relativa a las leges repetitae. Conforme a ésta, la legislación autonómica puede introducirse en el terreno de lo básico, pero sólo por excepción, cuando se limite a repetir las bases y únicamente si de ese modo contribuye a hacer inteligible el régimen autonómico de desarrollo [por todas, SSTC 154/1989, de 5 de octubre, FJ 6; 62/1993, de 18 de febrero, FJ 4; 162/1996, de 17 de octubre, FJ 4; 172/1996, de 31 de octubre, FJ 2; 73/1997, de 11 de abril, FJ 4; 47/2004, de 25 de marzo, FJ 8; 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 10 a); 18/2011, de 13 de marzo, FJ 18].».

Asimismo, en el Dictamen 553/2018, de 12 de diciembre, este Consejo ha señalado:

«La doctrina constitucional sobre las leyes repetitae se halla recogida, entre otras muchas, en las SSTC 10/1982, de 23 de marzo, FJ 8; 62/1991, de 22 de marzo, FJ 4, b); 147/1993, de 29 de abril, FJ 4; 162/1996, de 17 de octubre, FJ 3; 150/1998, de 30 de julio, FJ 4; 47/2004, de 25 de marzo, FJ 8; y 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9, concluyendo el dictamen que la reproducción de preceptos de la LOPJ que efectuaba el PD entonces dictaminado no podía entenderse dirigida a la mejor inteligibilidad y sentido de la norma.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha advertido que este procedimiento de repetición, al utilizarse por órganos legislativos distintos, con ámbitos de competencia distintos, está inevitablemente llamado a engendrar tarde o temprano una innecesaria complicación normativa cuando no confusión e inseguridad (SSTC 40/1981, de 18 de diciembre, y 10/1982, de 23 de marzo). En tales supuestos, el Tribunal Constitucional precisa que la cuestión principal que se suscita consiste en determinar si el ente autor de la norma que reproduce otra dictada por ente distinto posee o no competencia en la materia a que la primera norma se refiere (STC 149/1985). Así la reproducción por la legislación autonómica de normas estatales en materias que correspondan a la exclusiva competencia del Estado ha llevado al Tribunal Constitucional a señalar que su simple reproducción por la legislación autonómica, además de ser una peligrosa técnica legislativa incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a la Comunidad Autónoma (STC 69/1991).

Del mismo modo, en su Sentencia 162/1996, de 17 de octubre, el Tribunal Constitucional advierte de la posible inconstitucionalidad de estas prácticas legislativas por resultar inadecuadas al sistema de fuentes constitucionalmente configurado, lo que acontece cuando se reproducen en la ley preceptos constitucionales de leyes orgánicas o de normas incluidas en la legislación básica del Estado (SSTC 40/1981, 26/1982, 76/1983 y 162/1996, entre otras). En estos casos, conforme señala el Tribunal, se trata de prácticas que pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha dejado a salvo la posibilidad de reiteración en la norma autonómica cuando esta sirve a la finalidad de complementar la norma autonómica para dotarla de sentido o inteligibilidad. Señala así en su Sentencia 47/2004, de 29 de marzo, que esta proscripción de la reiteración o reproducción de normas por el legislador autonómico no debe extenderse a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del Ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo autonómico. Se trata en estos casos, en definitiva, de ofrecer un texto normativo en el que

las normas legales de competencia autonómica queden integradas con otras de competencia estatal, proporcionando una visión sistemática sobre el régimen jurídico».

En la medida en que no se limita la reiteración del contenido de la ley básica a las excepciones que señala el Tribunal Constitucional para permitir entender adecuadamente el sentido de la norma proyectada, se ocasiona que algunos preceptos concretos del PL invadan la competencia básica estatal, como se detallará en las observaciones al articulado que se formularán más adelante.

1.3. Otro aspecto que merece nuestra atención, que compromete el principio de seguridad jurídica, son los posibles solapamientos con la normativa legal ya existente en nuestra Comunidad Autónoma, particularmente con la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (LSENPC), pues se reiteran algunos preceptos de esta en el PL, si bien, en algunos casos, se sustituye el término *“medioambiente”* por *“biodiversidad”* o *“valores naturales”*. Así sucede, por ejemplo, con el art. 2 e) PL que trata, dentro del objeto del PL, de la *“regulación de los aprovechamientos de los recursos naturales”*, mientras que el art. 1 a) LSENPC, referido también al objeto de esta última, se refiere a la regulación del *“régimen jurídico general de los recursos naturales”*; también con el art. 5 c) PL y el art. 5.1 b) LSENPC, ambos referidos al principio de la *“utilización ordenada de los recursos naturales”*, adaptada a la finalidad de la norma proyectada y de la norma vigente; con el art. 5 f) y g) PL, y el art. 5.1 d) LSENPC, preceptos referidos a la *“prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística, y la aplicación del principio de precaución en las intervenciones que puedan afectar a espacios naturales o a sus ecosistemas”*; con el art. 5 k) y l) PL y el art. 3.4 a) y b) LSENPC, referidos todos ellos a los principios *“precautorio y de incertidumbre”* y *“preventivo”*; o con el art. 5 m) PL y el art. 3.4.d) LSENPC, ambos referidos al *“principio de equidad intra e intergeneracional”*.

Especial preocupación suscita el contenido del Título III del PL, relativo a los instrumentos de ordenación de los recursos naturales y áreas protegidas de Canarias, en el cual -como veremos más adelante en las observaciones al articulado-, no acertamos a encontrar normas claras que permitan integrar estos instrumentos con el resto del ordenamiento jurídico, particularmente con los contenidos en la LSENPC.

Sobre el principio de seguridad jurídica, nos pronunciábamos en nuestro Dictamen 427/2021, de 16 de septiembre, en el siguiente sentido:

<<(…) Tal y como este Consejo Consultivo se ha manifestado con anterioridad, y constituye nuestra doctrina, por todos nuestro Dictamen 352/2020, de 24 de septiembre, *«es preciso advertir que la técnica normativa está al servicio de la calidad de las normas y esta redundante en la seguridad jurídica, principio este último, consagrado en el art. 9.3 CE conforme al cual “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”»*.

En el citado dictamen se citan algunas de las muchas sentencias en virtud de las cuales el Tribunal Constitucional viene fijando su doctrina en relación a este principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución garantiza.

En la Sentencia 104/2000, de 13 de abril, dice el TC: *«Hemos dicho, con relación al principio de seguridad jurídica, que ésta viene a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad»*. *«Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho, como la claridad del legislador y no la confusión normativa»*.

También son numerosas las sentencias que, expresamente, se pronuncian sobre la relación entre la técnica legislativa y la seguridad jurídica.

En la Sentencia 46/1990, de 15 de marzo, se dice: *«La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido»*.

Y, en el mismo sentido, la Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, recoge *«que los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma. En este orden de exigencias no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, ...» >>*.

Además, en el citado Dictamen 427/2021, abordábamos el posible solapamiento y la necesaria articulación de la norma proyectada con el ordenamiento jurídico vigente en los siguientes términos:

<<(…) Pero del principio de certeza al que alude la jurisprudencia constitucional citada también se desprende la necesidad de asegurar la precisa y correcta articulación de la nueva norma que pretende aprobarse con el conjunto del ordenamiento jurídico vigente. Ello requiere que la innovación normativa, para garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica, vigile muy de cerca la forma en que la nueva norma se incorpore al conjunto normativo preexistente, y los efectos que sobre el mismo pudiera generar. Tal incorporación debe estar presidida además por el principio de simplicidad, evitando la innecesaria creación de nuevas instituciones y procedimientos, utilizando, acaso con un ligero retoque reformador, los ya regulados por leyes en vigor.

El art. 129 de la Ley 39/2015 establece que *«la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico... 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»*. Como ya hemos señalado en varios de nuestros Dictámenes (100/2020, 104/2020 y 7/2021), este precepto no resulta aplicable a la iniciativa legislativa de las Comunidades Autónomas, tal como estableció la STC 55/2018, de 24 de mayo (FJ 7º). *«No obstante, los principios generales del Derecho informan todo el ordenamiento jurídico, y por ello obviamente deben ser tenidos en cuenta»* (DCCC 7/2021, citado); tal exigencia apela, en atención al principio de seguridad jurídica, a una lectura del proyecto normativo con la vista puesta en el resto del ordenamiento jurídico, para evitar futuras incoherencias.

En esta misma línea de exigencia se manifiesta el Decreto 15/2016, que para las iniciativas legislativas del Gobierno de Canarias exige incorporar al expediente los *«documentos e informes necesarios para un mejor conocimiento de los efectos de la normativa presentada»* (Norma Segunda.1). *«Además, con el fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, es preciso señalar las relaciones de normas que resulten parcial o totalmente derogadas (la tabla de vigencias, de antaño); así como procurar que la tramitación de la iniciativa sirva para simplificar el ordenamiento jurídico vigente. En este apartado en la lista de evaluación se deberá contestar las siguientes cuestiones: 2. relación de la normativa aplicable al objeto de la iniciativa y examen de su relación; 3. posible afectación de otros títulos competenciales...»; 4. previsión sobre las derogaciones parciales o íntegras de otras normas jurídicas; 5. posibilidad de refundir con la iniciativa normativa planteada otras normas vigentes, a los efectos de la simplificación del ordenamiento jurídico autonómico»* (Norma Decimocuarta) (...)>>.

En consecuencia, este Consejo considera que el principio de seguridad jurídica se encuentra seriamente comprometido en los términos en los que está redactada la iniciativa, pues no es posible integrar una parte importante del PL con el resto del ordenamiento jurídico, debiendo repararse la misma por vulnerar el art. 9.3 CE, por cuanto no genera un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión, como veremos en las observaciones al articulado, particularmente las referidas, por poner algunos ejemplos, a los Patronatos insulares de biodiversidad y recursos naturales (art. 18 PL), la administración de espacios naturales y de especies amenazadas (art.

19 PL), y a los instrumentos de ordenación, de gestión, estrategias y planes contenidos en los Títulos III, V y VII PL.

1.4. Por último el PL evidencia contradicciones en su articulado cuando se aborda la regulación del ejercicio de las competencias autonómicas sobre los espacios marinos de Canarias. Sobre esta cuestión ya dijimos en la parte competencial, que el nuevo EAC, aprobado por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, introdujo importantes modificaciones referidas -tal y como señalamos en el Dictamen 293/2022, de 14 de julio- a que en la Comunidad Autónoma de Canarias, el *“ámbito sobre el que ejercer competencias no es solo el terrestre, sino que se extiende al marino, en aquellas materias en las que así se disponga en el propio estatuto”*, resultado del novedoso contenido del art. 4 EAC, en conexión con los restantes títulos competenciales contenidos en la CE y EAC, particularmente, y en lo que aquí interesa, los relativos al medio ambiente y las demás materias con incidencia en el mismo.

En este sentido, el PL en algunos preceptos simplemente se remite al reparto competencial en la materia efectuado por la CE y el EAC; en otros regula, efectivamente -de acuerdo con la nueva regulación tras la reforma del EAC de 2018-, las competencias autonómicas en el medio marino; mientras que en otros se refiere al principio de “continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección”, criterio sostenido en la legislación básica anterior a la reforma del EAC de 2018 y en la jurisprudencia constitucional, también anterior a la reforma del EAC, que mantenía que las Comunidades Autónomas sólo pueden ejercer sus competencias en los espacios situados en el medio marino cuando exista esa continuidad ecológica del ecosistema marino con el terrestre objeto de protección.

Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional hasta la fecha tuvo en cuenta, como criterio determinante de las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre los espacios naturales marinos, el ámbito territorial que definía entonces el art 2 EAC, aprobado en la reforma del Estatuto de Autonomía de 1996, que no comprendía las aguas marinas. Este criterio ya no resulta de aplicación después de la nueva delimitación espacial que recoge el art 4 EAC, tras la reforma de 2018, que se refiere al archipiélago canario, integrado por el mar y siete islas con administración propia, la Graciosa y los islotes, además de especificar claramente que el ejercicio de competencias estatales o autonómicas sobre las aguas canarias y, en su caso, sobre los restantes espacios marítimos que rodean a Canarias, se realizará teniendo en cuenta la distribución material de competencias

establecidas constitucional y estatutariamente tanto para dichos espacios como para los terrestres.

Será al hilo de las observaciones al articulado del PL cuando señalaremos aquellos preceptos que no ajustan su contenido a esta nueva realidad estatutaria sobre el ejercicio competencial en los espacios marítimos.

2. Observaciones a la Exposición de Motivos.

Como ya señalamos al abordar la parte competencial, la Exposición de Motivos (en el apartado III) reproduce el art. 153 EAC aunque solamente en parte y, además, prescinde de toda referencia a los restantes títulos competenciales que igualmente convergen en el ejercicio de esta iniciativa legislativa. Por tanto, en la Exposición de Motivos deberá completarse el ámbito competencial en los términos señalados en el Fundamento IV del presente dictamen (Directriz decimonovena.3 del Decreto 15/2016).

Además, en concordancia con lo expuesto en el citado Fundamento IV, se hace imprescindible incluir en la Exposición de Motivos la nueva realidad jurídica sobre el ejercicio de las competencias estatutarias por parte de la Comunidad Autónoma tanto en los espacios terrestres como marítimos delimitados en el art. 4 EAC.

3. Observaciones al articulado.

Artículo 2.

El apartado a) indica que el objeto de la Ley es *“el establecimiento del régimen jurídico general para la protección, conservación y restauración del patrimonio natural de Canarias; y específicamente de los hábitats, poblaciones y especies silvestres nativas de la biodiversidad de Canarias, incluyendo el medio marino, de acuerdo con las competencias sobre biodiversidad marina establecidas en la normativa estatal básica”*.

Como hemos adelantado tanto en el Fundamento IV como en las observaciones generales, la normativa estatal básica sobre biodiversidad marina (tanto la Ley 42/2007, de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, como la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino) es anterior a la última reforma del EAC y sus determinaciones en esta materia han sido superadas por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de

noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, como explicaremos con más detenimiento más adelante, entrando en contradicción con lo dispuesto estatutariamente, en algunos casos. Por tanto, en relación con el último inciso (*“de acuerdo con las competencias sobre biodiversidad marina establecidas en la normativa estatal básica”*), dada la singularidad de Canarias incluida en el EAC sobre esta materia tras la citada reforma de 2018, en todo caso deberá garantizarse la prioritaria aplicación de la normativa estatutaria, habida cuenta de su superioridad normativa, añadiéndose que la aplicación de la normativa estatal básica sobre biodiversidad marina debe efectuarse sin perjuicio de lo establecido en el EAC. En caso contrario, debe repararse este inciso, en su redacción actual, por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias, tal y como desarrollaremos al hilo de las observaciones al art. 4 PL.

Artículo 3. Definiciones

Apartado 1.

Se mezclan en este precepto del PL conceptos copiados de la legislación estatal básica contenidos en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad –en algunos casos, incluso, alterando la definición básica-, con conceptos propios creados en el PL. Esta técnica legislativa es incorrecta, como ya ha dictaminado este Consejo en repetidas ocasiones, porque no puede el legislador autonómico por la vía de la repetición de leyes invadir la competencia estatal básica, sin los requisitos que para su admisibilidad ha señalado el Tribunal Constitucional en su doctrina sobre las *leges repetitae*, reproducida en las observaciones generales y a la cual nos remitimos.

No se justifica por qué razón en unos supuestos se reiteran definiciones contenidas en la ley básica -con alteraciones en algunos casos- y en otros no se reitera la definición de conceptos que también están incluidos en el PL y en la legislación básica, toda vez que, además, en el apartado 2 de este art. 3 PL, se efectúa una remisión a las definiciones contenidas en la legislación básica en los siguientes términos: *“los conceptos no recogidos expresamente en el apartado anterior y que traen causa de la legislación básica estatal, se entenderán con el significado y alcance delimitados por esa normativa”*.

Es el caso, entre otros, en el apartado 1 de este precepto de las definiciones contenidas de *“especie exótica invasora”*, *“especie autóctona”*, *“hábitat natural”*, *“introducción”*, *“medio marino”*, *“recursos naturales”*, *“recurso zoogenético para la agricultura y la alimentación”*, o

“taxón”, que ya están definidas en el art. 3, apartados 13, 11, 20, 22 bis, 39, 30, 29 bis, o 33, respectivamente, de la Ley 42/2007.

Debe recordarse que los conceptos que recoge el PL que son reproducción de la legislación básica no hacen perder fuerza normativa a ésta, y, por tanto, siempre y en todo caso se aplican en la Comunidad Autónoma de Canarias con el alcance y significado delimitado por la legislación estatal básica, pues de otro modo se estaría invadiendo las competencias del Estado.

En consecuencia, debe repararse este art.3.1 PL por invadir la competencia básica estatal, debiendo suprimirse los conceptos que derivan de tal legislación básica y remitirse a ella, o bien repetirlos pero sin alterarlos, si se considera que fueran imprescindibles para el correcto entendimiento de la norma.

Apartado 3.

En relación con la contaminación lumínica el precepto recoge una serie de conceptos que, en principio, por su carácter genérico no contradicen la normativa básica. No obstante, debe tenerse en cuenta el Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior y sus Instrucciones técnicas complementarias EA-01 a EA-07, que es norma básica según su Disposición final primera, dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.13.ª y 25.ª de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre bases del régimen minero y energético, respectivamente.

Este Reglamento ha de aplicarse a todas las instalaciones de alumbrado exterior señaladas en el art. 2 del mismo, por lo que, aun cuando las definiciones de este art. 3.3 PL se realizan a los efectos de la regulación contenida en el Título VIII PL, de la protección de la biodiversidad frente a la contaminación lumínica, como quiera que alguna de ellas está también contenida en el art. 3 del citado Reglamento, y también es objeto del mismo limitar el resplandor luminoso nocturno o contaminación luminosa, la definición contenida en el PL no debe diferir de la establecida en la normativa básica. Es el caso de las definiciones de “*flujo luminoso*” y “*flujo de hemisferio superior instalado*”, contenidas en este art. 3.3 PL, que también están contenidas en el art. 3, apartados 3 y 4 del Reglamento básico.

En consecuencia, debe hacerse una remisión, en los conceptos indicados, a esta norma básica o a la que, en su caso, la sustituya.

Artículo 4. Ámbito territorial.

El apartado 1 dispone que la presente ley será de aplicación a todo el patrimonio natural de Canarias presente en el ámbito terrestre y marino del archipiélago canario, tanto en el suelo como en el vuelo y subsuelo, *sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación estatal básica*.

El apartado 2, por su parte, establece que el ejercicio de las competencias autonómicas sobre las aguas canarias y, en su caso, sobre los restantes espacios marítimos que circundan las islas se realizará teniendo en cuenta la distribución de competencias establecidas en la Constitución y en la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias y en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, o norma que le suceda.

Nótese que este apartado 2 es muy similar al contenido en el art. 4.3 EAC, con la diferencia que en el PL se añade la referencia expresa a la ley básica en materia de biodiversidad.

Resulta evidente que el ámbito territorial de aplicación del PL no puede diferir del ámbito territorial o espacial de ejercicio de competencias por la Comunidad Autónoma de Canarias contenido en el art. 4 EAC.

En la medida que en el art. 4 EAC no se hace referencia alguna a la legislación básica del Estado, ya de entrada tampoco procede efectuar esta mención en este precepto del PL, en tanto que el orden de distribución de competencias se determina por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Las competencias asumidas por una Comunidad Autónoma y la delimitación del territorio o ámbito espacial sobre el que ejercer esas competencias, son materias indisponibles para la legislación ordinaria, sea estatal o autonómica, pues ambos asuntos la Constitución los reserva al contenido obligatorio de los Estatutos de Autonomía, a tenor de lo previsto en el art. 147.2 b) y d) de la Constitución.

Sucede además que en la legislación básica se condiciona o limita, con carácter general, el ejercicio de las competencias a las Comunidades Autónomas en el medio marino, atribuyéndose la competencia al Estado, sin tener en cuenta las singularidades introducidas en el EAC tras la reforma de 2018.

El art. 153.1.d) EAC dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación estatal en materia de medio ambiente, lo que incluye en todo caso:

«d) La regulación de los recursos naturales, de la flora y la fauna, de la biodiversidad, del medio ambiente marino y acuático si no tienen por finalidad la preservación de los recursos pesqueros marítimos».

Es decir, la única limitación sobre el ejercicio de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución relativa a la regulación de los recursos naturales, la flora y la fauna, de la biodiversidad, y del medio ambiente marino y acuático, en cuanto a la Comunidad Autónoma de Canarias, se refiere a la preservación de los recursos pesqueros marítimos.

Como decíamos en el Fundamento IV.3 de este dictamen, referido a la parte competencial, continuando con lo ya mencionado en nuestro Dictamen 293/2022, de 14 de julio, la consecuencia de la singularidad contenida en el art. 4 EAC, siguiendo la jurisprudencia mantenida en la STC 25/2014, de 13 de febrero, es que las competencias autonómicas pueden ejercerse sobre las aguas canarias, mar territorial y zona económica exclusiva, que integran y rodean el archipiélago, superándose, en el caso de Canarias, en materia de medio ambiente -y más concretamente, en materia de biodiversidad marina-, el criterio mantenido en la legislación básica (art. 6, apartados 1 y 4, y art. 37.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad) y en la jurisprudencia constitucional anterior (entre otras, SSTC 87/2013, de 11 de abril -FJ 6-, y 99/2013, de 23 de abril -FFJJ 4 y 8-) de que las Comunidades Autónomas sólo pueden ejercer sus competencias en los espacios, hábitats o áreas críticas situadas en el medio marino, cuando exista “continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección”, atribuyéndose al Estado el ejercicio de las funciones que señala la ley básica con respecto a todas las especies, espacios, hábitats o áreas críticas situadas en el medio marino, incluida la declaración y la gestión de los Espacios Naturales Protegidos situados en dicho ámbito.

Por consiguiente, en caso de existir alguna contradicción entre la legislación básica anterior y la delimitación competencial efectuada en el EAC, tras su reforma operada por la

Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, debe prevalecer esta última, pues los títulos atributivos de competencias lo constituyen los arts. 148 y 149 CE, los Estatutos de Autonomía, y, excepcionalmente, las leyes estatales de transferencias o delegaciones en favor de las CCAA, por lo que ni el Estado, ni las CCAA, pueden apoyarse en otras previsiones constitucionales o simplemente legales para atribuirse determinada competencia, como muy tempranamente fue advertido por el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 58/1982, de 27 de julio, 227/1988, de 29 de noviembre, y 149/1991, de 4 de julio, a propósito del artículo 132.2 y 3 de la CE).

Por tanto, queda claro que la legislación ordinaria -sea básica o no, estatal o autonómica- no puede servir para atribuir determinada competencia al Estado o a una Comunidad Autónoma, por lo que habrá de estarse, en este caso, a lo establecido en la CE y en el EAC, esto es al Bloque de la Constitucionalidad. Dicho en otras palabras, una ley -por muy básica que sea- no puede desatender las prescripciones de la Constitución o de un Estatuto de Autonomía.

Como la normativa básica -en este caso, los citados arts. 6, apartados 1 y 4, y 37.2 de la Ley 42/2007-, contradicen lo establecido en los arts. 4, 153.1 d) y 154.1 EAC, deben repararse los incisos finales de los apartados 1 y 2 del art. 4 PL por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias. El apartado 1 ha de garantizar la prioritaria aplicación de la norma estatutaria. Y del apartado 2 procede excluir la referencia a la Ley 42/2007 como norma distributiva de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En todo caso, en cuanto a los espacios naturales protegidos, no debe olvidarse que el art. 154.1 EAC dispone claramente que *“corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva en materia de espacios naturales protegidos en el ámbito espacial de Canarias”*, añadiéndose, en el apartado 2 de este precepto, determinadas especificaciones respecto a la declaración y delimitación de los Parques Nacionales en Canarias.

A pesar de esta competencia exclusiva de la CAC en materia de espacios naturales protegidos, que obviamente incluye los del ámbito marítimo -a los que se refiere el PL, entre otros, en sus arts. 68 y 155-, existe también una legislación básica sobre protección del medio marino (Ley 41/2010 de 29 de diciembre, de protección del medio marino -art.27- y Real Decreto 363/2017, de 8 de abril, por el que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo -art.7-), dictada al amparo del art. 149.1.23ª CE, que sólo permite a las

Comunidades Autónomas la declaración y gestión de Áreas Marítimas Protegidas (AMP) cuando exista continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural protegido terrestre, reservándose el Estado tal declaración y gestión cuando no exista tal continuidad, así como reserva al Estado la aprobación de los Planes de Ordenación del Espacio Marítimo mediante Real Decreto en Consejo de Ministros. Por esta razón, resulta palmario que la aplicación de esta normativa básica impediría a la Comunidad Autónoma de Canarias ejercer su competencia exclusiva en materia de espacios naturales protegidos en el medio marino (su ordenación, su declaración y su gestión), salvo cuando exista continuidad ecológica con el espacio natural terrestre, lo que también supone una antinomia con el EAC (arts. 4 y 154.1), en cuyo caso debe prevalecer este último.

Artículo 6. Deberes de las Administraciones Públicas en relación con la biodiversidad.

En el apartado h) se utiliza el concepto de servicio ecosistémico sin definir qué se entiende por ello.

Artículo 8. Dominio público de los recursos genéticos.

Este artículo señala que los recursos genéticos, así como su composición bioquímica, de los endemismos macaronésicos presentes en Canarias, con exclusión de los supuestos en que la competencia le corresponde a la Administración General del Estado y de aquellos casos en que ya existen patentes registradas sobre esos recursos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, son bienes de dominio público reservados a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuya bioprospección y aprovechamiento, in situ y ex situ, se ajustará a la regulación de acceso a los recursos genéticos recogida en la legislación básica del Estado, a lo dispuesto en la propia ley y su reglamento de desarrollo.

La incorporación de un bien al dominio público implica dotarlo de los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad y su afectación a un uso o servicio público, quedando excluido del comercio de los hombres.

Señala el artículo 5 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), que son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales.

El art 6 de la referida ley señala los principios relativos a los bienes de dominio público que son:

- a) Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad.*
- b) Adecuación y suficiencia de los bienes para servir al uso general o al servicio público a que estén destinados.*
- c) Aplicación efectiva al uso general o al servicio público, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas.*
- d) Dedicación preferente al uso común frente a su uso privativo.*
- e) Ejercicio diligente de las prerrogativas que la presente ley u otras especiales otorguen a las Administraciones públicas, garantizando su conservación e integridad.*
- f) Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.*
- g) Cooperación y colaboración entre las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias sobre el dominio público.*

El artículo 24 de la LPAP se refiere a las adquisiciones derivadas del ejercicio de la potestad expropiatoria señalando que las adquisiciones que se produzcan en ejercicio de la potestad de expropiación se regirán por la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (LEF), y por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones u otras normas especiales, en cuyo art 24 y ss. se determina el justo precio (esta última Ley ha sido derogada y sustituida por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley del Suelo y Rehabilitación Urbana).

El artículo 124 LEF (al igual que el art. 33.3 CE) dispone que nadie podrá ser expropiado, sino por causas de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes.

Asimismo el artículo 125 LEF establece que siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupe o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y

recobrar, para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida.

En definitiva, la demanialización de una categoría de bienes se puede realizar por ley si existe una causa de utilidad pública o interés social, pero si existe una titularidad privada preexistente, no podrá dejar de indemnizarse por exigencia del art 33.3 de la CE.

Por otra parte, la demanialización de categorías completas de bienes podría afectar al derecho de propiedad y por ello ser parte de la legislación civil competencia del Estado, en virtud del art 149.1.8ª de la CE.

Debe tenerse en cuenta que existen formas de compatibilizar el interés público o privado, como es la regulación de la propiedad subordinada a la función social de acuerdo con el art 33 de la CE, respetando las titularidades preexistentes. Si se opta por la medida más restrictiva de derechos, privando a los particulares de sus bienes o derechos, debería justificarse en la Exposición de Motivos su necesidad, de acuerdo con lo señalado en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Este precepto señala que las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo, deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos.

Sobre este particular aspecto debemos remitirnos a lo señalado en nuestro Dictamen 31/2003, de 20 de febrero, sobre el Anteproyecto de Ley de Biodiversidad de Canarias, en el que señalamos sobre un precepto similar:

<<1. Art. 4: Este precepto declara bienes de dominio público reservados a la Administración de la Comunidad Autónoma los recursos genéticos, incluidos los bioquímicos, de los endemismos canarios y las razas y cultivos autóctonos.

Definir clases enteras de bienes de la naturaleza como "res extra commercium" podría ser considerada una definición en negativo del derecho de propiedad que corresponde a la competencia exclusiva estatal sobre Derecho Civil y regulación de las condiciones básicas del derecho fundamental de propiedad (art. 149.1.1ª y 8ª de la Constitución en relación con el art. 33 de la misma).

En estos términos, ha de indicarse, se pronuncia al menos el Tribunal Constitucional y ésta es la razón que está en la base de estas afirmaciones del Fundamento jurídico 14 de la STC 227/1988, de 29 de noviembre: El art. 132.2 de la Constitución abarca categorías de bienes definidos según sus características naturales homogéneas. En la opinión del Tribunal Constitucional, por tanto, la demanialización de categorías completas de bienes formados por la naturaleza sólo puede ser dispuesta, según el art. 132.2 de la Constitución, por Ley estatal.

Esto no obstante, ha de tenerse presente que, de acuerdo con la propia jurisprudencia constitucional antes indicada, no cabe considerar el dominio público una mera relación de propiedad (con carácter general, no cabe disponer de dicho dominio por su titular y, en no pocas ocasiones, ni siquiera otorga a éste su utilización o aprovechamiento: el uso y la disposición, notas características del derecho de propiedad, muchas veces están excluidas así pues en el ámbito del dominio público), sino que al contrario va ganando reconocimiento la doctrina que considera aquél una técnica de intervención para el cumplimiento de los más variados fines, por supuesto, siempre de interés público. Dentro de tales fines, podría situarse el pretendido por el PL que no es sino la protección de la biodiversidad del modo dispuesto, con la importante limitación de que la declaración demanial se limita a los recursos genéticos o bioquímicos de los endemismos canarios y las razas y cultivos autóctonos.

Precisado el alcance en los términos expuestos, el fin pretendido podría alcanzarse de igual modo a partir de otras técnicas de intervención como la de la reserva prevista por el art. 128.2 de la Constitución (si bien de bienes o recursos esenciales de la colectividad, lo que habría que argumentar con fundamento suficiente), que posee asimismo amparo específico estatutario (art. 32.8) o incluso con base al ejercicio de la técnica de la delimitación de la propiedad que el art. 33.2 de la Constitución reconoce tanto al legislador estatal como al autonómico, cada uno en el marco de sus respectivas competencias, de acuerdo con la función social que cumple aquélla y que, llegado el caso, puede determinar su sacrificio o privación por causa de utilidad pública o interés social, en los términos asimismo reconocidos por el art. 33.3 de la Norma Fundamental.

En suma, procede recordar a este respecto que el Tribunal Constitucional mantuvo en su STC 14/1998 la constitucionalidad plena de las medidas limitativas enjuiciadas a la sazón en materia de recursos y aprovechamientos cinegéticos, sobre la base de que no invaden la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil las medidas de protección medioambiental destinadas a defender mediante la garantía de una limitación legal la preservación de las especies naturales, que es justamente el fin pretendido en este PL si bien en relación a distinto objeto: garantizar la genética y bioquímica de los endemismos canarios, así como las razas y cultivos autóctonos, evitando la modificación sin control de la genética o bioquímica de los organismos vivos, legítimo propósito que sin necesidad de acudir al dominio público puede alcanzarse a través de pluralidad de técnicas dispuestas por el ordenamiento jurídico, como el Tribunal Constitucional se cuida de señalar en su resolución antes mencionada (STC 14/1998).>>

Artículo 9. Deberes de las personas en materia de biodiversidad y de los recursos naturales.

Apartado 1.

Atribuye, además de al personal de la Administración, a empresas contratadas por la Administración Pública funciones que implican ejercicio de autoridad o ejercicio de potestades públicas, como es la entrada en terrenos o explotaciones en que se localice biodiversidad, especialmente la protegida o exótica invasora, en contra de lo que señala en el art 9.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que las reserva a funcionarios públicos, en la medida en que pueden restringir derechos fundamentales o hacer uso de facultades de poder.

En todo caso, la entrada en lugares cerrados, especialmente aquellos que constituyan domicilio del morador, requiere el consentimiento del titular y en su defecto, autorización judicial, de acuerdo con el art 18 de la CE, al ser la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio derechos fundamentales. Asimismo, se podría estar limitando en el PL la libertad de empresa prevista en el art 38 de la CE, que es un derecho, si bien no fundamental.

Igual que señalamos en el comentario al artículo 8 del PL, existen medios menos restrictivos de la libertad individual para la persecución de estos fines, por lo que imponer estas obligaciones de manera generalizada requiere de exhaustiva motivación en la Exposición de Motivos, porque se afecta de manera importante a los derechos fundamentales. Por tanto, para evitar la vulneración de derechos fundamentales deberán establecerse derechos y obligaciones claros y detallados en la Ley, imponiendo deberes que los destinatarios mismos puedan cumplir, por sí o a través de terceros especialistas en la materia, sin necesidad de establecer por ley de forma generalizada la entrada de personal de las Administraciones de manera genérica en cualquier lugar de propiedad privada en que se localice biodiversidad o especies exóticas, que puede ser prácticamente cualquier vivienda que tenga un jardín. La medida resulta innecesaria y desproporcionada, y, en todo caso, no motivada.

Apartado 2.

El apartado segundo impone un deber genérico de facilitar la entrada en todo tipo de terrenos de propiedad privada para posibilitar el ejercicio de la actividad inspectora, debiendo reiterarse lo anteriormente señalado en relación con el apartado 1.

Artículo 12. Custodia del territorio.

Apartado 2.

Deberá recogerse quiénes pueden ser entidades de custodia, si han de ser entidades públicas o privadas.

En el segundo párrafo de este apartado se establece que los acuerdos de gestión podrán tener una duración de hasta diez años, prorrogables por el mismo periodo acordado, frente a la regla general de cuatro años prevista en el art. 49 h) y Disposición adicional octava de la LRJSP. Al ser una duración muy amplia, deberán quedar claramente determinados los motivos de terminación o resolución para el caso de incumplimiento, en la medida en que se recogen compromisos a largo plazo. En todo caso, de no preverse la duración se aplicaría automáticamente el plazo de cuatro años previsto en la Disposición adicional octava de la LRJSP.

Apartado 3.

Se señala que es requisito previo para poder acceder a los beneficios, exenciones, bonificaciones, ayudas o subvenciones recogidas en la Ley la inscripción de la entidad de custodia solicitante en el Registro de Custodia del Territorio. En este caso deberá aclararse si la inscripción es declarativa o constitutiva, a efectos de tener por constituida la entidad de custodia y al objeto de que desplieguen efectos los acuerdos o contratos que se celebren.

En este sentido, no debe olvidarse que conforme al art. 48.8 LRJSP, cuando se trate de un convenio celebrado con la Administración estatal, organismo o entidad dependiente de la misma, la inscripción en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal, es constitutiva y, además, debe ser publicado en el BOE para que sea eficaz.

Artículo 13. Distribución de competencias entre las Administraciones Públicas Canarias.

Apartado 1.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), en su art. 25.2 b), atribuye a los municipios competencia propia sobre medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas. De igual forma, el art. 11 j) de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias (LMC), establece que los municipios canarios asumirán, en todo caso, las competencias que les asignen como propias las leyes sectoriales de la Comunidad Autónoma de Canarias, entre otras, en materia de medio ambiente. Finalmente, la Disposición adicional segunda de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que tiene carácter básico, dispone que las entidades locales, en el ámbito de sus competencias y en el marco de lo establecido en la legislación estatal y autonómica, podrán establecer medidas normativas o administrativas adicionales de conservación del patrimonio natural y la biodiversidad.

Si en este primer apartado se pretende atribuir competencias de protección y uso sostenible de la biodiversidad, además de a las demás Administraciones Públicas Canarias, a los municipios canarios, deberá respetarse lo establecido en el art. 25.3, 4 y 5 LRBRL, que señala lo siguiente:

«3. Las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo se determinarán por Ley debiendo evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera.

4. La Ley a que se refiere el apartado anterior deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad. La Ley debe prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas.

Los proyectos de leyes estatales se acompañarán de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se acrediten los criterios antes señalados.

5. La Ley determinará la competencia municipal propia de que se trate, garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública».

En el mismo sentido, deberá respetarse lo establecido en el art. 9 LMC:

«En aplicación del principio de suficiencia financiera, las nuevas competencias que las leyes canarias atribuyan como propias a los municipios y que supongan cargas económicas adicionales para

estos, llevarán aparejadas los correspondientes traspasos de recursos y medios de la comunidad autónoma.

Asimismo, con igual finalidad, se tendrá en cuenta el principio constitucional de equilibrio presupuestario estructural».

Si, por el contrario, se pretendieran delegar competencias de la Comunidad Autónoma a los municipios -que no parece ser el caso-, deberán respetarse los requisitos señalados en el art. 27 LRBRL.

Artículo 14. Competencias de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Apartado 1.

La letra g) incide, una vez más, en las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre el medio marino ya señaladas con anterioridad. En relación con esto, la letra f) de este apartado dispone que compete a la Administración Pública de la CAC *“La elaboración y aprobación de las Directrices Generales de Biodiversidad, las estrategias de recuperación y conservación de especies amenazadas, las estrategias de erradicación o control de especies exóticas invasoras, las estrategias de conservación y restauración de hábitats catalogados y los criterios de gestión de biodiversidad y recursos naturales”*. En consecuencia, la elaboración y aprobación de las medidas de conservación y de espacios protegidos y especies catalogadas, de restauración de hábitats catalogados y de erradicación o control de especies exóticas invasoras, en el medio marino, le corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, siempre y cuando no tengan por finalidad la preservación de los recursos pesqueros marítimos, única excepción establecida en el art. 153.1 d) EAC en la regulación de los recursos naturales, de la flora y la fauna, de la biodiversidad, del medio ambiente marino y acuático. En todo caso, deberá respetarse la legislación básica del Estado en las concretas medidas de conservación de espacios protegidos y especies catalogadas en el ámbito marino, de restauración de hábitats o de erradicación o control de especies exóticas invasoras en dicho ámbito, sin que sea aplicable el criterio de continuidad ecológica del espacio marino con el espacio natural terrestre y sin que dichas medidas agoten la competencia que la Comunidad Autónoma de Canarias pueda ejercer en estos aspectos, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional señalada en el Fundamento IV.2 de este dictamen al abordar la parte competencial (entre otras, STC 53/2017, de 11 de mayo y 101/2005, de 20 de abril).

La letra l) hace referencias a autorizaciones de especies marinas que se localicen en aquellos espacios que tengan reconocida continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección.

Se repara el contenido de esta letra l), debiendo suprimirse el inciso *“que se localicen en aquellos espacios que tengan reconocida la continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección”*, por no ajustarse al orden constitucional de distribución de competencias, de acuerdo con lo ya señalado en el art. 4 PL sobre el criterio utilizado por la legislación básica anterior a la reforma del EAC de 2018.

Esta competencia se encuadra con naturalidad dentro de la competencia de gestión de los espacios naturales protegidos (incluidos los Parques Nacionales, STC 194/2004, de 4 de noviembre y art. 21 de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales), por lo que corresponde a la CAC la concesión de estas autorizaciones.

Insistimos en que para el ejercicio por parte de la CAC de sus competencias en materia de medio ambiente y espacios naturales protegidos en el medio marino, el EAC no lo supedita, en ningún caso, al criterio de la continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección, por lo que para la gestión de los espacios naturales y la regulación de la biodiversidad en los espacios marinos, la CAC puede desarrollar sus competencias, exista o no esa continuidad ecológica con el litoral, dentro de las aguas canarias y de los espacios marítimos que las rodean, en los términos señalados en el art. 4 EAC.

Por otra parte, en el texto se hace referencia a autorizaciones de forma genérica sin decir para qué.

Existe una segunda letra l), con contenido distinto al anterior, lo que deberá corregirse. En esta segunda letra l) se atribuye a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias las autorizaciones de uso en espacio de la Red de Áreas Protegidas de Canarias cuando no tengan un plan aprobado o lo tengan, pero no lo esté ejecutando el Cabildo, previo requerimiento a dicha institución por plazo de tres meses.

La expresión relativa a que el plan “no lo esté ejecutando el Cabildo” es confusa, pues no se sabe si se refiere a un supuesto concreto de inactividad, que la competencia no sea suya, no esté constituido un órgano de gestión, o que la ejecución del plan dependa de la voluntad del Cabildo.

Artículo 15. Competencias de los cabildos insulares.**Apartado 1.**

Letras a) y b): La expresión “el Cabildo lo esté ejecutando” resulta confusa tal y como señalamos en la segunda letra l) del artículo anterior.

Letra c): Se refiere a las autorizaciones de uso de especímenes incluido en el Catálogo de árboles, arboledas y otra flora singular, que se encuentran fuera de ámbitos urbanos y urbanizables. Cuando se habla de autorización de uso, no se sabe si incluye la tala, poda o si el aprovechamiento de los árboles o recogida de frutos está sujeto a autorización. Por otra parte, es preciso señalar quién elabora los catálogos, dotarlos de publicidad y determinar qué elementos determinan su protección.

Artículo 16. Competencias de los Ayuntamientos.

Se reitera lo ya indicado respecto al art. 13.1 PL, relativo a que la atribución de competencias a los Ayuntamientos debe respetar, en todo caso, los requisitos establecidos en el art. 25.3, 4 y 5 LRBRL.

Por otra parte, en el apartado 3º no se especifica qué se entiende por autorización de usos.

Artículo 18. Patronatos insulares de biodiversidad y recursos naturales.**Apartado 2.**

Este apartado establece las funciones de los Patronatos insulares de biodiversidad y recursos naturales. Las funciones previstas en las letras a), b), c), d), e) f) g) y j), se corresponden con las establecidas en el art. 186 de la LSENPC para los Patronatos Insulares de espacios naturales protegidos (cuya rúbrica se modifica a través de la Disposición Final segunda, Tres del PL.).

Constituye una errónea técnica, que perjudica la seguridad jurídica, repetir un mismo precepto en dos textos legales, por lo que deberá, o eliminarse el art. 18 del PL y modificar el art. 186 de la LSENPC, o derogar el art. 186 de la LSENPC.

En la letra i) el término “informar” debería ser utilizado con más precisión, pues no se sabe si debe emitir informe o simplemente procurar información.

Apartado 3.

Este apartado regula la composición de los patronatos insulares. Su contenido es el mismo que el previsto en el art. 187 de la LSENPC, por lo que se reitera el comentario al apartado anterior sobre esta misma ley.

Artículo 19. Administración de espacios naturales y de especies amenazadas.

El contenido del precepto se corresponde con el de los arts. 188, 189 y 190 de la LSENPC, que regula precisamente la administración de los parques naturales y reservas y de los parques rurales, por lo que se reitera el comentario al art. 18 PL.

Artículo 22. Contenido del Inventario del Patrimonio Natural de Canarias.

Apartados 1 y 2

En estos dos apartados se transcriben los “contenidos prioritarios” y “componentes fundamentales” de los Anexos II y III del Real Decreto 556/2011, de 20 de abril, para el desarrollo del Inventario Español del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, que tiene carácter básico y desarrolla la Ley 42/2007. Dichos Anexos, además, pueden modificarse por Orden Ministerial (Disposición final segunda, apartado 2, del R.D. 556/2011).

En la medida en que no se altera la normativa básica y las disposiciones reproducidas completan la norma autonómica para su adecuada comprensión, permitiendo la coordinación, actualización e interoperatividad del Inventario del Patrimonio Natural de Canarias con el Inventario Español de Patrimonio Natural y Biodiversidad, la técnica utilizada se encuadra dentro de las excepciones previstas en la jurisprudencia constitucional sobre las *leges repetitae*.

Apartado 7

El segundo párrafo del apartado 7 remite a reglamento las condiciones de acceso a las colecciones científicas particulares de personas investigadoras y del público interesado. Las limitaciones de derechos comprendidos dentro del capítulo I y II de la CE quedan reservados a la ley (art 53.1 CE). Por otra parte, las medidas que restrinjan derechos deben motivar el principio de necesidad y proporcionalidad (art 4 de la LRJSP), elegir la medida menos restrictiva de derechos y prever una indemnización cuando se realice privación de derechos o sacrificios desproporcionados en su ejercicio que superen el estándar marcado por los usos sociales imperantes, que determinen la función social de la propiedad, conforme al art 33 de la CE.

Sobre esta última cuestión, procede citar nuestro Dictamen 367/2022, de 6 de octubre, en lo referente al contenido esencial del derecho de propiedad y las limitaciones que se pueden imponer por ley a la propiedad derivada de su función social, al cual nos remitimos para evitar reiteraciones.

Artículo 25. Sistema de Seguimiento del patrimonio natural.

En el apartado 2, se crea un sistema de personas ojeadoras para nutrir las bases de datos que constituyen la plataforma del Banco del Inventario Natural de Canarias (BIOCAN), como apoyo al Banco de Datos de Biodiversidad de Canarias (BIOTA).

Conforme al art 4 de la LRJSP las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias deben elegir las medidas menos restrictivas de derechos, y justificar el principio de necesidad y proporcionalidad.

Por tanto, si las personas ojeadoras en sus rastreos constantes y sistemáticos precisaran la entrada en el domicilio de particulares y no se obtiene su consentimiento, deberán obtener la necesaria autorización judicial, conforme a lo dispuesto en el art. 18.2 CE.

Por otra parte, no se concretan en este precepto los deberes que se imponen a los particulares en relación con la actividad de las personas ojeadoras, ni tampoco se remite a regulación reglamentaria la actividad de estas últimas.

Artículo 26. Banco de Datos de Biodiversidad de Canarias.

Apartado 2.

Se atribuye al órgano competente en materia de biodiversidad la actualización de la información referente a todas las especies silvestres, marinas y terrestres de Canarias, con independencia de quien sea competente.

Sobre esta cuestión, falta en el precepto la concreta fórmula de coordinación para que la base de datos canaria sea compatible y pueda coordinarse con el Estado, posibilitando que la información pueda ser accesible, homogénea y compartirse y España pueda cumplir sus compromisos Internacionales.

Artículo 46. Principios fundamentales.

Apartado 3.

Se crea una tasa por suministro de información ambiental de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, que se remite a un desarrollo por Orden Departamental.

Conforme a los arts. 31.3 y 133.1 y 2 CE y 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) -aplicable a todas las Administraciones tributarias, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 149.1.1.^a, 8.^a, 14.^a y 18.^a CE, según dispone el art. 1.1 de la propia LGT-, existe una reserva de ley en materia tributaria. Siendo una tasa un tipo de tributo (art. 2.2 LGT), está sometida a la reserva de ley en materia tributaria que configura el art. 8 LGT.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha acotado el contenido de esta reserva de ley a los “elementos esenciales del tributo”, sin descartar la colaboración del reglamento a la hora de configurar el tributo. En este sentido, entre otras, la STC 185/1995, de 14 de diciembre, (FJ 5), con cita de otras muchas, ha manifestado lo siguiente;

<<Este Tribunal ha dicho ya que la reserva de ley en materia tributaria exige que «la creación ex novo de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo» debe llevarse a cabo mediante una ley (SSTC 37/1981, 6/1983, 179/1985. 19/1987). También hemos advertido que se trata de una reserva relativa en la que, aunque los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley, resulta admisible la colaboración del reglamento, siempre que «sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley» y siempre que la colaboración se produzca «en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad» (entre otras, SSTC 37/1981, 6/1983, 791/1985, 601/1986, 191/1987, 991/1987). El alcance de la colaboración estará en función de la diversa

naturaleza de las figuras jurídico-tributarias y de los distintos elementos de las mismas (SSTC 37/1981 y 19/1987)>>.

En definitiva, la reserva de ley en materia tributaria en este caso ha de referirse a los elementos esenciales del tributo que son los referidos en el art. 7 del Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en materia de tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/1994, de 29 de julio, que se remite a los determinados en el capítulo II del Título I del mismo texto refundido, esto es, el hecho imponible, aplicación territorial, devengo, sujetos pasivos, responsables, exenciones y bonificaciones, elementos cuantitativos de las tasas y memoria económica-financiera.

En la Disposición final tercera PL se introduce una modificación en el citado Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en materia de tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, en la que se dice que se crea la tasa y se regulan los elementos esenciales de la nueva tasa creada. No obstante, no se puede crear la tasa en este precepto (que es la ley sustantiva de creación que ha de aprobar el Parlamento de Canarias - reserva de ley-) y, a la vez, en el nuevo art. 131 *ter* del Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en materia de tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, introducido por la Disposición final tercera PL, por lo que habrá de suprimirse la creación en el citado art. 131 *ter* del Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en materia de tasas y precios públicos introducido por la Disposición final tercera PL.

Artículo 48. Regulación de los instrumentos de ordenación de los recursos naturales.

Se remite a desarrollo reglamentario el contenido y procedimiento para la aprobación de las directrices, estrategias y planes contenidos en el PL.

A este respecto, se observa que deberán respetarse los arts. 17 a 24 de la Ley 42/2007 de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, de carácter básico, especialmente los que se refieren al contenido mínimo que deben tener estos planes.

Conforme al art. 36 de la Ley 42/2007, los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (en adelante PORN) son previos a la declaración de los Espacios Naturales Protegidos. Sólo excepcionalmente no será así cuando existan razones que lo justifiquen que deberán motivarse en la norma. En todo caso, según la legislación básica los PORN deberán tramitarse en el plazo de un año de la declaración del Espacio Natural Protegido.

El incumplimiento del plazo o del contenido mínimo tiene importantes consecuencias en la protección de estos espacios naturales.

Precisamente, en relación con este asunto, debemos hacer referencia a la importante sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2013, a propósito del contenido de los PORN y su aprobación en el plazo de un año desde la declaración del Espacio Natural Protegido y la ineficacia de la Ley que declara el Espacio si el PORN no se aprueba con carácter previo o en el plazo máximo de un año y si no contiene el contenido mínimo necesario. Esta STS, con cita de otras muchas sentencias, se pronuncia en el siguiente sentido:

<<(…).- El artículo 15 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, LCEN, ahora sustituido por el 35 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, LPNB, es un precepto estatal básico, conforme a lo establecido en el artículo 149.1.23 de la Constitución, y contiene un mandato de inseparabilidad que exige ---para la declaración de un espacio como parque o reserva natural--- el que previamente se elabore y apruebe el correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) de la zona y, sólo excepcionalmente, cabe hacer aquella declaración sin la previa aprobación del PORN cuando existan razones que lo justifiquen debidamente expresadas en la norma que los declare, en cuyo caso ha de tramitarse en el plazo de un año, a partir de la declaración de Parque o Reserva, el correspondiente PORN.

Resulta esencial la inseparabilidad de la declaración del Parque con la previa aprobación del PORN, pues así se consigue y garantiza, entre otras cosas ---y debido al procedimiento previsto en esas normas para la aprobación del PORN---, la participación pública previa a su aprobación, toda vez que, como indicaba el artículo 6 de la LCEN de 1989 ---y que ahora mantiene el artículo 21.2 de la LPNB de 2007, prácticamente con la misma redacción---, "el procedimiento de elaboración de los Planes incluirá necesariamente trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados y de las asociaciones que persigan el logro de los principios del artículo 2 de la presente Ley".

Esta Sala y Sección ha abordado las consecuencias del incumplimiento del plazo de un año previsto como excepción a esa regla general, declarando que, en tales supuestos, la consecuencia no puede ser otra que la pérdida de vigencia e inoperancia de la norma declarativa del Parque o Reserva. Así se indica, entre otras, en las SSTS de 6 de mayo de 2003, RC 3727/1997; 21 de octubre de 2003, RC 10867/1998; 28 de junio de 2004, RC 4337/2001; 22 de febrero de 2005, RC 2278/2002; 5 de abril de 2006, RC 373/2003; 11 de noviembre de 2009, RC 4102 / 2005 ; 21 de abril de 2010, RC 882 / 2006 y 18 de mayo de 2012, RC 3904/2008).

También hemos distinguido entre diversos supuestos: (1) cuando la declaración se efectúa por la Administración, en cuyo caso el incumplimiento es determinante de su nulidad, y (2) cuando se realiza por Ley (artículo 18.1 de la LCEN, en que pierde su eficacia con todas las consecuencias jurídicas derivadas de ello, la cual se recupera cuando se aprueba el correspondiente PORN, siempre que perduren o permanezcan las razones por las que mediante dicha Ley se declaró la zona parque o reserva SSTS de 5 de abril de 2006, RC 373/2003 y 11 de noviembre de 2009, RC 4102/2005)(…)>>.

Continúa la referida sentencia citando la STS de 5 de abril de 2006, cuyos Fundamentos Jurídicos 2º al 6º hace suyos, en los que, en el caso de que la declaración de un espacio natural protegido se efectúe por una Ley, la consecuencia de la no aprobación del PORN en el plazo de un año no es la inconstitucionalidad, sino la pérdida de eficacia de tal declaración, en los siguientes términos:

<<(…) debemos señalar que, la falta de aprobación del PORN del Parque no podía tener otra consecuencia que la falta de eficacia de las normas que declararon el Parque, pero no, en modo alguno, su inconstitucionalidad; eficacia y vigencia que recobraría con la aprobación, aun posterior y extemporánea, del preceptivo PORN o instrumento equivalente previsto en la legislación autonómica, como es el caso de los Planes Insulares de Ordenación (PIO), como más adelante expondremos con más detalle.

Este efecto, esto es, la pérdida de vigencia ---y la no inconstitucionalidad---, ha sido declarada por el Tribunal Constitucional al inadmitir cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por el incumplimiento del plazo previsto en el artículo 15.2 de la LCEN, señalando que tal incumplimiento " no determina, per se, la inconstitucionalidad de la de la Ley que lo declara, sino que, en su caso, podría repercutir sobre los efectos que tal declaración produce " (AATC 72/2002, de 23 de abril y 238/2002, de 26 de noviembre, que resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Valencia y la Audiencia Provincial de Alicante, respectivamente, contra la Disposición Adicional Tercera de la Ley 11/1994, de 27 de Diciembre, de la Generalitat Valenciana , de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana, que declaró el Parque Natural del Marjal de Pego-Oliva)(...)>>.

Finalmente, la STS de 18 de julio de 2013 de la que nos estamos ocupando, aborda la validez del Plan Rector de Uso y Gestión (PRUG) del Parque Natural de Jandía (Fuerteventura), haciendo referencia al contenido insuficiente del Plan Insular de Ordenación de Fuerteventura (PIOF) como PORN -que no tiene el contenido mínimo necesario de todo PORN-, por lo que anula el referido PRUG, ya que no existe una auténtica integración del PORN del Parque Natural de Jandía en el PIOF.

Por otra parte, el art. 48 constituye uno de los principales ejes vertebradores del PL; así que por su trascendencia requiere la formulación de una serie de observaciones muy importantes.

Ha de advertirse, en efecto, sobre la amplitud de su alcance.

- El art. 48 ordena al Gobierno de Canarias, en primer lugar, la regulación por vía reglamentaria del contenido y procedimiento de aprobación, con carácter general, “de las directrices, estrategias y planes contenidos en esta ley”, y no solo de los instrumentos de ordenación que se regulan en el capítulo I del Título III PL.

Una remisión que resulta excesivamente genérica, no sólo porque desborda el ámbito propio del capítulo del que dicho precepto forma parte, sino porque deja también abiertamente indeterminado el ámbito al que alcanza la encomienda que se efectúa a la vía reglamentaria, dada la profusión a lo largo del PL de toda clase de directrices, estrategias y planes que se contemplan en la misma.

A fin de no comprometer la efectividad del principio constitucional de seguridad jurídica habría sido menester la identificación con mayor precisión del ámbito al que se extiende la remisión reglamentaria.

Además, y todavía respecto del primer párrafo de este artículo, ha de señalarse también que, dada la profusión y variedad de distintos instrumentos que figuran esparcidos a lo largo de la PL, si la habilitación a la vía reglamentaria se ejerce por medio de un texto normativo único, el producto reglamentario resultante podría alcanzar una extensión que lo haría prácticamente inabarcable; y si en cambio da lugar a la aprobación de normas reglamentarias específicas para cada uno de estos instrumentos, o para cada grupo de ellos, la sucesión de reglamentos resultaría también interminable.

En cualquiera de ambos casos resulta innegable su repercusión e impacto sobre el conjunto del ordenamiento autonómico, cuyo entendimiento y manejo a la postre podría complicarse notablemente.

Ha de tenerse presente, en fin, que la encomienda al reglamento, o a los reglamentos, que efectúa este primer párrafo de este art. 48 se extiende no sólo a su procedimiento de aprobación sino también a su contenido, esto es, con carácter general, a (todos) los distintos aspectos formales y sustantivos de “las directrices, estrategias y planes contenidos en la ley”. Aunque algunos de tales aspectos puntualmente son regulados en el PL (incluso en el propio capítulo I: art. 50, 53 y 55), lo que desmiente que la remisión sea “in toto”, en cualquier caso, resulta excesivamente amplia dicha remisión y la tarea que de este modo al reglamento le cumple desarrollar.

- Por lo que hace ya al párrafo segundo del art. 48, el alcance y trascendencia de esta previsión es mayor si cabe, porque establece que son “también instrumentos de ordenación de los recursos naturales” distintos tipos de instrumentos que se regulan: 1) por una parte, en este mismo Título III pero en su capítulo II, esto es, “el planeamiento de las áreas protegidas”;

pero también en otros Títulos de la Ley, así, concretamente, tanto 2) en el Título V, sin que quede excesivamente determinado su alcance (se señala que “las estrategias y planes de erradicación o control de especies exóticas invasoras y de especies asilvestradas”, por tanto, no todos los que figuran en dicho Título, pero sin concretar tampoco cuáles estos sean), como 3) en el Título VII (igualmente, en este caso, sin precisión suficiente acerca de si todos los instrumentos previstos en el mismo, o no más que “los instrumentos de ordenación y gestión de los montes de Canarias” y cuáles éstos sean).

Los problemas que suscita esta cláusula de tan amplia proyección no se limitan con todo a esta cuestión formal, sino que van más lejos, ya que, caracterizados todos estos instrumentos como “instrumentos de ordenación de los recursos naturales” -“también”, cabe suponer de esta expresión, pues, que además de que tienen esta caracterización los establecidos en este capítulo I en el que se incluye el art. 48 y que tiene esta denominación “instrumentos de ordenación de los recursos naturales”, pero no por suponerlo hay que dejar de consignarlo así de manera expresa-, lo cierto es que no aclara este precepto ni cabe deducir del articulado del PL el concreto régimen jurídico y consecuencias que resultan de la indicada caracterización.

Que no se contenga en el PL una previsión suficientemente explícita a este respecto plantea no pocos problemas, en tanto que queda así sin determinar su engarce y encaje con el resto del ordenamiento autonómico y, en particular, con el sistema de planeamiento urbanístico, territorial y de ordenación de los recursos naturales diseñado por la LSENPC.

En ausencia de previsión específica, su alcance podría entenderse que sea el previsto por el art. 19 de la Ley básica 42/2007, cuya trascendencia no puede ignorarse; porque si bien primero este precepto remite los efectos de los planes de ordenación de los recursos naturales a lo que cada uno de ellos establezca, dispone después que el entero sistema planeamiento urbanístico, territorial y de recursos naturales ha de acomodarse a aquéllos y mientras no se adapten, sus determinaciones (las de los planes de ordenación de los recursos naturales) “en todo caso” tendrán carácter prevalente.

Y el panorama se torna aún más complejo y difícil de manejar si se tiene presente que ahora el art. 60 PL, al menos, para el caso de la red de áreas protegidas, somete la tramitación de cualquier plan, programa o proyecto que quiera realizarse sobre la superficie de dichas áreas a la exigencia de un informe preceptivo sobre la evaluación de los efectos que pudieran

ocasionar, mientras no culmine la aprobación de la planificación de dicha área de conformidad a lo establecido por este PL.

A la vista de lo expuesto, procedería aclarar, en consecuencia, el sistema de relaciones, en concreto, con el ordenamiento urbanístico, territorial y de los recursos naturales, de todo este conjunto disperso de planes, estrategias y redes establecido a lo largo del PL. Y, además, el sistema de relaciones que tienen entre sí todo este entramado de distintas figuras que recibe por el PL la denominación de instrumentos de ordenación de los recursos naturales.

La falta de concreción sobre el ámbito al que se extiende la habilitación reglamentaria (primer párrafo) y sobre los instrumentos, planes, redes y estrategias que han de ser tenidos por instrumentos de ordenación de los recursos naturales (segundo párrafo), así como, en este segundo caso, la falta también de precisión suficiente sobre el régimen jurídico que les es de aplicación a tales instrumentos tanto en sus relaciones con el resto del ordenamiento autonómico como entre sí mismos, resulta difícilmente conciliable con las exigencias de claridad y certidumbre que requiere la satisfacción del principio constitucional de seguridad jurídica en su dimensión objetiva (certeza del Derecho), razón por la cual el art. 48, en su redacción actual, deba ser reparado.

Artículo 50. Planes Insulares de Biodiversidad.

Apartado 1.

El párrafo segundo señala que queda excluido el ámbito marino, que se regula en virtud de la distribución competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias establecida *“en la legislación básica estatal”*.

Reiteramos lo ya indicado en el comentario al art. 4 PL, relativo a que los títulos atributivos de competencias lo constituyen los arts. 148 y 149 CE, los Estatutos de Autonomía, y, excepcionalmente, las leyes estatales de transferencias o delegaciones en favor de las CCAA, por lo que ni el Estado, ni las CCAA, pueden apoyarse en otras previsiones constitucionales o simplemente legales para atribuirse determinada competencia, al cual nos remitimos para evitar reiteraciones.

Por tanto, el inciso último de este segundo párrafo debe repararse en los términos ya expuestos en el art.4 PL.

Por otra parte, este precepto, con el inciso indicado, tampoco es coherente con el art 151 del propio PL que atribuye la política marina integrada a la Comunidad Autónoma de Canarias, en el marco de las directrices de la UE y de la Administración General del Estado.

Apartado 3.

Este apartado señala que se podrán incluir en los Planes Insulares de Biodiversidad planes de gestión de los recursos del patrimonio fósil o patrimonio paleontológico.

Deberá determinarse unos criterios o fines específicos para estos Planes en relación con estos recursos para no solaparse con las competencias en materia de patrimonio cultural, tal y como avanzábamos también, respecto a las competencias de ordenación del territorio, en el apartado 1.3 de las observaciones generales.

Apartado 6.

De la lectura de este apartado se deduce que una parte del contenido de los planes insulares de biodiversidad (el descrito por el apartado 1 de este artículo 50) puede “incluirse” en el plan (insular) de ordenación de los recursos naturales, ya se encuentre éste integrado en el Plan Insular de Ordenación ya esté independiente del mismo. Puesto que el PL no aclara la relación jerárquica (o la equivalencia normativa) entre estos planes insulares de biodiversidad y el Plan Insular de Ordenación (o el PORN autónomo), desconocemos la consecuencia de tal inclusión desde el punto de vista del rango normativo resultante de tal incorporación. Tampoco se explica por qué no puede incluirse el contenido de los apartados 2 a 4 de este artículo 50, ni la situación en que quedan después la segregación del contenido del apartado 1. Estas dudas no permiten alcanzar a comprender la finalidad de tal operación, ni tampoco aclaran la relación entre estos planes insulares antes y después de la operación.

Tampoco se explica qué significa “informe DPTTEA”.

Artículo 51. Estrategias de recuperación o conservación de especies amenazadas.

Apartado 1.

Las estrategias de recuperación y conservación de especies amenazadas deberán tener en cuenta los impactos del cambio climático, según el artículo 27.3 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, debiendo hacerse una mención en tal sentido, así como a las previsiones de la Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de cambio climático y transición energética de Canarias, o norma que la sustituya.

Artículo 53. Contenido de los Planes de Recuperación y Conservación de especies amenazadas.

Apartado 1.

Como decíamos con anterioridad, este artículo es incoherente con el art 48 del propio PL que remite al desarrollo reglamentario el contenido y procedimiento para la aprobación de las directrices, estrategias y planes contenidos en este PL.

Artículo 56. Criterios de Gestión de biodiversidad y recursos naturales.

Para la debida claridad deberá delimitarse la diferencia entre los criterios que se señalan en este artículo con las Directrices Generales de Biodiversidad o los Planes Insulares de Biodiversidad, previstos en los arts. 49 y 50 PL.

En esta línea, el PL no aclara debidamente la naturaleza jurídica de estos criterios de gestión y su integración con el resto de instrumentos de ordenación y gestión previstos tanto en el PL como en el resto del ordenamiento jurídico, lo que compromete el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE.

Artículo 57. Planes de ordenación de recursos naturales de un determinado ámbito espacial.

En este artículo se reproduce, con ligeras variaciones, el contenido de varios preceptos básicos estatales: artículo 17.1, primer inciso, 17.4 y 18 de la Ley 42/2007, bastando con una remisión a la misma, por lo que, en la medida que no resulta imprescindible el texto reproducido para el entendimiento de la norma -excepción establecida por la jurisprudencia constitucional- y, además, altera la norma básica, es de aplicación la doctrina sobre las *leges repetitae*. En consecuencia, se repara este artículo por invadir la competencia estatal básica del Estado ex art. 149.1.23ª CE.

Además, debe tenerse en cuenta el contenido de los arts. 84 y 94 LSENPC, en los que se cita también a los PORN, para evitar solapamientos con dicha normativa, así como el nuevo apartado 4 introducido en el art. 94 LSENPC por la Disposición final segunda del PL, con el contenido documental de los PORN no integrados en los PIO. No obstante, no debe perderse de vista la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en la observación del art. 48 PL, así como las observaciones a dicho precepto del PL.

En todo caso, tampoco se alcanza a comprender esta dispersión normativa de la regulación de los PORN entre el presente PL y la LSENPC, definiéndose su concepto y objetivos en el presente PL, mientras que se incluye su contenido documental en la LSENPC -de aquellos PORN no integrados en los PIO-, a lo que hay que añadir el contenido mínimo de los PORN, que tiene carácter básico, y viene establecido en el art. 20 de la Ley 42/2007. Tal dispersión normativa de la regulación de los PORN compromete el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE.

Artículo 59. Coherencia de las áreas protegidas.

En el apartado 1º, el texto vuelve a referirse, en cuanto a las áreas protegidas en el ámbito marino, a que las medidas de coordinación serán acordadas entre el Ministerio con competencia en materia de biodiversidad y la consejería competente en dicha materia, en virtud de la distribución competencial establecida “en la normativa estatal básica”.

Se vuelve a recalcar que el parámetro de distribución de competencias entre el Estado y la CAC no lo establece la legislación estatal básica, tal y como señalamos en el art. 4 PL. Nos remitimos, por tanto, a lo ya comentado en el art. 4 PL y otros preceptos del PL sobre esta cuestión.

En consecuencia, se repara este último inciso –“en la normativa estatal básica”- por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias, por las mismas razones indicadas en el art. 4 PL.

El contenido del apartado 2º es una reproducción, con ligeras alteraciones, de la norma estatal básica contenida en el art. 29.2 de la Ley 42/2007, por lo que bastaría que se efectuara una mera remisión a la normativa básica para los casos de solapamiento en un mismo ámbito territorial. El texto del PL no añade nada a la norma básica y, además, altera su contenido, por

lo que le resulta aplicable la doctrina sobre las *leges repetitae* e invade la competencia básica estatal, por lo que ha de ser reparado.

En el apartado 3º sucede lo mismo. Su contenido es reproducción del art. 29.1 de la Ley 42/2007, sin que sea necesaria la misma porque resulta aplicable directamente la norma básica, haciendo referencia, además, este precepto del PL al contenido de las normas reguladoras de los espacios protegidos -tal y como se configura en la norma básica- y no hace referencia a la coherencia de las áreas protegidas, como parece ser el objetivo de la regulación proyectada, por lo que es innecesario. Por tanto, ha de ser reparado igualmente, en aplicación de la doctrina de las *leges repetitae*, por invadir la competencia estatal básica.

En cuanto al apartado 4º la primera parte del precepto reproduce parcialmente el art. 40.1 de la Ley 42/2007, con algunas alteraciones, y se añade que será aplicable el régimen cautelar y de descalificación de los espacios naturales protegidos recogido en la LSENPC, siendo esta norma de aplicación supletoria sobre todos los aspectos que sobre las áreas naturales protegidas no estén regulados en el PL o en su desarrollo reglamentario. Este último contenido es propio de una disposición final (Directriz Vigésimoséptima.1.c) del Decreto 15/2016).

Artículo 60. Medidas preventivas ante la falta de planificación de un área protegida de Canarias.

Apartado 1.

Nos remitimos a la observación y jurisprudencia citada en el art. 48 PL sobre la pérdida de eficacia de la norma que apruebe un espacio natural protegido por el incumplimiento del plazo en la elaboración del correspondiente PORN o por no respetar este el contenido mínimo establecido en la legislación básica.

Por otra parte, todo espacio natural protegido tiene que cumplir los requisitos del art 28 de la Ley 42/2007, y tener en cuenta los requisitos que para la alteración de su delimitación se recogen en el art 52 de la Ley 42/2007, requisitos que son distintos a los previstos en la Disposición adicional octava LSENPC, que exige una ley, y que son adicionales y no excluyentes. El deslinde y amojonamiento se regula en la Disposición adicional decimotercera de la LSENPC.

Además, la clasificación de los espacios naturales protegidos se contiene en el art 30 de la Ley 42/2007 y 176 de la LSENPC. Este último precepto también regula los requisitos para la declaración de un espacio natural protegido.

Las medidas cautelares de protección se recogen también en el art 116 de la LSENPC.

Finalmente, no se especifican los efectos que pudiera tener el informe a emitir por el Gobierno de Canarias, con carácter previo a la aprobación del plan de un espacio integrante de la Red de Áreas Protegidas de Canarias (RAPC), lo que genera mucha incertidumbre.

Todos los solapamientos y deficiencias señalados dificultan la claridad del ordenamiento jurídico y nos llevan a reiterar las observaciones efectuadas en el art. 48 PL, en tanto en cuanto queda comprometido el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE.

Apartado 3.

La delimitación del órgano gestor de los espacios naturales protegidos en el ámbito marino (Ministerio o Consejería de la CAC competentes) se vuelve a efectuar conforme a la distribución competencial establecida “en la normativa básica estatal”, por lo que se reitera la observación al art. 4 PL, y otros preceptos del PL con la misma terminología.

En consecuencia, se repara este último inciso –“en la normativa estatal básica”- por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias, debiendo sustituirse por la expresión “en la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Canarias”, o similar.

Artículo 62. Red Canaria de Yacimientos Paleontológicos.

Apartado 1.

Para crear una red de yacimientos paleontológicos previamente es preciso determinar los requisitos para la declaración de un yacimiento paleontológico como espacio natural protegido. A este respecto, este precepto deberá coherenciarse con lo previsto en el art. 176 LSENPC para otros tipos de espacios naturales protegidos.

Apartado 2.

Por razones de técnica normativa, deberá mejorarse la redacción de este apartado en el sentido de que el Gobierno de Canarias aprobará las Normas de Conservación de los Yacimientos Paleontológicos declarados Espacios Naturales Protegidos, aplicando a estos instrumentos de protección las normas previstas para los Monumentos Naturales o Sitios de Interés Científico, contenidas en la LSENPC o norma que en su caso la sustituya, o redacción similar.

Artículo 63. Red Canaria de Corredores Ecológicos y la Infraestructura Verde Canaria.

Por razones de seguridad jurídica, se deberá recoger la definición del concepto de “servicio ecosistémico”, pues tal concepto no se encuentra entre las definiciones del art. 3 PL ni de la legislación básica.

Artículo 68. Red de áreas marinas protegidas.

Apartado 1.

En este apartado se establece que la Consejería competente del Gobierno de Canarias declarará, previo estudio que lo avale con la mejor evidencia científica existente, aquellas zonas, hábitats y áreas críticas en el medio marino *“en que exista continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección”*, que se integrarán en la Red de Áreas Marinas Protegidas de Canarias, sin perjuicio de su declaración como espacio natural protegido conforme a la LSENPC, o norma que la sustituya.

Es decir, supedita la protección de estas zonas, hábitats y áreas críticas en el medio marino a la *“continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección”*, siguiendo el criterio mantenido por la legislación básica anterior a la reforma del EAC aprobada por la L.O. 1/2018, de 5 de noviembre, y la jurisprudencia constitucional dictada al hilo del anterior texto estatutario, que desconoce la nueva realidad jurídica introducida en el EAC en 2018. Se reitera, pues, la observación al art. 4 PL, y se repara el citado inciso por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias.

Apartado 2.

Lo mismo sucede en este segundo apartado, en el que se autolimita el Gobierno de Canarias a declarar las Áreas Marinas Protegidas *“en los supuestos en los que exista*

continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección, avalada por la mejor evidencia científica existente". Por tanto, se repara igualmente este apartado, por las mismas razones que el anterior.

Apartado 4.

Se prioriza la declaración de áreas marinas protegidas que contengan fanerógamas, y en particular, las praderas de seadales. El art 10.4 de la Ley 17/2003, de 10 de abril, de Pesca de Canarias, también declara protegidas durante el tiempo de consolidación de sus efectos regeneradores las áreas de instalación de arrecifes artificiales.

Apartado 7

Debe clarificarse si el acrónimo "EMP" se trata de un error, debiendo referirse a las AMP, o si el PL se refiere a otros espacios marinos protegidos.

Artículo 71. Protección de la avifauna y de los murciélagos contra la colisión con aerogeneradores, líneas eléctricas y otras instalaciones o infraestructuras energéticas.

Apartado 3.

Debe tenerse en cuenta que no puede bastar una Orden departamental para modificar, reducir, ampliar o delimitar nuevas zonas de restricción en tanto que puede comprometer derechos particulares en relación con el derecho al medio ambiente, máxime si se trata de restringir derechos como la propiedad o la libertad de empresa en que se exige reserva de ley por la Constitución (arts. 33 y 38, en relación 53.1 CE). Por tanto debe repararse este precepto por este motivo.

Artículo 72. Medidas preventivas, correctoras y compensatorias para la protección de la avifauna y de los murciélagos en los procedimientos de autorización de aerogeneradores, líneas eléctricas y otras instalaciones o infraestructuras energéticas.

Apartado 2.

Este apartado establece la obligatoriedad de disponer de un estudio de campo previo para toda nueva infraestructura de este tipo, que analice las especies y los hábitats protegidos

presentes en el lugar y las posibles repercusiones directas o indirectas que dicha infraestructura pudiera tener sobre los mismos.

Debe observarse que, conforme a lo previsto en el art. 35 de la Ley 21/2013 de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, de carácter básico, estos proyectos se someten a evaluación ambiental. El apartado c) de dicho precepto, incluye, como contenido del estudio, la “identificación, descripción, análisis y, si procede, cuantificación de los posibles efectos significativos directos indirectos, secundarios, acumulativos y sinérgicos del proyecto sobre los siguientes factores: la población, la salud humana, la flora, la fauna, la biodiversidad, la geodiversidad, el suelo, el subsuelo, el aire, el agua, el medio marino, el clima, el cambio climático, el paisaje, los bienes materiales, el patrimonio cultural, y la interacción entre todos los factores mencionados, durante las fases de ejecución, explotación y en su caso durante la demolición o abandono del proyecto.” A su vez, el anexo VI de la Ley detalla de forma pormenorizada estos contenidos.

Para evitar obligaciones redundantes con las ya impuestas por la legislación básica, los estudios de campo a que se refiere el PL, deberán incluirse dentro del estudio de impacto ambiental, lo que le está permitido a la Comunidad Autónoma, al tratarse de medidas adicionales de protección (disposición final octava de la Ley 21/2013).

Artículo 73. Prohibición de captura de fringílicos.

Apartado 2.

La redacción del apartado a) debería mejorarse, en el sentido de que las circunstancias que pueden concurrir para la excepción de la prohibición de captura de fringílicos sea la protección de la salud, la seguridad pública, la seguridad aérea, prevención de perjuicios importantes a los cultivos, protección de la flora, la fauna y perjuicios graves al medio ambiente en general.

Artículo 79. Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial de Canarias.

Apartado 6.

Deberá determinarse con qué periodicidad se evaluará el estado de conservación del taxón o población incluido en el referido listado.

Artículo 80. Prohibiciones para las especies incluidas en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial de Canarias.

Apartados 1 y 2.

Reproduce las prohibiciones de la legislación básica estatal contenidas en el art. 57.1 y 2 de la Ley 42/2007. El art. 56.4 de la citada ley básica habilita a las Comunidades Autónomas a establecer prohibiciones o actuaciones suplementarias. Si se establecen las mismas prohibiciones debería hacerse una remisión a la Legislación estatal. No obstante, dado que no se altera la redacción de la norma estatal básica y que en este artículo se añaden otros preceptos en los apartados 3 y 4 que completan el régimen de estas prohibiciones, resulta justificado, en este caso, la repetición de la normativa estatal para una mejor comprensión de las prohibiciones -limitativas de derechos, por tanto-, pudiendo encuadrarse este caso en las excepciones que permite la jurisprudencia constitucional sobre las *leges repetitae*.

No debe olvidarse que conforme al art 57.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, deberá llevarse un sistema de control de capturas o muertes accidentales para adoptar medidas necesarias.

En todo caso, deberá tenerse en cuenta que la protección que adopte la Comunidad Autónoma puede ser mayor, pero no menor que la prevista en la legislación básica, para el caso de que se produzcan discordancias entre la legislación estatal y canaria.

Artículo 81. Catálogo de Especies Amenazadas de Canarias.

Apartado 5.

Se aplica el régimen de protección de especies amenazadas a especies recién descubiertas y no estudiadas científicamente cuando existan indicios de que están amenazadas.

Nos planteamos cómo se puede determinar si una especie está amenazada si no está estudiada científicamente. En este sentido, sería preciso determinar con qué criterios se

considera amenazada, si no existen suficientes datos y estudios y durante cuánto tiempo se pueden adoptar medidas restrictivas de derechos.

Artículo 83. Catálogo de árboles, arboledas y otra flora singular de Canarias.

Apartado 3.

Este apartado señala que cualquier persona física o jurídica, pública o privada, tiene el deber de proteger los árboles, arboledas y otra flora singular de Canarias y su entorno, así como al conocimiento o disfrute de los mismos, en la forma que se determine reglamentariamente.

Asimismo, las personas propietarias del suelo donde radiquen los ejemplares singulares deben permitir el acceso al personal de la Administración debidamente acreditado para realizar tareas de inspección, seguimiento y conservación.

La Ley debe concretar con más detalle la singularidad, en la medida que implica el establecimiento de obligaciones generales para todas las personas físicas o jurídicas, y especiales para las personas propietarias limitando su derecho de propiedad, ya que además, prácticamente pretende facilitar el acceso público a toda propiedad, ya sea pública o privada, no bastando que se realice mediante una norma de rango reglamentario como se establece. La función social de la propiedad delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes (art.33 de la CE).

Las restricciones que se establezcan deberán ser las estrictamente necesarias para la salvaguarda del interés público eligiendo siempre las medidas menos restrictivas, atendiendo al principio de proporcionalidad y necesidad con la debida motivación (art. 4 LRJSP). Por su parte los arts. 2 b) y 4.4 de la Ley 42/2007, señalan que las medidas que se adopten para el fin de protección y conservación tendrán en cuenta las exigencias económicas, sociales y culturales, así como las particularidades regionales y locales y tenderán al acuerdo con los propietarios. Las medidas coactivas deben ser subsidiarias.

En cuanto a las obligaciones contempladas en el párrafo tercero, no se puede olvidar que según la legislación básica del suelo todos tienen el deber de conservación, por lo que esta obligación no tiene por qué quedar en manos exclusivas de las Administraciones Públicas (art 15 y ss. del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto

refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana) y que en cuanto pueden afectar a propiedades que revisten el carácter de domicilio, siendo la inviolabilidad de los mismos según la CE un derecho fundamental, cuando conlleven la entrada en los mismos no se podrá realizar sin el consentimiento de su titular o autorización judicial (art. 18 CE). En todo caso, en cuanto suponga un sacrificio singular puede conferir derecho a indemnización conforme al artículo 33.3 de la CE.

Por lo demás, en el Dictamen 367/2022, de 6 de octubre, este Organismo se ha referido, con cita de la jurisprudencia constitucional (fundamentalmente la STC 37/1987, de 26 de marzo), al contenido esencial del derecho de propiedad y la función social de la propiedad, - esto es, atendiendo a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir, que pueden determinarse por Ley, con limitaciones justificadas al ejercicio del derecho pero respetando ese contenido esencial-, y al cual nos remitimos para evitar reiteraciones, al igual que ya hicimos en el art. 22.7 PL.

Artículo 84. Criterios de evaluación y procedimientos de aprobación de especies amenazadas, protegidas y singulares.

Apartados 1, 2, 3.

La adopción de las decisiones a que se refieren estos tres apartados (art. 84.1, 2 y 3) en todo caso requiere estar fundamentada en sólidos criterios científicos y a tal efecto requieren la satisfacción de una serie de exigencias mínimas en aras de asegurar la objetividad en la formulación del juicio que corresponde realizar a este respecto. La emisión de dicho juicio ha de corresponder así a un órgano, en todo caso, separado y distinto del órgano de gestión, en primer lugar. Por otra parte, dicho órgano puede ser propio y “ad hoc” (por ejemplo, a modo de un comité) de acuerdo con las competencias de autoorganización de la CAC (art. 104 EAC), pero también materializarse mediante un convenio de colaboración para que lo haga otra entidad. En el primer caso, ha de tratarse de un órgano colegiado de composición predominantemente técnica y suficientemente plural.

Artículo 85. Excepciones a las prohibiciones para las especies incluidas en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial de Canarias.

Apartado 1.

En este apartado se vuelve a hablar de las competencias autonómicas en el ámbito marino “conforme a la normativa estatal básica”.

Nos remitimos a lo ya dicho con anterioridad en el art. 4 y otros muchos del PL sobre este inciso y la distribución de competencias entre el Estado y la CAC.

Se repara, por tanto, este inciso –“conforme a la normativa estatal básica”- por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias, debiendo sustituirse por la expresión “conforme a la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Canarias”, o similar.

Además, este apartado 1, en sus letras a), b), c) d) y e), reproduce, con algunas alteraciones, el contenido de las mismas letras del art. 61.1 de la Ley 42/2007. La única diferencia estriba en la letra f), estableciendo una circunstancia que es más genérica (*“para proteger la flora y fauna silvestre y los hábitats naturales”*) que la establecida en la legislación básica, más concreta y precisa (*“para permitir, en condiciones estrictamente controladas y mediante métodos selectivos, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies no incluidas en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar su conservación”*), y que puede contradecirla al disminuir la excepción a una prohibición, lo que puede suponer una disminución de la protección medioambiental. Por estas razones, resulta aquí aplicable la doctrina de las *leges repetitae*, invadiéndose en este apartado la competencia estatal básica, por lo que también ha de ser reparado este apartado.

En definitiva, la Comunidad Autónoma de Canarias puede establecer un régimen de protección más severo que el de la norma básica, pero no un régimen más laxo.

Artículo 86. Autorizaciones de uso de especies protegidas.

Apartado 1.

Letra i). Deberá establecerse criterios sobre qué se entiende por “grado de presión soportable”.

Letra l) No cabe por vía reglamentaria el incremento de las restricciones que resultan de este precepto. Las limitaciones a las que se subordina el ejercicio de los derechos de los particulares han de tener base legal. De este modo procede interpretar la remisión que hace

este apartado a un futuro reglamento para establecer “otras condiciones” a incluir en la autorización de uso. En definitiva, tales condiciones a lo sumo, si de limitaciones se trata, no pueden tener sino carácter instrumental y estar encaminadas así a concretar y hacer operativas y más explícitas las limitaciones establecidas ya legalmente.

En el segundo párrafo, debe suprimirse la palabra mediante (la que aparece por primera vez en el párrafo, no la segunda).

Artículo 91. Régimen general.

Establece el régimen general de intervención de las Administraciones Públicas de Canarias, en relación con la prevención y control de especies exóticas invasoras.

Apartado 1.

Debe tenerse en cuenta que se deberán respetar las normas básicas pudiendo establecerse para el control de especies exóticas invasoras un régimen de protección mayor que el establecido por el Estado, pero no menor.

Apartado d). En ausencia de una previsión legal específica, el plazo de duración del procedimiento sería de tres meses en la medida que es el previsto con carácter supletorio por la legislación estatal sobre procedimiento administrativo común (art. 21.3 LPACAP). Podrá ser razonable dicho plazo, pero en todo caso al PL le corresponde efectuar la valoración que proceda teniendo presente que puede reducirse dicho plazo y también ampliarse, en este caso, si se rebasan los seis meses, solo le cabe hacerlo a la ley y la superación de dicho plazo ha de tener carácter excepcional (art. 21.2 LPACAP). Por otra parte, en cuanto al sentido del silencio administrativo, a la vista de lo preceptuado por el art. 24.1 LPACAP, tiene que ser negativo y por tanto la falta de resolución expresa produce efectos desestimatorios para “el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente”, según dispone y resulta directamente de lo prevenido por la legislación estatal sobre procedimiento administrativo común, aunque, en aras de la clarificación del régimen jurídico aplicable en los supuestos en que se regula la institución del silencio, procede dejarlo consignado así de manera expresa.

Apartado m) Deberá añadir al final del apartado “de Canarias”.

Artículo 92. Catálogo de Especies Exóticas Invasoras de Canarias.

Apartado 1.

En cuanto a los criterios para saber cuándo una especie pueda llegar a constituir una amenaza para las especies nativas, los hábitats o los ecosistemas, o la seguridad o salud de las personas, nos remitimos a los criterios científicos que deben observarse en esta materia contenidos en la observación al art. 84, apartados 1,2 y 3 PL.

La jurisprudencia permite que se incorporen a este catálogo especies en función de los análisis de riesgos e informes incorporados al expediente, atendiendo a los principios de precaución y prevención, como la STS nº 36/2021, de 21 de enero, de la que extraemos un pasaje:

“En este contexto no parece injustificada ni desproporcionada la propuesta de inclusión en el CEEI que resulta de los análisis de riesgos e informes científicos incorporados al expediente, en los que se valora la situación actual y el temor que las referidas especies se comporten como especies invasoras, poniendo de manifiesto su potencial amenaza como tales especies invasoras. En esta situación y como señala la referida sentencia de 16 de marzo de 2016, ha de atenderse a los principios de precaución y prevención, lo que justifica que en la aplicación del método de elaboración de las fichas de análisis de riesgos, se prevea que a efectos de considerar susceptibles de competir con las especies silvestres autóctonas, alterar su pureza genética o los equilibrios ecológicos para la fauna española, las especies de riesgo medio se asimilan a las de riesgo alto, previsión que ha de ponerse en relación con el contenido y alcance de los parámetros que son objeto de valoración y el grado de incertidumbre en la determinación técnico-científica de los riesgos que se desprende de los mismos y que, en este caso, el órgano administrativo ha considerado asimilables, lo que no se desvirtúa por la alegación de que la puntuación asignada determina de manera taxativa y con carácter absoluto el grado de riesgo de la especie.”

En ese sentido, en la STS de 16 de marzo de 2016, se recogen criterios interpretativos sobre la catalogación o exclusión de las especies en el Catálogo Nacional de Especies Exóticas Invasoras, ligándolo a la *“existencia de una información científica o técnica que asevere, en la dicción legal, que constituyen una amenaza grave para las especies autóctonas, los hábitats o los ecosistemas, la agricultura o para los recursos económicos asociados al uso del patrimonio natural”*.

En el mismo sentido, la STS de 21 de enero de 2015 anula la inclusión de una especie en el Catálogo Nacional por falta de evidencia científica, mientras que se admite la especie como exótica invasora en el limitado ámbito territorial de las Islas Canarias, porque los informes y análisis científicos se habían limitado a ese ámbito y no a todo el territorio estatal.

Artículo 93. Procedimientos de inclusión, cambio de categoría o exclusión de especies del Catálogo de Especies Exóticas Invasoras de Canarias.

Apartado 1.

En cuanto a la solidez de la información técnica y científica que se menciona en este apartado nos remitimos a lo ya dicho sobre los criterios científicos que deben observarse en esta materia contenidos en las observaciones a los arts. 84 y 92.1 PL.

Apartado 2.

En cuanto al plazo para incoar y tramitar y el régimen del silencio administrativo, del procedimiento al que se refiere este apartado, nos remitimos a la observación efectuada al art. 91.1.d) PL.

Apartado 3.

Deberá preverse la publicación en el Boletín Oficial de Canarias, siendo la modificación ineficaz mientras no se publique, de acuerdo con lo establecido en el art. 131 LPACAP.

Apartado 4.

Deberá preverse que la evaluación de la capacidad invasora de las especies exóticas localizadas en Canarias se realizará de oficio cada diez años, sin perjuicio de la posible excepción a este plazo en los supuestos del apartado 2 del propio artículo, en cuyo caso la Administración deberá resolver el procedimiento en el plazo que se señale en la Ley.

Artículo 94. Efectos de la inclusión de una especie en el Catálogo de Especies Exóticas Invasoras de Canarias.**Apartado 1.**

Letra f) Permite que reglamentariamente se puedan establecer limitaciones complementarias a las recogidas en los apartados anteriores.

Debe tenerse en cuenta que las limitaciones de derechos tienen que recogerse en la ley cuando afecten de manera esencial a los derechos del capítulo I y II del título I de la CE (art 53.1 de la CE), respetando siempre el principio de necesidad y proporcionalidad (art. 4 LRJSP).

En cuanto a las limitaciones por vía reglamentaria, cuando autorizan al Gobierno de Canarias para establecer, en estos casos, condiciones “complementarias”, no cabe entender que por vía reglamentaria puedan agregarse nuevas restricciones o restricciones adicionales a las legalmente establecidas, aunque cabe servirse de la indicada vía instrumentalmente a los efectos de concretar las que pudieran resultar del texto legal, debiendo remitirnos a las observaciones efectuadas al art. 86.1.I) PL.

Apartado 2.

La excepción de estas prohibiciones o limitaciones derivadas de la inclusión de una especie en el Catálogo de Especies Exóticas Invasoras de Canarias, por razones de “bienestar animal” no se recoge en el art 7.3 del Real Decreto 630/2013, que sólo contempla razones de investigación, salud o seguridad de las personas. Debe tenerse en cuenta que la legislación de las Comunidades Autónomas puede ser más protectora pero no menos.

A este respecto, señala el FJ 5 de la STS de 16 de marzo de 2016:

“Salvo autorización singular, por razones justificadas y basadas en la tutela de valores superiores, no es posible ni lícito, por vía reglamentaria, soslayar las prohibiciones legales mediante un régimen de reservas, excepciones y salvedades jurídicas que, en suma, neutralizan o dificultan extraordinariamente el sistema tutelar diseñado en la norma con rango de Ley y en las disposiciones del Derecho de la Unión europea sobre las especies exóticas invasoras.”

Además, en este apartado se vuelve a hablar de las competencias autonómicas o estatales “en el marco de la distribución de competencias en el medio marino determinada por la legislación básica estatal”.

Nos remitimos a lo ya dicho con anterioridad en el art. 4 PL sobre este inciso y la distribución de competencias entre el Estado y la CAC, reparándose el mismo por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias.

Artículo 95. Consideraciones específicas relativas a especies exóticas.

Apartado 4.

Las limitaciones de derechos deben establecerse en la Ley cuando afecten de forma esencial a los derechos del capítulo I y II del título I de la CE. Sobre esta cuestión nos remitimos a las observaciones efectuadas a los arts. 86.1.l) y 94.1.f) PL.

Artículo 96. Listas de especies exóticas permitidas.

Apartado 2.

Sobre la solvencia de la información técnica o científica que se menciona en este apartado nos remitimos a lo ya dicho sobre los criterios científicos que deben observarse en esta materia contenidos en las observaciones a los arts. 84, 92.1 y 93.1 PL.

Apartado 3.

En cuanto al plazo para incoar y tramitar y el régimen del silencio administrativo, del procedimiento al que se refiere este apartado, nos remitimos a la observación efectuada al art. 91.1.d) PL.

Artículo 99. Estrategias de erradicación o control de especies exóticas invasoras y de especies asilvestradas.

Apartado 1.

Señala que “las estrategias de erradicación o control de especies exóticas invasoras y de especies asilvestradas constituirán el marco a nivel regional de los Planes de erradicación o control de especies exóticas invasoras y de especies asilvestradas”.

Si bien el RD 630/2013, de 2 de agosto, contempla estrategias coordinadas Estado-Comunidades Autónomas, nada impide la elaboración de estrategias propias por la CAC en desarrollo de la normativa estatal básica. En este caso debe justificarse su fin y necesidad.

Apartado 2

Las estrategias deberán publicarse en los boletines oficiales, conforme al art 15.5 del RD 630/2013, de 2 de agosto.

Apartados 3 y 4

El contenido de estas estrategias se recoge en el art 16 del RD 630/2013, de 2 de agosto, con el carácter de mínimo, lo que deberá ser tenido en cuenta para cohonestarse estos apartados con la normativa básica.

Artículo 102. Autorizaciones para la introducción confinada en las islas de especies exóticas no incluidas en catálogos de especies exóticas invasoras ni en listas de especies exóticas permitidas.

Apartado 3.

Los riesgos deberán evaluarse conforme a criterios científicos sobre los cuales nos remitimos a las observaciones de los arts. 84, 92.1, 93.1 y 96.1 PL.

En cuanto al plazo para incoar y tramitar y el régimen del silencio administrativo, del procedimiento al que se refiere este apartado, nos remitimos a la observación efectuada al art. 91.1.d) PL.

Artículo 103. Autorizaciones específicas para la liberación al medio natural de especies exóticas no incluidas en catálogos de especies exóticas invasoras ni en listas de especies exóticas permitidas.

Las autorizaciones específicas para la liberación al medio natural de especies exóticas no incluidas en catálogos de especies exóticas invasoras ni en listas de especies exóticas permitidas, deben avalarse por un comité científico con las características señaladas en las observaciones a los arts. 84, 92.1, 93.1, 96.1 y 102.3 PL.

Artículo 104. Condiciones para la comercialización y tenencia de las especies exóticas.

Apartado 4.

Deberá también tenerse en cuenta lo señalado en la disposición adicional cuarta del RD 630/2013, de 2 de agosto cuando señala lo siguiente:

“Comercialización de variedades de especies alóctonas por razones fitosanitarias.

De acuerdo al artículo 6 de la Ley 30/2006, de 26 de julio, de semillas y plantas de vivero y de recursos fitogenéticos, se podrán establecer, con carácter excepcional, limitaciones a la comercialización de variedades de especies alóctonas por razones fitosanitarias, cuando existan indicios de riesgos para la salud humana o sanidad animal, así como para el medio ambiente, y por las razones agronómicas que se establezcan, para aquellas variedades o razas que solamente puedan ser utilizadas en determinadas zonas o condiciones de cultivo.”

Artículo 105. Inspección de la comercialización de especies exóticas.

Apartado 1.

Este apartado asigna las funciones de vigilancia, inspección y control de la comercialización de animales o plantas exóticas, a las Consejerías competentes en materia de sanidad vegetal y animal, biodiversidad, salud y seguridad pública en el ámbito de sus respectivas competencias y a través del personal técnico inspector y de agentes de medio ambiente que presten funciones en la Administración autonómica, sin perjuicio de las funciones atribuidas a los agentes de medio ambiente que prestan servicio en los cabildos insulares, al personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y al Cuerpo General de la Policía Canaria.

Pues bien, la redacción empleada genera incertidumbre, pues no se alcanza a entender qué concretas funciones de inspección corresponden a cada cuerpo inspector, de modo que distinto personal podría considerarse competente para la inspección y sanción de una misma conducta infractora, pudiendo contravenir con ello el principio *non bis in ídem*.

Se requiere, en consecuencia, que se señalen en el precepto las competencias asignadas a cada Consejería de la Administración autonómica.

Artículo 108. Autorizaciones de parques zoológicos.

Apartado 3.

Conforme al art 7.4 de la Ley 31/2003, de 27 de octubre, de conservación de la fauna silvestre en los parques zoológicos, norma básica según la su Disposición final primera, se entenderá denegada la autorización si transcurridos seis meses desde la recepción de la solicitud en el órgano no se hubiera notificado la resolución.

Conforme al art 5 de la Ley 31/2003 de 27 de octubre, de conservación de la fauna silvestre en los parques zoológicos, los parques zoológicos deben disponer del personal necesario especializado y de los medios materiales adecuados para la ejecución de las medidas de bienestar, profilácticas, ambientales y de seguridad indicadas en el artículo 3, así como para el desarrollo y cumplimiento de los programas señalados en el artículo 4 de esta ley.

Tanto el personal como los medios deberán ser acordes con las necesidades derivadas de las colecciones de animales de cada parque zoológico. La formación continua del personal a cargo de los animales estará basada en la evaluación del conocimiento de los animales silvestres, de su conservación y especialmente de su bienestar.

Artículo 110. Cierre de parques zoológicos.

Apartado 1.

Se establece en el precepto que, en caso de cierre, temporal o definitivo, total o parcial, del parque zoológico, el órgano del Gobierno de Canarias competente en materia de sanidad y bienestar animal supervisará que la persona o entidad titular del establecimiento continúe cumpliendo, durante el proceso de desmantelamiento, las medidas adecuadas de tratamiento, conservación y traslado de los animales afectados.

Se debería fijar un plazo de ejecución de esas medidas conforme a lo exigido por el art 16 de la Ley 31/2003, de 27 de octubre, de conservación de la fauna silvestre en los parques zoológicos. El incumplimiento en el plazo indicado de la referida obligación habilitaría la ejecución subsidiaria de las medidas a costa del obligado.

Artículo 111. Programas en parques zoológicos.

Este precepto reitera parcialmente el contenido de los programas del art. 4 a) y b) de la Ley 31/2003, de 27 de octubre, de conservación de la fauna silvestre en los parques zoológicos, que se corresponde con los contenidos en las letras a) y d) del PL, añadiéndose los programas contenidos en las letras b) y c), que no figuran en la legislación básica, que es de mínimos. Sin embargo, falta el programa del art. 4 c) de la citada ley básica, referido al “programa avanzado de atención veterinaria”, que deberá añadirse a este precepto, porque es obligatorio. Como el precepto desarrolla y añade nuevos programas diferentes a los básicos y

no altera la legislación básica, en este caso operan las excepciones permitidas por la jurisprudencia constitucional sobre las *leges repetitae*.

Artículo 124. Disposiciones generales.

Apartado 3.

Señala este precepto que los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos se destinarán a la conservación de la biodiversidad de la Comunidad Autónoma de Canarias y al uso sostenible de sus componentes. Deberá aclararse a qué recursos genéticos se refiere, es decir, si son todos o sólo a los derivados de la utilización de los recursos genéticos que sean de titularidad pública y de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias. Cualquier otro beneficio sobre recursos de titularidad privada, se debe constituir por Ley, que deberá regular sus aspectos esenciales, teniendo en cuenta, en todo caso, lo señalado en el art 71 de la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad.

Artículo 133. Derecho de adquisición preferente. Tanteo y retracto.

Apartado 1.

No se debe olvidar en el PL la excepción prevista en el art.25.3 de la Ley 43/2003, de 21 de diciembre de Montes, relativa a la inexistencia del derecho de adquisición preferente cuando se trate de aportación de capital en especie a una sociedad en la que los titulares transmitentes deberán ostentar una participación mayoritaria durante cinco años como mínimo.

Artículo 136. Plan de Ordenación de los Recursos Forestales.

Apartado 4.

El contenido del PORF es repetición del artículo 31.6 de la Ley 43/2003, de 21 de diciembre de Montes. La CAC puede, según este precepto, determinar la documentación de los PORF, por lo que deberá corregirse este precepto para concretar si se exigen todos o sólo algunos de los elementos indicados en la legislación básica, pues no puede limitarse a repetir lo indicado con carácter potestativo en esa legislación básica, ya que en ese caso sería aplicable

la doctrina sobre las *leges repetitae* a la que nos hemos referido en las observaciones generales y a lo largo de las observaciones al articulado del PL.

Artículo 137. Plan de Gestión Forestal Sostenible (PGFS) y Plan Simplificado de Gestión Forestal Sostenible (PSGFS).

Apartado 2.

En este apartado del PL se señala que los planes simplificados no serán objeto de revisiones periódicas siendo necesario la redacción de un nuevo plan técnico de gestión forestal cuando caduque el que se encuentre vigente.

Debería señalarse cuál es el plazo de caducidad. En todo caso, cabría replantearse la conveniencia de la figura de la caducidad mientras no se produzca un cambio de circunstancias tenidas en cuenta en el anterior Plan forestal, para evitar vacíos normativos que generen desprotección de los montes, pues todo monte de utilidad pública debe contar con un Plan de Gestión Forestal Sostenible con independencia de su superficie, según el propio art 137 del PL.

Artículo 152. Planificación y gestión del medio marino.

Este precepto remite la estrategia marina a la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino, y al Real Decreto 363/2017, de 8 de abril, por el que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo. En la medida que la Legislación estatal básica se basa en el principio de continuidad ecológica de los espacios terrestres y marinos y en la dirección y coordinación estatal de las estrategias marinas, sin tener en cuenta la nueva delimitación espacial realizada por el Estatuto de Autonomía, la remisión que se efectúa en este precepto a *“la estrategia marina para la demarcación marina de Canarias, en los términos previstos en la Ley 41/2010 de 29 de diciembre, de protección del medio marino”*, no se ajusta a la nueva realidad contenida en el art. 4 EAC sobre el ámbito espacial en el que la CAC puede ejercer sus competencias.

Ciertamente, el art. 151, con anterioridad, dispone que la gobernanza en materia de conservación de la biodiversidad marina y de la costa se desarrollará en el marco de la “Política Marítima Integrada” que establezca la Comunidad Autónoma de Canarias y en las directrices que al respecto se propongan desde la Unión Europea y la Administración General del Estado (art. 151.1) y que, en consonancia con ello, se erige así la Política Marítima Integrada de la

Comunidad Autónoma de Canarias en “el marco destinado a fomentar el desarrollo sostenible de todas las actividades marinas y marítimas” (art. 151.2). No suscita observaciones lo prevenido por este precepto.

Ahora bien, no menos cierto es que después el art. 152 afirma, respecto de los instrumentos que contempla y que denomina “instrumentos básicos de planificación y gestión del medio marino”, que constituyen “el marco general tanto de la Política Marítima Integrada, como de las diferentes políticas sectoriales y actuaciones administrativas con el medio marino” (art. 152 “in fine”).

Sucede que los dos instrumentos que se mencionan en el art. 152, la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, y el Real Decreto 363/2017, de 8, de abril, son anteriores al EAC (2018). Y en la citada Ley 41/2010, el art. 27, referido a la declaración y gestión de Áreas Marinas Protegidas (AMP), en su apartado 3, se remite a las AMP cuya declaración y gestión sea competencia autonómica en el supuesto establecido en el artículo 36.1 -hoy 37.2- de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, que es el que mantiene el criterio de que solo son de competencia autonómica los espacios con “*continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección*”, por lo que se está contradiciendo lo dispuesto en el art. 4 EAC tras la reforma aprobada por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre.

No hace falta volver ahora a reiterar, en los términos ya expuestos en las observaciones formuladas con anterioridad al tratar los art. 2 y 4 PL, que el art. 153.1 EAC alude a los espacios marinos en la letra d): La regulación de los recursos naturales, de la flora y la fauna, de la biodiversidad, del medio ambiente marino y acuático si no tienen por finalidad la preservación de los recursos pesqueros marítimos (aparte de otras referencias que también podrían sin dificultad proyectar su alcance sobre dichos espacios, bien porque así se señale expresamente, caso de la letra h), o aun cuando no se indique así expresamente, caso de las letras b), j), k) y n). Y, por otra parte, el art. 154.1 establece que corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva en materia de espacios naturales protegidos en el ámbito espacial de Canarias], en los que hay que entender que están incluidos los espacios marinos, de acuerdo con el art. 4 EAC.

De todo lo anterior se desprende que Canarias es competente en esos espacios y que es el ejercicio de sus competencias lo que señaladamente ha de constituir el objeto del presente PL -la planificación de estos espacios- sin perjuicio de las que pudiera ostentar el propio Estado. No se trata de excluir la concurrencia de estas últimas, pero no cabe en modo

alguno la remisión sin más a los *“términos previstos en la Ley 41/2010 de 29 de diciembre, de protección del medio marino”*, cuando, como hemos visto, esta Ley es anterior al EAC, norma jerárquicamente superior y perteneciente también como ley orgánica al propio ordenamiento del Estado, y desconoce por tanto la virtualidad y el alcance de sus previsiones.

En suma, se repara este artículo en cuanto se remite a los términos previstos en la *“Ley 41/2010 de 29 de diciembre, de protección del medio marino”* y el *“Real Decreto 363/2017, de 8 de abril”*, por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias, por los mismos razonamientos contenidos en las observaciones al art. 4 PL.

Artículo 153. Informe de compatibilidad.

Apartados 1, 2 y 3.

En estos apartados se supedita cualquier actividad en la demarcación marina canaria que requiera realización de obras o instalaciones en las aguas marinas, su lecho o su subsuelo, el depósito de materiales en el fondo marino o los vertidos regulados en la ley básica, a un informe favorable del Ministerio competente de medio ambiente respecto a la compatibilidad de la actividad con la estrategia marina canaria.

Este informe favorable no se exige en el espacio físico terrestre para estas actividades. Por tanto, se ha de reparar igualmente este precepto por no respetar el orden constitucional de distribución de competencias, derivado del Bloque de la Constitucionalidad, tras la reforma del EAC en 2018, por las mismas razones que las señaladas en el art. 4 PL.

Artículo 155. Medidas de conservación en las Áreas Marinas Protegidas de Canarias.

Apartado 1.

Remite al artículo 68 del PL en el que se hace referencia al criterio de continuidad ecológica entre los espacios naturales terrestres y marinos basada en la mejor evidencia científica. En la medida en que el contenido del art. 68 PL ha sido reparado al utilizar ese criterio, debe repararse este precepto por coherencia y por los mismos motivos allí señalados, a los que nos remitimos, esto es, por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias.

Apartado 4.

La delimitación de áreas de protección especial en la zonificación de las AMP se limita al perímetro costero y la plataforma insular (hasta la cota -200 m.), lo que parece mantener el criterio de protección en función de la *“continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección”*, excluyéndose la declaración y delimitación de AMP en otras zonas dentro de las aguas canarias o de los espacios marítimos que los rodean, lo que contraviene, por las mismas razones que las expresadas en el apartado 1 de este artículo, el orden constitucional de distribución de competencias. En consecuencia, se repara igualmente el contenido de este apartado.

Artículo 159. Protección de la fauna marina frente a colisiones con embarcaciones.

Como ya hemos señalado, la CAC posee competencias en medio ambiente en el medio marino (arts. 153.1 d) y 154.1 EAC), particularmente en cuanto a la identificación y delimitación de espacios naturales protegidos. Sin embargo en este precepto se reduce esta competencia a promover ante la Administración General del Estado la identificación de las áreas críticas para la conservación de las tortugas marinas y de los cetáceos, desconociendo que esta competencia se puede ejercitar por la CAC en el ámbito marino y además dictar normas adicionales de protección si el Estado no las ha delimitado.

Por ello ha de ser reparado este precepto por no respetar el orden constitucional de distribución de competencias tras la reforma del EAC de 2018, como hemos venido manteniendo en numerosos preceptos.

TÍTULO X. INSPECCIÓN Y RÉGIMEN SANCIONADOR.

Con carácter general, según el art. 53.2 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), el ejercicio de la potestad sancionadora debe respetar la presunción de inexistencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. Esta regulación representa la proyección legal en el ámbito del Derecho administrativo sancionador del derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 4 de su Sentencia 74/2004, de 22 de abril, ha sintetizado su jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la presunción de inexistencia de responsabilidad administrativa en los procedimientos sancionadores:

«Debemos comenzar por recordar, una vez más, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador. “Según tiene reiteradamente afirmado este Tribunal, la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas (...), pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: Que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio” (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8 b), y 169/1998, de 21 de julio, FJ 2). De entre los contenidos que incorpora el derecho fundamental ahora invocado (enumerados para el proceso penal en la STC 17/2002, de 28 de enero, FJ 2), resulta de todo punto aplicable al procedimiento administrativo sancionador la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una probatio diabólica de los hechos negativos (por todas, STC 45/1997, de 11 de marzo, F. 4)».

La configuración de las normas sancionadoras ha de respetar las exigencias de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de los principios constitucionales que delimitan la potestad sancionadora. En este sentido, conforme sostiene la jurisprudencia constitucional, ha de asegurarse el cumplimiento de la doble garantía, material y formal, que deriva del art. 25.1 de la Constitución (SSTC 50/2003, de 17 de marzo, 161/2003, de 15 de septiembre, y 25/2004, de 26 de febrero, entre otras).

La garantía formal implica la suficiencia de rango de las normas en las que se tipifiquen las infracciones y se establezcan las sanciones, normas que han de tener la condición de ley en sentido formal, pues el Tribunal Constitucional considera que la expresión “legislación vigente” empleada por el art. 25.1 de la Constitución equivale a una reserva de ley en materia sancionadora (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7; 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4, y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3), sin perjuicio de que dicha norma pueda remitirse a otras de rango reglamentario, siempre y cuando en la propia ley se encuentren suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer.

Junto a la garantía formal, el cumplimiento de la garantía material ha de traducirse en la precisa tipificación de los ilícitos administrativos y de las correspondientes sanciones, tarea que debe culminar con un grado de concreción suficiente que permita garantizar que los interesados puedan conocer qué tipo de conducta será considerada como infracción y cuáles son sus consecuencias jurídicas. En este sentido, no se trata simplemente de asegurar que sea una norma legal la que contemple la conducta punible, sino de que ésta describa con precisión dicha conducta.

También son de aplicación el principio de legalidad en materia sancionadora en relación con el de seguridad jurídica, que exigen la minuciosa tipificación de las infracciones (DCC 192/2015, de 18 de mayo).

La aplicación de la anterior doctrina al ámbito administrativo sancionador requiere, no obstante, introducir algunos matices: el alcance de la reserva de ley contenida en el art. 25.1 CE tiene, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, una eficacia relativa o limitada, no pudiendo ser tan estricto como el que se aplica a los tipos y sanciones penales por distintas razones que atañen “al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias” (STC 2/1987, de 21 de enero), bien “por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/1985, de 16 de julio) o materiales”. De este modo, el mandato del art. 25.1 CE aplicado al ámbito administrativo sancionador determina que es necesaria la cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a disposiciones reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, de tal forma que quede totalmente excluido que las remisiones de la ley al reglamento hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (STC 104/2009, de 4 de mayo, FF. 2 y 3 y jurisprudencia allí citada).

Artículo 163. Personal con funciones inspectoras.

Apartado 1.

Este apartado establece que las funciones de vigilancia, policía y control del cumplimiento de lo dispuesto en el PL corresponde al personal técnico inspector y a agentes de medio ambiente de los cabildos insulares y al Cuerpo General de la Policía Canaria, a la

Policía Local, a personal técnico de inspección y a agentes de medio ambiente de la Agencia Canaria de Protección del Medio Natural, a agentes de medio ambiente o de otros departamentos del Gobierno de Canarias y a personal de inspección de agricultura, bienestar y sanidad animal, salud pública, emergencias y seguridad, pesca y puertos canarios, sin perjuicio de las competencias legalmente reconocidas al personal de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Se reitera la observación realizada al art. 105 en cuanto a la incertidumbre que genera el otorgamiento de las mismas funciones a un cuantioso y variado personal, debiendo especificarse las funciones que corresponden a cada cuerpo inspector de la Administración de la Comunidad Autónoma.

En general, la redacción de este apartado 1 en un solo párrafo resulta deficiente, por excesivamente larga, lo que provoca reiteraciones y faltas de concordancia. Así, por ejemplo, en el inciso “a agentes de medio ambiente o de otros departamentos del Gobierno de Canarias” sobra la “o”.

Artículo 166. Infracciones leves.

Apartados 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 17, 18, 19, 20, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 37, 38, 40, 41 y 42.

En todos estos apartados se debe especificar, en aras de la seguridad jurídica, en relación con el principio de tipicidad, a qué zonas protegidas o áreas naturales protegidas se refiere, si son las de la Red Canaria o a cualquier espacio con algún tipo de protección legal.

En el apartado 7 se tipifica la práctica de la santería y de rituales de cualquier naturaleza, que no constituyan prácticas o manifestaciones de ritos religiosos tradicionales o populares de las islas Canarias, realizadas en el medio natural utilizando la colocación de símbolos, imágenes o estructuras de cualquier tipo a modo de altar o velatorio, así como el depósito o abandono de urnas y otros elementos de carácter funerario, y cenizas o restos biológicos.

Sin embargo, lo realmente prohibido es la colocación, en el medio natural, de símbolos, imágenes o estructuras de cualquier tipo a modo de altar o velatorio, así como el depósito o abandono de urnas y otros elementos de carácter funerario, y cenizas o restos biológicos, con independencia de que se pueda calificar de santería o de ritual.

Por su parte, según el art. 1 EAC, la denominación oficial de la Comunidad Autónoma es Canarias.

En el apartado 11, la recolecta se refiere a flora. La expresión correcta referida a fauna sería captura o tenencia.

En el apartado 26, no es necesario aludir a la *“finalidad lúdica, recreativa o de cualquier otra naturaleza”*, bastando con que se haga referencia a *“La remoción, acumulación o amontonamiento de piedras, callaos o cualquier otro elemento geológico de cualquier naturaleza (...)”*.

Artículo 167. Infracciones graves.

En el apartado 7 se debe especificar, en aras de la seguridad jurídica, en relación con el principio de tipicidad, a qué ámbito territorial se refiere con medio natural.

En el apartado 10 se debe aludir a la Administración competente.

En el apartado 23, se tiene que hacer referencia a la Administración “competente”.

En el apartado 38 se tiene que especificar qué son elementos naturales protegidos.

En el apartado 39 se tiene que especificar el ámbito territorial en el que se puede cometer tal infracción.

En el apartado 41 se tiene que especificar cuál es el medio natural.

Artículo 168. Infracciones muy graves.

En el apartado 5 no se especifica si esa introducción de ejemplares de fauna silvestre lo es en cualquier parte de la Comunidad Autónoma o, como dice el apartado anterior, en las áreas protegidas por la ley.

Artículo 177. Decomiso.

El apartado 3, párrafo primero, último inciso, dispone que los gastos del mantenimiento mientras duren la tramitación del expediente sancionador o si la sanción es impuesta y ratificado el decomiso, correrán a cargo de la entidad o persona responsable de la infracción.

En la medida en que asumir los gastos del decomiso si la sanción no es impuesta sería injusto, sobra la conjunción adversativa “o” entre “sancionador” y “si”.

Disposición adicional tercera. *Adquisición de montes, de hábitats naturales y de terrenos en el litoral.*

Esta disposición está estableciendo un mandato que recae no solo sobre la Comunidad Autónoma de Canarias, sino sobre los Cabildos Insulares, en virtud del cual se les impone la obligación de adquirir terrenos forestales a través de diferentes medios, por lo que no nos hallamos ante una mera medida de fomento de tal adquisición, sino ante una obligación que incide de manera directa sobre el patrimonio de los Cabildos, lo que podría entrar en colisión con la autonomía financiera local en los términos en los que está redactada la disposición.

Disposición adicional séptima. *Sustitución del consorcio o convenio de repoblación forestal.*

Esta disposición está relacionada con la disposición adicional primera de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

Del sentido literal de esta última disposición se desprende que las condiciones impuestas por ella no solo son exigibles a la condonación de deuda, como se ha establecido en el PL, sino también a las otras figuras contractuales que sustituyan a los consorcios y convenios de repoblación, por lo que se debe modificar la redacción de esta disposición séptima para que quede claro que los requisitos expuestos son aplicables no solo a la condonación de deuda, sino también a las referidas figuras contractuales.

Disposición adicional décima. *Especies exóticas con aprovechamiento forestal, agrícola o ganadero.*

En esta disposición se excluye de la regulación prevista en los artículos 102 al 104 de esta ley las especies exóticas que no sean declaradas invasoras, cuyo destino sea el

aprovechamiento forestal, agrícola o ganadero, que se regirán por su legislación específica, siendo conveniente por razones de seguridad jurídica y coherencia sistemática que la excepción de la reglas generales establecidas en los arts. 102 y 104 del PL se incluyera en ambos preceptos y no en una disposición adicional, pues tal excepción los completa.

Disposición adicional decimotercera. *Animales asilvestrados.*

Se establece en esta disposición la definición de un término que se emplea en multitud de preceptos del PL, especies exóticas invasoras.

Sin embargo, en el art. 3 del PL, rubricado como definiciones, también se incluye la definición correspondiente.

Por tanto, obra en un mismo texto normativo dos definiciones diferentes de un mismo término, debiendo, por razones de seguridad jurídica, eliminarse una de las dos definiciones expuestas.

Disposición adicional decimosexta. *Protección de la avifauna y de los murciélagos contra la colisión con aerogeneradores, líneas eléctricas y otras instalaciones o infraestructuras preexistentes.*

En ella se dispone que «*Para las instalaciones de aerogeneradores, líneas eléctricas y otras instalaciones o infraestructuras energéticas que ya estén en funcionamiento o autorizadas, el órgano competente en materia de biodiversidad especificará las medidas preventivas, correctoras y compensatorias que han de establecer para la protección de la avifauna y de los murciélagos, tal y como establece el artículo 72*».

Los titulares de dichas instalaciones energéticas han de adoptar esas medidas en un plazo de tres años desde su notificación», siendo manifiesto que su contenido no es propio de una disposición adicional, sino más bien de una disposición transitoria, pues la directriz vigesimoquinta, apartado 3 del Decreto 15/2016, de 11 de marzo, del Presidente, establece que las disposiciones transitorias incluirán los preceptos que «*declaren la aplicación retroactiva de la ley nueva para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor*» y en esta disposición se están regulando las medidas necesarias para aplicar el art. 72 PL en instalaciones que ya están en funcionamiento o autorizadas antes de la entrada en vigor de la ley que resulte del PL.

Disposición final primera. *Modificación de la Ley 7/1998, de 6 de julio, de Caza de Canarias.*

A través de esta disposición se modifica la Ley 7/1998, de 6 de julio, de Caza de Canarias, y en su apartado uno, se añade al art. 4 de dicha Ley un texto normativo cuyo tenor coincide con el que a continuación figura en el apartado dos de esta misma disposición que modifica, a su vez, el art. 5 de dicha Ley (añadiendo un apartado 2), resultando patente que con tal modificación se repite la misma norma en dos artículos distintos de la misma Ley, lo que implica que se debe eliminar tal innecesaria reiteración.

Disposición final segunda. *Modificación de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias.*

El apartado tres modifica la rúbrica del art. 186 de la LSENP, en consonancia con el art. 18 del PL. Como ya se ha dicho en la observación al art. 18, la técnica empleada no es correcta, de modo que lo que se regula en un texto legal, no puede repetirse en otro, por lo que, de mantenerse el art. 18 del PL, deberá derogarse expresamente el art. 186 de la LSENP.

Disposición final tercera. *Modificación del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de tasas y precios públicos, aprobado por Decreto Legislativo 1/1994, de 29 de julio.*

En el apartado uno se añade un Capítulo VI al Título VIII del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de tasas y precios públicos, aprobado por Decreto Legislativo 1/1994, de 29 de julio con la siguiente denominación:

“Capítulo VI

Tasa por suministro de información ambiental para la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y sus Organismos Públicos”.

Por un lado, cuando se cita la norma en la rúbrica de esta disposición final debe añadirse “de la Comunidad Autónoma de Canarias”, por ser el nombre completo del Texto refundido.

Por otro, la rúbrica del Capítulo añadido, por coherencia con el resto de capítulos de dicho Título, debería eliminar la referencia a “para la Comunidad Autónoma de Canarias y sus Organismos Públicos”.

En caso de mantenerse, en vez de “para” debe emplearse “por”, denominación que, por otro lado, y sin perjuicio de lo señalado respecto al artículo 46.3 del PL -en el que decíamos, entre otras cuestiones, que la creación de esta tasa debe suprimirse del nuevo art. 131 *ter* introducido por la presente disposición final-, no coincide con la contenida en el mismo, que se refiere a que se crea la Tasa por suministro de información ambiental “de” la Comunidad Autónoma de Canarias.

Pero es que, además, el artículo 131-ter, que se añade por el apartado Dos de esta Disposición final al reseñar el hecho imponible en el apartado b) sólo menciona la reproducción y envío de documentos por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como la tasa de emisión de cualquier informe ambiental a solicitud de la persona interesada, sin que se mencione a los Organismos Públicos.

La denominación del Capítulo VI, pues, debería hacerse coincidir con el contenido del artículo.

Por otra parte, en el apartado g.2) del artículo 131-ter, añadido por el apartado Dos de la DF, se difiere el establecimiento y modificación de las cuantías a una Orden departamental, señalando sus elementos de cuantificación con anterioridad (g.1), con carácter genérico, pero no se señala la tarifa o tipo de gravamen, incumpliendo con ello lo dispuesto en el artículo 7 en relación con el capítulo II del Título I de la norma que se modifica, que preceptúa que la creación y determinación de los elementos esenciales de las tasas deberá realizarse por Ley del Parlamento de Canarias, (apartado 1) y que *“son elementos esenciales de las tasas los determinados por el Texto Refundido en el Capítulo siguiente”* (apartado 2), situándose entre estos los elementos cuantitativos de las tasas (art. 16) que señala en su apartado 3 que *“la cuota tributaria podrá consistir en una cantidad fija señalada al efecto, determinarse en función de un tipo de gravamen aplicable sobre elementos cuantitativos que sirvan de base imponible, o establecerse conjuntamente por ambos procedimientos”*.

Pues bien ni se señala cuantía fija, ni tampoco tipo de gravamen, ni se señala como se va a establecer más allá de determinaciones que vienen a ser casi reproducción de las contenidas en el Texto refundido con carácter genérico (se consideran elementos de cuantificación del importe de las tasas el coste de los materiales utilizados como soporte de la información a suministrar y coste del envío de la información solicitada).

Disposición final cuarta. *Modificación de la Ley 12/2007, de 24 de abril, de Ordenación del Transporte Marítimo de Canarias.*

Por medio de la misma se añade un apartado 3.bis al artículo 18 de la Ley 12/2007, de 24 de abril, de Ordenación del Transporte Marítimo de Canarias, observándose en su punto d) remisión normativa expresa sin hacer mención de la normativa que la sustituya, lo que puede ocasionar problemas de obsolescencia normativa.

Disposición final decimoquinta. *Entrada en vigor.*

En la misma se establece que «*La presente ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias*». La omisión de un periodo de *vacatio legis* en un Proyecto de Ley tan extenso y complejo resulta ser del todo contrario a la seguridad jurídica.

Anexos del PL.

En lo que se refiere al análisis jurídico de los siete anexos del PL, teniendo en cuenta su contenido eminentemente técnico, cabe afirmar que no procede realizar observación alguna de carácter jurídico al no destacarse ninguna infracción del ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

1.- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia para la aprobación del PL objeto de este Dictamen.

2.- Son objeto de reparo, no obstante, los siguientes preceptos del PL:

Por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias, el artículo 4.2 PL; y por conexión, asimismo, en los términos expuestos en los fundamentos de este dictamen, los artículos 2, letra a) y 4.1 PL y demás preceptos concordantes [artículos 14.1, letra l), 50.1, 59 1º, 60.3, 68.1 y 2, 85.1, 94.2, 152, 153, 155.1 y 4, y 159 PL].

Por vulnerar el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, el art. 48 PL; y además, en los términos expuestos en los fundamentos de este dictamen, los artículos 3.1, 18. 2 y 3,

19, 56, 57, 59.2º y 3º, 60.1 y 71.3, 85.1, Disposición adicional decimotercera y Disposición final segunda PL.

3.- El resto del PL se adecua con carácter general a la Constitución y al Estatuto de Autonomía de Canarias, sin perjuicio de las observaciones asimismo señaladas en el Fundamento V de este dictamen.



Dictamen 72/2023, de 21 de marzo de 2023

Emitido por el Pleno

Ponente: Sra. de Haro Brito

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de Mazo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de la nulidad del contrato administrativo de obras de ampliación del Cementerio San Urbano, Bloques 1 y 2, realizadas por (...) y reflejadas en las facturas 2022-692 y facturas 2022-1964, por importe cada una de las facturas de 27.777,92 con IGIC incluido (Exp. 514/2022 RO).

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 21 de diciembre de 2022 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 29 de diciembre de 2022), la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de la Villa de Mazo interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio derivado del vicio de nulidad, por ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, del contrato de las obras de ampliación del Cementerio San Urbano, Bloque 1 y 2, cuya ejecución ha dado lugar a las

facturas 2022-692 y 2022-1964, por importe cada una de las facturas de 27.777,92 con IGIC incluido, adjudicadas a (...).

2. La legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) LCCC, en relación con el art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque el contrato fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor así como 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, LCSP, la LPACAP, porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor, y el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, también de carácter básico.

3. La Administración municipal al solicitar el Dictamen funda su preceptividad en “(...) *haberse formulado por parte del contratista en el trámite de audiencia concedido oposición a la tramitación*”. Notificada la apertura del trámite de audiencia al contratista no consta en el expediente alegación alguna ni cualquier otro escrito del mismo de oposición a la tramitación de la revisión de oficio.

4. La competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 y Disposición Adicional 2.ª LCSP, que en este caso es la Alcaldía.

5. Por último, es de señalar que el art. 41 LCSP remite a la regulación del procedimiento de revisión de oficio contenida en el art. 106.5 LPACAP, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso (28 de septiembre de 2022), el

transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1.- La Intervención de Fondos comunica a la Concejalía de Urbanismo con fecha 28 de septiembre de 2022 (Exped. Gestiona 2207/2022), la existencia de facturas en las que podía haberse omitido la fiscalización previa, solicitando información al objeto de comprobar los hechos acaecidos y comprobando que las obras continúan en el mismo estado. Tras el examen y visto el informe del Concejal responsable del Área de Urbanismo de 28 de septiembre de 2022, se comprueba que las facturas corresponden a obras de ampliación del cementerio municipal de San Urbano, sin que se haya remitido a la Intervención para el trámite de fiscalización e intervención previa, siendo el citado informe de Intervención preceptivo y previo.

Este Informe de omisión de fiscalización señala:

“...nuestro ordenamiento prohíbe la contratación verbal...(por lo que) corresponde la tramitación de un procedimiento abierto, con sujeción a las normas de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público...”. Después de apreciar la presencia de “una pluralidad de actos administrativos análogos, que comparten el mismo objeto y sujeto, si bien son actos que generan relaciones jurídicas distintas” (sic), se estima que “se acredita que se ha prescindido totalmente de procedimiento alguno tanto en la selección como en la adjudicación del contratista, vulnerándose los principios de publicidad, concurrencia y objetividad previstos en las normas, de una manera clara y ostensible. En definitiva, acontece un contrato de facto no amparado en precepto legal. En aplicación de los artículos 39 LCSP, en correspondencia con el 47 LPACAP, constituyen actos nulos de pleno derecho, respecto de los cuales no cabe convalidación alguna”.

El citado Informe alcanza la conclusión de su necesaria revisión de oficio con la siguiente argumentación, para poder abonar al contratista la prestación efectivamente cumplida:

“De acuerdo con el artículo 42 LCSP la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. Es decir, la declaración de nulidad no exime de la obligación de abonar las prestaciones efectuadas, en aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

A la vista de todo ello, es necesario iniciar la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio que declare la nulidad para poder reconocer la deuda fuera de la vía judicial”.

2.- Por la Secretaría se emite informe de fecha 28 de octubre de 2022.

3.- Por el Concejal de Urbanismo se hace propuesta el 28 de septiembre de 2022, para revisar de oficio por ausencia total de procedimiento de contratación.

4.- Mediante Resolución de la Alcaldía N.º 970/2022, de 28 de septiembre, se acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio de los actos que a continuación se detallaban (remitiéndose a enumerar no propiamente actos administrativos, sino las facturas pendientes de pago), por considerar que se encontraban incursos en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por ser dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, toda vez que no se ha tramitado expediente de contratación que legitime la ejecución de las mismas. De esta manera, los “actos” sometidos a revisión de oficio fueron los siguientes:

- FACTURA 2022-692:

- PROVEEDOR: (...).
- NIF/CIF: (...).
- FECHA DE EXPEDICIÓN: 16/03/2022.
- IMPORTE TOTAL: 27.777,92 € con IGIC incluido.
- CONCEPTO: FACTURA Nº1 AMPLIACIÓN DEL CEMENTERIO DE SAN URBANO, BLOQUE 1, CONSTRUCCIÓN DE 18 NICHOS.

- FACTURA 2022-1964:

- PROVEEDOR: (...).

- NIF/CIF: (...).
- FECHA DE EXPEDICIÓN: 18/07/2022.
- IMPORTE TOTAL: 27.777,92 € con IGIC incluido.
- CONCEPTO: FACTURA Nº2 AMPLIACIÓN DEL CEMENTERIO DE SAN URBANO, BLOQUE 2, CONSTRUCCIÓN DE 18 NICHOS.

5.- Se confirió el 18 de octubre de 2022 trámite de audiencia al interesado, sin que, como ya indicamos más arriba, se hayan formulado alegaciones.

6.- Se formula Propuesta de Resolución n.º 1356/2022, de 13 de diciembre, de la Alcaldía por la que se declara la nulidad de la contratación y se ordena el abono íntegro de las facturas al contratista con el correspondiente IGIC.

III

1. La Propuesta de Resolución, como se ha señalado anteriormente, declara, por un lado, la nulidad de la contratación de las obras de ampliación del Cementerio San Urbano, Bloque 1 y 2, factura 2022-692 y factura 2022-1964, adjudicadas a (...), por ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido incurriendo en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAP y, por otro, procede a ordenar el abono de las facturas por importe cada una de ellas de 27.777,92 con IGIC incluido, sin detracción de beneficio industrial.

2. Pues bien, con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo, procede realizar las siguientes consideraciones sobre el procedimiento seguido.

De entrada procede recordar, una vez más, que este Consejo Consultivo siguiendo constante y abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ello solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden

entenderse de manera amplia, sino restrictiva (por todos, Dictamen de este Consejo 467/2021, de 7 de octubre, que reitera el pronunciamiento de este Organismo en el mismo sentido).

3. Se ha de señalar que en los casos de contratación irregular, esto es, supuestos en los que un contratista ha procedido efectiva y materialmente a ejecutar una obra o a prestar un servicio o suministro en favor de la Administración, pero con incumplimiento de las normas presupuestarias (contrataciones sin crédito presupuestarios) y/o de contratación aplicables (existe crédito pero no cobertura contractual, bien por haber expirado el plazo de duración y sus prórrogas, bien por haber contratado fuera de los casos permitidos por el ordenamiento y prescindiendo de toda formalidad procedimental, esto es, sin tramitar el correspondiente expediente de licitación destinado a la preparación, adjudicación y formalización del contrato de acuerdo con la legislación en materia de contratación pública, o, en general, por haber sido celebrado concurriendo alguna causa de nulidad de pleno derecho), diversas han sido las soluciones dadas por los Órganos consultivos respecto al procedimiento al que acudir para evitar el enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa de la Administración Pública.

El Pleno de este Consejo Consultivo se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre supuestos similares, entre otros en los Dictámenes 80/2020, 81/2020 y 82/2020, todos ellos de 3 de marzo, 222/2020, 223/2020, ambos de 5 de junio o 323/2020, de 30 de julio.

Señalábamos en el primero de ellos que: *“El Consejo de Estado ha validado en ocasiones la vía de la revisión de oficio (así, el Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre), y en otras la de la responsabilidad patrimonial (Dictámenes 363/2000, 3617/2000, 1842/2007, 276/2008, 976/2008, 841/2010). En esta última línea, en su más reciente Dictamen 843/2017 el Consejo de Estado afirma: «(...) entiende el Consejo de Estado que, como indicara, entre otros, el dictamen n.º 1.019/95, "a nada conduce -antes bien, sería una formulación artificiosa declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual, pues aunque pudiera hacerse tal construcción, subsistiría la obligación de la Administración de satisfacer el precio del suministro (...) (y concluye): 1º. Que no procede la revisión de oficio a que se refiere el expediente. 2º. Que, tras la tramitación del correspondiente expediente contradictorio, procede indemnizar a T., con un importe equivalente al coste de la prestación realizada, con exclusión del beneficio industrial, actualizado con el interés legal del dinero hasta la fecha en que se ponga fin al procedimiento».*

Tampoco es unánime al respecto la doctrina de los Consejos Consultivos autonómicos, aceptando unos la vía de la revisión de oficio (así, el Dictamen 33/2016, de 11 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; o los Dictámenes 46/2008 o 40/2011 de La Rioja;

o el Dictamen 233/2016 de Castilla-La Mancha), o considerándola otros inidónea (Dictámenes 93/2012, de 3 de octubre; 109 y 110 de 2012, 57/2014, 62 y 64/2017, 23 y 37/2018, y 87/2019 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares); o validando fórmulas alternativas (así, Dictámenes 178/2009, de 11 de junio y 191/2015, de 18 de junio de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña)”.

Tal disparidad de criterios ha llevado incluso al Consejo de Estado a constituir una ponencia especial para abordar esta cuestión, que se ha tratado en los Dictámenes 606/2020, de 27 de mayo de 2021, y 706/2021, de 27 de enero de 2022, en la que se viene a señalar la necesidad de analizar las circunstancias de cada caso para llegar a la conclusión adecuada señalando que la utilización de esta vía exige *“un intenso esfuerzo de argumentación para acomodar el supuesto a un instituto -el de la revisión de oficio- que está diseñado para acoger, con mayor naturalidad, otros supuestos. En consecuencia, la aplicación de esta primera posibilidad debe hacerse con toda cautela y evitando distorsionar sus perfiles propios y característicos”.*

4. Hasta ahora, este Consejo Consultivo venía emitiendo dictamen sobre estos expedientes de revisión de oficio por aplicación de los dispuesto en el apartado primero del art. 41 LCSP que remite al capítulo I del título V LPACAP relativo a la revisión de oficio (art. 106 LPACAP, al que remite íntegramente el mencionado artículo de la LCSP) pero sólo cuando existiera oposición del contratista, por entender aplicable a dichos supuestos el art. 191.3 LCSP.

No obstante, el análisis conjunto de la normativa vigente así como de la doctrina y jurisprudencia existente sobre supuestos similares al que nos ocupa, nos lleva a considerar que la emisión de dictamen por este Organismo es preceptiva independientemente de la existencia o no de oposición del contratista.

En efecto, el art. 41 LCSP remite al capítulo I del Título V LPACAP, en el que se encuentra el artículo 106 relativo a la revisión de disposiciones y actos nulos, precepto que exige siempre el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

Esto es, la propia norma especial de contratación se remite a la norma de procedimiento administrativo común, relativa a los *actos administrativos*, y no a los negocios jurídicos bilaterales. Ello justifica la remisión a este procedimiento en caso de que pretenda

declararse la nulidad de aquellos actos, en tanto que tienen la condición de actos administrativos.

La remisión, además, se efectúa *in toto* y sin establecer especialidad alguna en atención a que constituyen actos que se incardinan en un procedimiento de contratación. Ha de tramitarse, pues, siguiendo el específico procedimiento previsto en la LPACAP en el que se incluye el informe preceptivo y obstativo del Organismo Consultivo (art. 106.1) y su intervención no se hace depender de la oposición del contratista, como tampoco en ningún otro supuesto de nulidad de los actos administrativos se vincula la emisión del dictamen a la oposición de la persona afectada por el acto objeto de revisión (por ejemplo, declaración de nulidad de una licencia urbanística). La LCSP no ha introducido, por tanto, ninguna especialidad cuando de los actos que ahora nos conciernen se trata.

Pero es que, además, en estos casos de ausencia de las normas de preparación y adjudicación del contrato, el vicio afecta a principios elementales de la contratación como la libre concurrencia, la publicidad y la transparencia, por lo que la garantía institucional del dictamen del Consejo Consultivo, establecida en favor del interés público y de todos los ciudadanos, y en particular de todos los interesados en la contratación, no puede depender de la voluntad del contratista.

Por el contrario, el art. 191 LCSP se ubica sistemáticamente en la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del libro II (de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos), lo que lleva a considerar que cuando este artículo se refiere a la prerrogativa de la Administración de interpretar, declarar la nulidad o la resolución del contrato, se entiende que es de un contrato que ha seguido todo el trámite procedimental precontractual a que se refieren las dos primeras secciones del capítulo I del Título I del libro II (relativas a la preparación y adjudicación de los contratos).

Así las cosas, ha de concluirse que, en los casos en los que se produce ausencia total de procedimiento o no se sigue el procedimiento legalmente establecido se debe entender que estamos ante vicios del orden público jurídico, lo que justifica de por sí que se exija el dictamen del órgano consultivo con carácter preceptivo, pues es una garantía establecida con carácter básico por el ya mencionado art. 106 LPACAP para los supuestos de revisión de oficio, precepto a los que se remite el art. 41 LCSP también básica.

Todo ello determina la preceptividad del dictamen de este Organismo consultivo debiendo ser favorable a la nulidad pretendida para que pueda declararse la misma.

5. Por lo que se refiere al fondo de la cuestión, en el supuesto sometido a nuestra consideración la Administración señala la falta de fiscalización previa, así como ausencia absoluta de trámites para llevar a cabo la contratación como causa de nulidad. Aunque pudiera parecer que se solicita la nulidad de las facturas, resulta no sólo que no se trata de acto alguno de la Administración sino que se desprende de modo claro que lo que se pretende es la nulidad de la contratación, en este supuesto, verbal. Y en efecto, en el presente caso, no consta acuerdo formal alguno para la contratación, sino la ejecución contractual por la presentación de las facturas por una obra que la Administración confirma como realizada, dándose una omisión absoluta de todo trámite.

Por tanto, la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, apartado e) LPACAP, sin que la infracción del ordenamiento jurídico pueda ser imputable al tercero que ha realizado la prestación. Asimismo, no resultan aplicables aquí los límites a la revisión de oficio consagrados en el art. 110 LPACAP.

6. Respecto al abono de las facturas, la Propuesta de Resolución, correctamente, procede a ordenar el abono del importe de las facturas correspondientes y el IGIC.

Como se ha señalado en múltiples ocasiones por este Consejo, en lo que se refiere al momento procedimental en el que procede efectuar el cálculo de la liquidación, cabe recordar que el art. 42.1 LCSP establece que aquella fase se producirá una vez firme la resolución por la que se acuerde la revisión de oficio (a través del oportuno expediente contradictorio).

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen n.º 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), *«(...) nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma»*.

De esta manera, resulta posible resolver de forma conjunta sobre la nulidad del acto de contratación afectado y sobre la liquidación y, en su caso, indemnización que proceda (art. 42.1 LCSP).

Se ha señalado por parte de algunos Órganos Consultivos que es necesario desincentivar este tipo de actividades, cuando se aprecia concurrencia de culpa del contratista junto a la de la Administración (cuestión ésta que debe ser apreciada caso a caso), estableciendo que solo se debe restituir el coste efectivo del suministro o servicio, y no su precio de mercado, excluyendo el beneficio industrial u otros componentes retributivos propios de la contratación válidamente celebrada (Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 2/1995, de 12 de enero y 244/2020, de 30 de abril; DCC Aragón 5/2020, de 28 de enero; DCC Baleares 38/2013, Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid 513/17, Dictamen Consejo Jurídico de la Región de Murcia 257/14, Dictamen 706/2021, de 27 de enero de 2022, del Consejo de Estado, entre otros muchos). En el mismo sentido, la Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Intervención General y la Directora de la Abogacía de Las Islas Baleares.

Este Consejo Consultivo ha venido sosteniendo (por ejemplo DCC 267/2022, de 30 de junio), que, en los casos de buena fe del contratista que hemos de presumir en este caso (art 434 del código civil), procede restituir el valor total de la prestación sin detracer el beneficio industrial:

“Por tanto, hemos de partir de la base de que, aunque se declare la nulidad de pleno derecho de la contratación verbal (con la consecuencia de que deba procederse a la liquidación de tal «contrato»), la realidad es que estamos ante la continuación de los servicios que se vinieron prestando hasta la finalización del contrato originario y válido y más que una verdadera contratación realizada verbalmente (pues no consta tal encargo o encomienda de carácter verbal), nos encontramos ante una prórroga carente de título administrativo, impuesta por la propia realidad y la dinámica de los hechos que implica precarizar lo que hasta ese momento se venía ejecutando -de uno u otro modo- por la empresa contratista.

Igualmente, se ha de tener en cuenta que, declarada la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación «verbal», debe estarse a lo dispuesto por el art. 42.1 LCSP, que señala lo siguiente:

«La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».

Por lo que no puede compartirse, en esta concreta cuestión, los razonamientos expuestos en la Propuesta de Resolución, por cuanto no es lógico que durante la vigencia del contrato originario se hayan venido pagando unas cantidades mensuales con normalidad y, a partir de su finalización, como consecuencia de que el servicio se continuó prestando «en precario», bajo una supuesta contratación verbal, y a raíz de la declaración de nulidad de ésta, deba verse disminuida la cantidad mensual a percibir. Ello sería tanto como privilegiar la actuación ilegal de la Administración, a la que le saldría más rentable -en términos económicos- actuar al margen de la ley y luego declarar la nulidad de su actuación; lo cual, evidentemente, contraviene los más elementales principios del Estado de Derecho.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 29 de octubre de 2019 al razonar lo siguiente:

«PRIMERO.- La deuda reclamada tiene su origen en un contrato de suministro en el que, a su finalización, la administración pidió que se continuara con el mismo hasta la adjudicación del nuevo contrato. La administración ha admitido la necesidad de la prórroga en aras al servicio al interés público, y la existencia de facturas sin abonar. Discrepa solo en el importe debido que, estima es de 41.197,55, al excluir el beneficio industrial. Estima la administración que se han producido contratos menores, todos nulos por haberse prescindido por completo de procedimiento (art. 62.1.e) Ley 30/1992). Y es que los hechos son “obra de las dos partes contratantes”. Por ello, no está conforme con el beneficio industrial.

Como decimos, la administración sostiene que no ha lugar al beneficio industrial pues nos hallamos ante un contrato nulo, sin tramitación administrativa ni disponibilidad presupuestaria.

SEGUNDO.- No hay duda alguna de que el fundamento para la estimación del recurso se halla en la doctrina del enriquecimiento injusto. Declara el Tribunal Supremo: “CUARTO.- En la STS de 21 de marzo de 1991 se afirma que “el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico,

materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara.

Y recordábamos en nuestras sentencias de 18 de diciembre de 2007, recurso de casación 11195/2004, 2 de octubre de 2006, recurso de casación 1232/2004 y 20 de julio de 2005, recurso de casación 1129/2002, la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto.

O en términos de la sentencia de 18 de julio de 2003 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.

Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001).

Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la administración (sentencia de 13 de julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.

Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (sentencia de 11 de julio de 2003, recurso de casación 9003/1997).

Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un Ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este Tribunal. (STS 24 de julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990). (STS 28/4/2008 citada en la STS de 14 de octubre de 2015).

TERCERO.- Conforme a la doctrina expuesta, no hay duda de que el beneficio industrial no debe excluirse, pues sea como indemnización, o como pago del precio del contrato, el contratista no quedaría indemne si se le privara del citado concepto.

Es lógico esperar del empresario que lleva a cabo una obra, que exija, y obtenga, un lícito beneficio (en una economía de mercado cual la nuestra). Lo contrario supondría admitir el absurdo de que un particular, empresario o no, trabaje para la administración sin obtener beneficio alguno. No se repararía así íntegramente el perjuicio ocasionado al contratista. Y téngase en cuenta que si el contrato es nulo, la imputación principal de esa nulidad ha de mirar a la administración.

De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que la contratista ha manifestado buena fe, prestando el servicio a satisfacción de la Administración y con plena creencia de su cobertura legal, no procede «castigarla», por una situación no buscada ni generada por ella, detrayendo un porcentaje en concepto de beneficio industrial, sino que ha de abonarse el importe total de las facturas en concepto de restitución del valor de la prestación, tal como se habría efectuado en cumplimiento del contrato original.”

Por todo lo expuesto, debe concluirse que la previsión que ordena pagar las facturas sin excluir específicamente el beneficio industrial y en su caso, indemnización que proceda (art. 42.1 LCSP) es conforme a Derecho.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen es conforme a Derecho en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación de las obras de ampliación del Cementerio San Urbano, Bloque 1 y 2, ejecutadas por (...), así como en cuanto a la liquidación de los trabajos efectivamente realizados.



Dictamen 215/2023, de 16 de mayo de 2023

Emitido por el Pleno

Ponente: Sr. Suay Rincón

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Decreto por el que se crea el Consejo canario de defensa de la competencia y se regula su procedimiento de funcionamiento (EXP. 178/2023 PD).

FUNDAMENTOS

I

Solicitud y preceptividad del dictamen.

1. Se solicita preceptivamente por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias al amparo del art. 11.1.B.b), en relación con el art. 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), dictamen sobre el *“Proyecto de Decreto por el que se crea el Consejo Canario de Defensa de la Competencia y se regula su procedimiento de funcionamiento”*, tomado en consideración por el Gobierno en sesión celebrada el 31 de marzo de 2023, según resulta del certificado del acuerdo gubernativo que acompaña a la solicitud de dictamen (art. 50.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del

Consejo Consultivo de Canarias, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio). La solicitud de dictamen ha sido cursada por el procedimiento ordinario (art. 20.1 LCCC).

2. En cumplimiento del mandato establecido por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias (EAC) en los términos a los que después se aludirá, el presente Proyecto de Decreto se dirige a aprobar un Reglamento dictado en desarrollo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, lo que determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Presidente para solicitarlo, según los citados arts. 11.1.B.b) y 12.1 de la citada LCCC.

II

Procedimiento de elaboración de la norma.

1. En el procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto (PD) se ha dado cumplimiento a las exigencias legales y reglamentarias de aplicación previstas en el art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como en el Decreto 15/2016, de 11 de marzo, del Presidente, por el que se establecen las normas internas para la elaboración y tramitación de las iniciativas normativas del Gobierno y se aprueban las directrices sobre su forma y estructura (Decreto 15/2016).

Consta incorporada al expediente la siguiente documentación:

- Informe de iniciativa reglamentaria, de 17 de enero de 2022 (Directriz novena del Decreto 15/2016), emitido por la Viceconsejería de Economía e Internacionalización, que contiene la justificación y análisis de la iniciativa normativa e incluye:

- La memoria económica de la iniciativa (art. 44 y disposición final primera de la Ley 1/1983). Posteriormente, se emitirán memorias complementarias en fechas: 15 de marzo de 2022, 11 de enero de 2023 y 19 de enero de 2023.

- El impacto por razón de género del proyecto normativo (apartado 2 del art. 6 de la Ley 1/2010, de 26 de febrero, Canaria de Igualdad entre Mujeres y Hombres).

- El impacto empresarial del proyecto normativo (art. 17 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Fomento y Consolidación del Emprendimiento, el Trabajo Autónomo y las PYMES en la Comunidad Autónoma de Canarias).

- El impacto en la infancia y adolescencia del proyecto reglamentario (art. 22 *quinquies* de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por el apartado veintiuno del art. 1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

- El impacto en la familia del proyecto normativo, (disposición adicional décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, en la redacción dada por el apartado tres de la disposición final quinta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

- El informe de impacto por razón de cambio climático [art. 26.3.h) Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, de aplicación supletoria en virtud de la disposición final primera de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, en relación con el art. 44 de esta última; letra h) del art. 26.3 de la Ley 50/1997, introducido por la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética].

- Informe emitido el 25 de enero de 2022, por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo, de comprobación del informe Evaluación de Impacto de Género (Directriz sexta del Acuerdo de Gobierno de 26 de junio de 2017, que exige el traslado del Informe de Impacto de género emitido, a la Unidad de Apoyo de la Secretaría General Técnica, en su calidad de Responsable Funcional de la Unidad de Igualdad, en la que se verifique que tal Informe responde a los criterios establecidos en las directrices) e informe sobre impacto de género y sobre la identidad y expresión de género o las características sexuales, emitido por la Secretaría General antes citada, el 27 de marzo de 2023.

- Informes complementarios de la Viceconsejería de Economía e Internacionalización sobre la evaluación del impacto sobre la identidad y expresión de género o las características

sexuales (art. 13 de la Ley 2/2021, de 7 de julio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales), de 27 de enero de 2022 y de comprobación, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo, de 31 de enero de 2022.

- Informes de la Oficina Presupuestaria (art.2.2.f) del Decreto 153/1985, de 17 de mayo, por el que se crean las Oficinas Presupuestarias de las Consejerías del Gobierno de Canarias), de fechas 29 de marzo de 2022 y 24 de enero de 2023.

- Informe de la Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios (arts. 7 y 8 del Decreto 48/2009, de 28 de abril, por el que se establecen en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias medidas ante la crisis económica y la simplificación administrativa y art. 96 d) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad, aprobado por Decreto 14/2021, de 18 de marzo), de fecha 13 de abril de 2022.

- Informes de la Dirección General de Planificación y Presupuesto [art. 26.2.h) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos, aprobado por Decreto 75/2022, de 3 de agosto], de fechas 29 de mayo de 2022 y 2 de febrero de 2023.

- Trámite de consulta a los distintos Departamentos de la Administración autonómica [Norma tercera, apartado 1, letra e) en relación con el apartado 1 de la norma octava del Decreto 15/2016], constando observaciones realizadas por Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos, de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, de la Consejería de Administraciones Públicas. Asimismo, se solicitó informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (art. 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de la Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y de las autoridades autonómicas en materia de competencia, como entidades de competencias similares a las propias del órgano de cuya creación se trata, habiéndose recibido observaciones por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de la Comisión Gallega de Competencia y de la Autoridad Vasca de Competencia.

- Informe de la Viceconsejería de Economía e Internacionalización, de 6 de febrero de 2023, en el que se evalúan las observaciones llevadas a cabo por los distintos Departamentos,

así como en los informes preceptivos evacuados (Dirección General de Planificación y Presupuesto, Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios), y los Informes de la CNMC, la Comisión Gallega de la Competencia y la Autoridad Vasca de la Competencia.

- Informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos, de 22 de marzo de 2023 [art. 20.f) del Reglamento de este Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero], así como informe de la Viceconsejería de Economía e Internacionalización, de 23 de marzo de 2023, sobre las observaciones del Servicio Jurídico.

- Informe conjunto de legalidad de las Secretarías Generales Técnicas de la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo y de la de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad, emitido el 29 de marzo de 2023 [art. 44 de la citada Ley 1/1983, así como art. 15.5.a) del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica de Canarias].

- Informe de la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno, de 28 de marzo de 2023 (art. 2 del Decreto 37/2012, de 3 de mayo).

2. En la elaboración del Proyecto de Decreto no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obstaculicen la emisión de un dictamen de fondo.

Debe señalarse que si bien la Ley 1/1983, de 14 de abril ha sido derogada por la Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias (BOC nº 66, de 3 de abril de 2023) que en su artículo 80 contempla el procedimiento de elaboración y aprobación de las normas reglamentarias, esta última no resulta de aplicación al procedimiento, dado que la presente iniciativa comenzó a tramitarse antes de la entrada en vigor de dicha norma, sin que contenga regulación alguna transitoria.

Ha sido, por tanto, la Ley 1/1983 la que se ha tomado en consideración a los efectos de determinar la regularidad del procedimiento seguido para la elaboración del texto normativo sometido a dictamen; sin perjuicio, eso sí, de que la Ley 4/2023, cuya entrada en vigor se ha producido el 4 de abril de este mismo año, resulta ya de aplicación en lo relativo a su contenido sustantivo.

De cualquier modo, no obstante, deben ser excluido del expediente el documento que figura a su término en la edición electrónica (328-343), en tanto que relativo a un asunto por

completo ajeno, que nada tiene que ver con el que es propio del presente expediente y cuya incorporación al mismo, es de suponer, ha de atribuirse a un simple error mecánico o de transcripción.

III

Objeto y justificación de la norma proyectada.

1. Tal y como explicita el propio título de la norma proyectada, ésta crea el Consejo Canario de Defensa de la Competencia y regula su procedimiento de funcionamiento.

Tal regulación responde al mandato mismo impuesto por el art. 120.3 de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, que, tras atribuir nuevas competencias a Canarias en materia de Derecho de la Competencia, establece el mandato de crear *“un órgano especializado de defensa de la competencia con jurisdicción en todo el Archipiélago, cuya actividad se coordinará con los previstos en el estatal y comunitario europeo.”*

En este sentido, señala el Preámbulo del PD:

“Con la creación del Consejo Canario de Defensa de la Competencia, el Gobierno de Canarias, aparte de cumplir con un ineludible compromiso estatutario cuya materialización no puede dilatarse en un escenario de relaciones de mercado en permanente cambio, y hoy profundamente alteradas por la crisis del coronavirus, tiene la firme voluntad de que el nuevo órgano esté en condiciones de hacer suyas las mejores prácticas seguidas por los organismos de supervisión y control en los ordenamientos más experimentados. Para ello, es preciso que el Consejo Canario de Defensa de la Competencia goce de un grado razonable de autonomía y disponga de unos medios suficientes en su fase inicial de despegue. Si así no fuera, la oportunidad que brinda ahora la norma estatutaria se desaprovecharía inútilmente para el deseado progreso del Archipiélago.

La creación del nuevo órgano en la actual coyuntura está doblemente justificada. La crisis provocada por la Covid-19 suministra importantes lecciones sobre el valor de las instituciones, especialmente de aquellas que hacen posible el correcto funcionamiento de unos mercados que se han mostrado incapaces de ajustar sus variables con suficiente rapidez para atender las necesidades que surgen en momentos de máxima tensión. Cabe recordar que la Comisión Europea puso en valor, en su Comunicación de 8 de abril de 2020 (2020/C 116 I/02), las potencialidades del ordenamiento de la competencia para la protección de las empresas y los consumidores en las circunstancias excepcionales derivadas de la pandemia. Y que, lejos de mostrar una actitud indulgente, advirtió que seguiría

supervisando estrecha y activamente la evolución de los mercados para detectar los casos de empresas que aprovecharan la situación actual para infringir el ordenamiento de la competencia, ya sea participando en acuerdos colusorios o abusando de su posición dominante. De la misma manera, la European Competition Network subrayó la importancia de garantizar que los productos considerados esenciales para proteger la salud de los consumidores en la situación actual permanezcan disponibles a precios competitivos, advirtiendo con toda severidad a quienes abusen de la situación actual coludiendo con otros competidores o explotando su posición dominante en determinados mercados. Mientras todo esto acontecía, Canarias carecía de un órgano de la competencia que pudiera velar por la competencia en el Archipiélago.”

2. Por lo demás, en el preámbulo del PD se justifica que la aprobación de la iniciativa y el texto de la misma aseguran el cumplimiento de los principios de buena regulación a que hace referencia el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuya aplicación a la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas confirmó en su fundamento jurídico 7.b) la STC 55/2018, de 24 de mayo, con lo que se cumple con el mandato legal establecido en dicho precepto, en orden a la justificación de la adecuación de la norma a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. La necesidad de observar estos principios deviene obligada ahora también, a tenor de lo dispuesto por el art. 66 de la Ley 4/2023, que, como ya se ha dicho, es de aplicación en lo que atiene al contenido sustantivo de la norma proyectada.

IV

Estructura y contenido del PD.

Consta el Proyecto de Decreto de la siguiente estructura y contenido:

- Un Preámbulo, en el que se establece la justificación, el marco normativo y competencial, y la estructura y contenido del PD.
- Una parte dispositiva que contiene quince artículos, distribuidos en cinco capítulos, con el siguiente contenido:

El Capítulo I, rubricado *“Disposiciones generales”*, contiene los arts. 1, por el que se crea el Consejo Canario de Defensa de la Competencia; 2, que regula su naturaleza y ámbito de actuación; y 3, que establece los fines del Consejo.

El Capítulo II lleva por título *“Composición y organización”*, y en él se incluyen el art. 4: Composición y atribuciones de las personas que integran el Consejo Canario de Defensa de la Competencia; el art. 5: Nombramiento y mandato de las personas que integran la presidencia, las vocalías y la secretaría del Consejo Canario de Defensa de la Competencia; y el art. 6: Estatuto personal de las personas que forman parte del Consejo Canario de Defensa de la Competencia.

Por su parte, el Capítulo III, rubricado *“Funciones”*, regula las funciones del Consejo en materia de defensa de la competencia (art. 7); las funciones en materia de promoción de la competencia (art. 8); dedicando el art. 9 a las funciones de la presidencia del Consejo Canario de Defensa de la Competencia.

El Capítulo IV regula el Régimen Jurídico del Consejo. Así, el art. 10 regula las normas y principios de los procedimientos en materia de competencia del Consejo Canario de Defensa de la Competencia; el art. 11 los recursos; el art. 12 regula el ejercicio de acciones e intervención ante órganos jurisdiccionales; y el art. 13 el régimen de publicidad de las actuaciones.

El Capítulo V lleva por título *“Régimen económico”*, dedicando el art. 14 a la cobertura presupuestaria y el art. 15 a las indemnizaciones por razón del servicio y compensaciones económicas por la redacción elaboración de resoluciones, e informes y acuerdos.

- Consta, asimismo, el Proyecto de Decreto de cuatro disposiciones adicionales y dos disposiciones finales:

Disposición adicional primera.- Código de Conducta y Memoria Anual.

Disposición adicional segunda.- Referencias a la normativa vigente, donde se explicita que las referencias normativas recogidas en el PD se entenderán hechas, en su caso, a las normas que las sustituyan.

Disposición adicional tercera.- Faculta al Consejero o Consejera competente en materia de economía a incrementar el importe máximo de la compensación económica a percibir por las personas integrantes del Consejo Canario de Defensa de la Competencia por la elaboración de resoluciones, informes y acuerdos establecido en el art. 15.2 del PD, en función de las variaciones porcentuales que experimente el Índice de Precios al Consumo (IPC) publicado por el Instituto Nacional de Estadística.

Disposición adicional cuarta.- Contiene una habilitación en favor del titular de la Consejería competente en materia de economía para dictar cuantas resoluciones sean precisas para el desarrollo y ejecución del presente Decreto.

Disposición final primera.- Modifica el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo, aprobado por Decreto 9/2020, de 20 de febrero, en los términos en ella indicados.

Disposición final segunda.- Fija la entrada en vigor de la norma al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias.

V

Marco normativo y competencial.

1. Como marco normativo en el que se inserta la norma proyectada, deben señalarse los siguientes antecedentes, que determinan la actual distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia:

Tras dictarse la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de noviembre de 1999, dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989, estimó parcialmente los citados recursos y declaró la inconstitucionalidad de la cláusula *“en todo o en parte del mercado nacional”*, contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25, a) y c) de la Ley 16/1989.

Los efectos de este fallo se tradujeron en la necesidad de establecer, mediante Ley estatal, el marco para el desarrollo de las competencias ejecutivas del Estado y las Comunidades Autónomas previstas en la Ley, y su desarrollo reglamentario.

En este contexto, se dictó la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, en cuya Exposición de Motivos se señala:

“(...) en la medida en que el conjunto de competencias atribuidas al Estado por la Constitución no lo impidan, podrá corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus propios Estatutos.

Analizando los Estatutos de Autonomía, existen referencias más o menos generalizadas de atribución competencial a las Comunidades Autónomas en materia de “comercio interior”, lo cual, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada, abarca la competencia relacionada con la “defensa de la competencia”, si bien se restringe al ámbito ejecutivo siendo en todo caso del Estado la competencia legislativa.

La conclusión que de ello se desprende es que las Comunidades Autónomas que así lo han previsto en sus Estatutos tienen competencias ejecutivas en relación con el “comercio interior” y, por ende, con la “defensa de la competencia”.

No obstante, el ejercicio de estas competencias debe armonizarse con la necesidad de proteger la unidad de la economía nacional y la exigencia de un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica -artículo 149.1.13.a de la Constitución- todo ello en aras a respetar la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica -artículos 139.1 y 149.1.1.a de la Ley Fundamental-. Por esta razón, considera el Tribunal Constitucional que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional han de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos deban realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha venido a imponer al Estado el deber de articular los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional y, desde luego, establecer los mecanismos de conexión pertinentes, siempre que resulten constitucional y estatutariamente correctos, y los imprescindibles mecanismos de colaboración e información recíproca.”

A partir de esta Ley se produjo la aplicación descentralizada del ordenamiento de la competencia por nuevos órganos especializados y relativamente independientes.

Y Canarias, por su parte, asumió materialmente en 2006, de acuerdo con la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, las competencias ejecutivas en esta materia con la creación de un servicio de defensa de la competencia, adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea, en virtud del Decreto 118/2006, de 1 de agosto.

De este modo, la Comunidad Autónoma de Canarias optó por la implantación de un sistema de defensa de la competencia articulado en torno a un único órgano de carácter instructor, correspondiendo a la CNMC la resolución de los expedientes instruidos por aquél, según lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, en tanto no se constituya el correspondiente órgano autonómico con funciones de resolución en esta materia.

Posteriormente, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que vino a derogar la Ley 16/1989, estableció en su Título II el esquema institucional para la aplicación de la Ley, regulando en su Capítulo I los órganos competentes para su aplicación y en el Capítulo II los mecanismos de colaboración y cooperación, disponiendo el art. 13:

“1. Los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de esta Ley ejercerán en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley de acuerdo con lo dispuesto en la misma y en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

2. Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

Y en desarrollo de esta Ley, se dictó el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, estableciendo su Disposición Adicional: *“Las referencias contenidas en este Reglamento a la Comisión Nacional de la Competencia y a sus órganos de dirección relativas a funciones, potestades administrativas y procedimientos, se entenderán*

también realizadas a los órganos de instrucción y resolución correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.”

Promovido recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno de Canarias, singularmente, en relación con los arts. 9 y 13 de la Ley 15/2007, previo dictamen favorable de este Consejo Consultivo (Dictamen 185/2008, de 20 de mayo), la STC 108/2014, de 26 de junio, vino a desestimar dicho recurso en el marco de la distribución constitucional y estatutaria de las competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma a la sazón vigente.

Pues bien, en este contexto normativo, el EAC (tras su reforma mediante Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre) atribuye ahora a la Comunidad Autónoma de Canarias nuevas competencias en materia de Derecho de la Competencia: por un lado, *«la competencia exclusiva en materia de promoción de la competencia en los mercados respecto de las actividades económicas que se ejercen principalmente en Canarias»* (art. 120.1); y, por otro, *«la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia en el ejercicio de las actividades económicas que alteren o puedan alterar la libre competencia del mercado en un ámbito que no supere el territorio del Archipiélago»* (art. 120.2), previendo el art. 120.3 el mandato de creación de *«un órgano especializado de defensa de la competencia con jurisdicción en todo el Archipiélago, cuya actividad se coordinará con los previstos en el ámbito estatal y comunitario europeo»*.

Obedece a este mandato el PD que nos ocupa, justificando en su Preámbulo que se acoge un *“modelo de órgano especializado, colegiado e independiente de promoción y defensa de la competencia, de estructura muy simple, que cubre el actual vacío y permite asumir todas las competencias reconocidas estatutariamente, sin necesidad de remitir su ejercicio a los órganos centrales. La especialización del órgano trata de asegurarse exigiéndose que el presidente y los vocales sean personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación del Consejo Canario de Defensa de la Competencia (CCDC). La pluralidad de miembros organizados en un collegium conjura en no escasa medida el riesgo, siempre presente, de captura del órgano; y la inamovilidad de cada uno mientras dura su mandato preserva su independencia y la autonomía funcional del órgano, inexcusable para el ejercicio de muchas de sus atribuciones”*.

Y es que según se explica:

“el mapa actual de autoridades territoriales de defensa de la competencia registra dos modelos de configuración orgánica, uno simple y el otro complejo. El modelo complejo conjuga una mayor especialización e independencia con un mayor coste en recursos que a veces derivan en una mayor

burocratización. El modelo simple, por el contrario, permite una mayor economía en el gasto público a cambio de una menor especialización, independencia y profundización en el ejercicio de las funciones.

En este marco general, el Gobierno de Canarias entiende que la estrategia a seguir debe ser ante todo realista, de modo que no se olvide que no todas las comunidades autónomas tienen la misma estructura económica, ni todos los mercados participan del mismo grado de madurez. Ante economías y mercados desiguales, los instrumentos de defensa de la competencia deben dimensionarse en cada caso y guardar una relación medio-fin adecuada y proporcionada a los procesos económicos que vayan a ser objeto de promoción, supervisión y control concurrencial”.

2. El art. 120 EAC contempla dos títulos competenciales diferenciados, al distinguir la “promoción de la competencia” y la “defensa de la competencia”, atribuyendo a Canarias la competencia exclusiva en relación con la promoción de la competencia en los mercados respecto de las actividades económicas que se ejercen principalmente en Canarias; y la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia en el ejercicio de las actividades económicas que alteren o puedan alterar la libre competencia del mercado en un ámbito que no supere el territorio del Archipiélago.

- La promoción de la competencia comprende las actividades tipificadas como tales en la legislación antitrust, que son complementarias de la función de defensa de la competencia. Así, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, asignó a los órganos centrales antitrust la función de “[p]romover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos” [art. 5.1.h)]. En este sentido, la promoción de la competencia se desarrolla mediante actuaciones de divulgación, promoción, formación y análisis, así como a través de recomendaciones de mejora de la normativa y el fomento de una actuación favorecedora de la competencia por parte de las Administraciones Públicas.

- Por su parte, la defensa de la competencia se centra en la defensa misma de la libre competencia del mercado, respecto de las actividades económicas que alteren o puedan alterar en un ámbito que no supere el territorio de, en este caso, nuestro Archipiélago. Así, en el art. 120.2 EAC se señala que esta competencia incluye, en todo caso:

“a) La ejecución de medidas relativas a los procesos económicos que afecten a la competencia.

b) La inspección y ejecución del procedimiento sancionador.

c) La defensa de la competencia en el ejercicio de la actividad comercial.”

Respecto de las competencias ejecutivas, aclara el art. 97 EAC que corresponde a Canarias:

“a) la función ejecutiva, que incluye, en todo caso, la potestad de organización de su propia administración, así como las potestades de inspección y de sanción y, en general, todas aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública.

b) la potestad reglamentaria, que comprende la aprobación de reglamentos internos de organización y servicios.”

Ahora bien, el alcance de la competencia ejecutiva de Canarias en materia de defensa de la competencia ha de ser interpretado en el marco de la distribución competencial Unión Europea-Estados miembros y, a su vez, en el marco de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado.

Y, en este sentido, como ya hemos señalado anteriormente, es determinante la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, que vino a definir las funciones legislativas y ejecutivas que han de permanecer en la esfera del Estado y fijar las técnicas de coordinación entre los órganos estatales y autonómicos de defensa de la competencia, con la finalidad de garantizar la uniformidad en la aplicación de las normas antitrust en todo el mercado nacional, junto con el diseño de unos mecanismos de cooperación y de información recíproca.

Por ello, y dentro de este marco, las funciones ejecutivas ejercitables por la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de defensa de la competencia son las que se recogen en la Ley 15/2007, 3 julio, en relación con las conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia: los acuerdos o prácticas colusorias, el abuso de posición dominante, y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

A dichas competencias cabría añadir:

- las que le pueden transferir o delegar por el Estado, al amparo del art. 150.2 CE y art. 100.1 EAC

- las que pueda ejercer, en el ámbito de las competencias estatales, mediante convenio o acuerdo con el Estado, en los términos del art. 4 de la Ley 1/2002, de 21 febrero, puesto en relación con el art. 100.2 EAC

- las que pueda ejercer, en el ámbito de las competencias estatales, como órganos de colaboración, como son la emisión de informe sobre ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales que se remitirán a la CNMC (art. 11.5 de la Ley 15/2007) o la emisión de informes en la fase de instrucción, ante dicha CNMC, del procedimiento de control de concentraciones económicas;

- las facultades instrumentales que se le atribuyan por normativa sectorial, como la cooperación con órganos jurisdiccionales (art. 16 de la Ley 15/2007) o la legitimación para la acción impugnatoria en sede contencioso- administrativa (art. 13.2 de la Ley 15/2016).

De esta manera, la norma proyectada ejercita la competencia ejecutiva prevista en el art. 97 EAC en relación con el mandato del art. 120.3, que impone:

“Para garantizar los aspectos previstos en los apartados anteriores, se creará un órgano especializado de defensa de la competencia con jurisdicción en todo el Archipiélago, cuya actividad se coordinará con los previstos en el ámbito estatal y comunitario europeo.”

En materia de defensa de la competencia, la existencia del órgano independiente que crea, y cuyo funcionamiento regula, el PD que nos ocupa, en cumplimiento del art. 120.3 EAC, se inserta en el marco dado, por un lado, por la normativa europea, en tanto la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, en relación específica a la autoridad administrativa nacional que haya de aplicar los arts. 101 y 102 TFUE, exige la imparcialidad y capacidad técnica en el desempeño de sus funciones (art. 4) y la suficiencia de recursos para el desempeño de tales cometidos (art. 5). Y, por otro lado, en virtud de lo establecido en la Ley 1/2002, cuya D.A.1ª2 señala expresamente: *“los órganos de las Comunidades Autónomas que ejerzan funciones que en el Estado se atribuyan al Tribunal de Defensa de la Competencia, deberán actuar con independencia, cualificación profesional y sometimiento al ordenamiento jurídico”*.

Se ejercita, así también, la *“potestad de organización de su propia administración”* y de *“aprobación de reglamentos internos de organización de los servicios”*, del art. 97 EAC, en

relación con arts. 104, 106.1,c) y 107 EAC, siempre dentro marco de la normativa estatal dictada al amparo del art. 149.1.18 CE.

Por todo lo expuesto, Canarias ostenta la competencia requerida para aprobar el proyecto normativo que nos ocupa.

VI

Observaciones al PD.

Si bien se han corregido numerosos preceptos a raíz de las observaciones realizadas por los distintos departamentos, así como por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Comisión Gallega de Competencia, la Autoridad Vasca de Competencia, y las vertidas por el Servicio Jurídico, cabe hacer las siguientes observaciones al Proyecto de Decreto sometido a nuestra consideración:

1) Preámbulo.

En relación con el Preámbulo del PD cabe objetar la ausencia de referencia a la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, que, sin embargo, se cita a lo largo del articulado y cuya aprobación determinó el marco en el que se desarrolla la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en Defensa de la Competencia.

Y es que la Ley 1/2002, a cuyo amparo Canarias asumió competencias en esta materia en el año 2006, como ya se ha señalado anteriormente, fue consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de noviembre de 1999, dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989, frente a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Este último texto legal sería derogado por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en cuyo Preámbulo señala:

“En este marco, la presente Ley tiene por objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario y las competencias de las Comunidades Autónomas para la aplicación de las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia según lo dispuesto

en la Ley 1/2002 de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.”

Así, la Ley 15/2007, vino, por medio de su disposición adicional décima, a modificar la Ley 1/2002, en coherencia con su contenido, y, en especial, su Título II, que contiene el esquema institucional para su aplicación, regulando en su Capítulo I los órganos competentes para su aplicación y en el Capítulo II los mecanismos de colaboración y cooperación.

En concreto, su art. 13 dispone:

“1. Los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de esta Ley ejercerán en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley de acuerdo con lo dispuesto en la misma y en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

2. Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

Es, posteriormente, por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en desarrollo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, viniendo expresamente a señalar su disposición adicional única:

“Las referencias contenidas en este Reglamento a la Comisión Nacional de la Competencia y a sus órganos de dirección relativas a funciones, potestades administrativas y procedimientos, se entenderán también realizadas a los órganos de instrucción y resolución correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”.

2) Artículo 2.2.

Establece este precepto: *“El Consejo Canario de Defensa de la Competencia ejerce sus atribuciones con independencia, objetividad y profesionalidad, sin sujeción a vínculo jerárquico alguno. En consecuencia, actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con independencia de cualquier interés empresarial o comercial, y ni su personal ni las personas que forman*

parte del mismo podrán solicitar o aceptar instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación de cualquier órgano ajeno a la misma en materia de promoción y defensa de la competencia.”

Pues bien, en aras de preservar la *“independencia, objetividad y profesionalidad”* en la actuación del Consejo, precisamente, la prohibición de *“solicitar o aceptar instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación”* ha de extenderse también a cualquier *“persona”* ajena al *“mismo”*.

3) Artículo 4.4 y 7.2 e) y g).

Según preceptúa este artículo, cabe la asistencia a las reuniones del Consejo de *“la persona titular del órgano o (de la) unidad de instrucción, cuando se convoque su presencia por estimarla necesaria”* de acuerdo con lo previsto por su último inciso. La expresión *“unidad de instrucción”*, que no resulta habitual, vuelve a reiterarse en el art. 7.2 e) para señalar también que la instrucción puede estar encomendada a órganos y unidades. Lo que en cambio parece descartar a continuación el art. 7.2 g) que solo habla de unidades. Procede unificar criterios y servirse de la terminología normalmente consolidada en nuestro Derecho para evitar problemas y general inseguridad en la interpretación de estos preceptos.

4) Artículo 5.2.

Establece este artículo en su apartado 2:

“1. El periodo de mandato de las personas que ostenten la presidencia y las dos vocalías del Consejo será de cinco años, pudiendo ser reelegidas, por una sola vez, para un nuevo mandato consecutivo, y no podrán ser removidas o cesadas de sus puestos durante el periodo de mandato, sino por las causas siguientes: (...)”, estableciéndose, en primer lugar, el fallecimiento.

Sin embargo, el fallecimiento, si bien es causa de *“cese”*, no es causa de que el miembro fallecido que ostentaba el puesto de que se trate sea *“removido o cesado”*, lo que implica un acto voluntario a tal fin, que, evidentemente no se produce por un fallecimiento.

5) Artículo 6.3.

Comienza este precepto señalando: *“Sin perjuicio del régimen de incompatibilidades que corresponda (...)”*, cuando justamente esta es la norma que ha de establecer las correspondientes incompatibilidades, con independencia de las que puedan resultar de

aplicación por virtud de los imperativos mandatos legales que pueda establecer con carácter general del ordenamiento jurídico.

6) Artículo 7.

Las sucesivas remisiones que realiza este precepto al contenido de otros textos legales en nada favorecen al entendimiento del ámbito funcional que le corresponde desarrollar al organismo que se crea en materia de defensa de la competencia por medio del presente PD.

No es una técnica objetable en sí misma, pero, cuando en un extremo tan relevante como es la identificación de las funciones que corresponden al Consejo Canario de Defensa de la Competencia, se acude en exceso al uso de tales remisiones (involucrando en este caso a diversos textos legales: Leyes 1/2002, 60/2003 y 15/2007), se está en grado de comprometer el principio de la seguridad jurídica y afectar a la necesaria claridad requerida a los textos normativos en lo que constituye la principal manifestación o la vertiente objetiva de dicho principio de seguridad jurídica, la certeza del Derecho.

En todo caso, no se trata de esto solo, ya que se incurre también en notorios defectos de técnica jurídica. Por una parte, no parece que los numerosos subapartados en que se desgrana el apartado segundo (se enumeran así del a) al k) las concretas funciones del Consejo: *“En particular, le corresponde: (...)”*) contraigan su alcance limitadamente al ámbito que anuncia su encabezamiento (*“en materia de concentraciones económicas y, en su caso, ayudas públicas”*). En el caso de no pocas de ellas resulta palmario que su alcance presenta una vocación más general (la de d), h), i), j), k), y la lista podría ser más larga). Por otra parte, resulta necesario un mayor esfuerzo en orden a clarificar el contenido de algunas de las funciones encomendadas al Consejo y formuladas en términos demasiado genéricos: por ejemplo, despejando las dudas sobre lo que ha de entenderse por esas *“competencias atribuidas a los órganos autonómicos de resolución”* a las que se refiere el art. 7.2.a).

Resulta menester también establecer con mayor precisión las diferencias existentes entre los procedimientos contemplados en los respectivos apartados primero y segundo de este precepto, cuando, como en ocasiones es el caso, reenvían a las mismas normas estatales (Ley 15/2007: arts. 1, 2 y 3). Y, en fin, ni el concepto de *“conductas concurrenciales”* (art. 7.1) es empleado por dicha Ley 15/2007, sino que se refiere singularmente a las *“conductas colusorias”* en su art. 1 y más genéricamente a *“conductas prohibidas”* (en sus tres preceptos

antes indicados); ni se tipifican en dichos preceptos “infracciones” propiamente como parece dar por sentado el art. 7.2 e).

La legislación autonómica comparada no incurre por el contrario en los advertidos defectos de técnica normativa en la identificación de las funciones atribuidas al Consejo Canario de Defensa de la Competencia. Por referirnos no más que a la normativa autonómica aprobada después de la vigente Ley (estatal) 15/2007, particularmente apropiada es la regulación en ella del elenco de competencias atribuidas a su respectivo organismo de defensa de la competencia (en el caso del País Vasco, Ley 1/2012: art. 3, a favor de la Autoridad Vasca de la Competencia; Galicia, Ley 1/2011: arts. 3 a 9, del Consejo Gallego de la Competencia; Cataluña, Ley 1/2009: art. 2.4, de la Autoridad Catalana; y Castilla y León, Decreto 15/2009: art. 5, del Tribunal para la Defensa de la Competencia de Castilla y León).

7) Artículo 8.3 y 7.2 b).

Preceptúa el art. 8, en su apartado 3:

“3. El Consejo Canario de Defensa de la Competencia está legitimado para interesar la impugnación ante la jurisdicción competente de los actos sujetos a Derecho Administrativo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, de las entidades que integran la Administración Local en su territorio y de los organismos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes de una y otras, así como las disposiciones generales de rango inferior a la ley emanadas de las mismas de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados del Archipiélago.”

En el mismo sentido, entre las funciones asumidas en particular por el Consejo Canario de Defensa de la Competencia, su art. 7.2 b) le asigna: “(...): b) Interesar el ejercicio de acciones judiciales o de intervención procesal previstos en la legislación en materia de defensa de la competencia.”

Quedan sin determinar los términos y las condiciones en que en su caso habría de llevarse a cabo por parte del Consejo Canario de Defensa de la Competencia la acción de “interesar” que así se le confía (señaladamente, cómo y ante quién habría de ejercitarse dicha acción).

Por otra parte, lo cierto es que, al margen de ello, el art. 12.1 establece:

“1. El ejercicio de acciones jurisdiccionales o la intervención procesal del Consejo Canario de Defensa de la Competencia en procesos jurisdiccionales será acordado por el Consejo a propuesta de la presidencia.”

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al referirse en su art. 13 a *Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas*, dispone:

“2. Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

De conformidad con esta previsión, algunas Comunidades Autónomas (por todas, el País Vasco -Ley 1/2012: art. 3.4- y Galicia -Ley 1/2011: art. 14-) han establecido la viabilidad de que sus respectivos organismos de defensa de la competencia puedan impugnar justamente tales actos y disposiciones *“de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”* (se trata, por lo demás, de aquellas Comunidades Autónomas cuya respectiva normativa es más reciente).

La legitimación para que el art. 12.1 venga a dar cabida a una previsión como la que contiene proviene de la Ley 15/2007 (art. 13.2).

En todo caso, no se cohonestan el art. 8.3 ni el art. 7.2 b) PD, con lo así dispuesto por el art. 12.1, en tanto el Consejo no es que esté legitimado para *“interesar”* la impugnación ante la jurisdicción competente, sino que lo está para *“impugnar”*, siendo la presidencia quien lo ha de proponer.

8) Artículo 9.

El art. 9 se inserta en el Capítulo III, rubricado *“Funciones”*. Sin embargo, desde el punto de vista sistemático, no parece adecuado aunar en este Capítulo las funciones de la Presidencia, como si este capítulo se destinara a las funciones de los miembros que integran la Comisión, pues a ello se dedica expresamente el art. 4, cuyo apartado 2, sin que se comprenda por qué se remite para las atribuciones de la Presidencia al art. 9, integrado en el Capítulo III.

Debería, el Capítulo III, limitarse a los arts. 7 y 8, relativos, respectivamente, a las funciones de la Comisión en relación con la defensa de la competencia y en relación con la promoción de la competencia, revirtiendo el contenido del art. 9 al art. 4, sobre atribuciones de las personas que integran el Consejo Canario de la Competencia, ciñéndose el Capítulo III a las funciones del propio Consejo Canario de la Competencia cuya ubicación desde un punto de vista sistemático, por otra parte, acostumbra a situarse tras la determinación de la naturaleza y los fines del organismo que se crea y, por tanto, antes de la concreción de su organización interna.

9) Artículo 10.1.

Establece este precepto: *“Los procedimientos en materia de competencia del Consejo Canario de Defensa de la Competencia se tramitarán según los principios y normas contenidos en la legislación sobre defensa de la competencia, siéndole de aplicación supletoria la legislación de procedimiento administrativo común”.*

En lo que concierne a este último inciso, debe señalarse que la legislación de procedimiento administrativo común se ha dictado en el ejercicio de la competencia exclusiva que al Estado le reserva la Constitución (art. 149.1.18º) en esta materia (procedimiento administrativo común); por lo que ha de estarse a lo que dicha normativa prescriba al efecto pretendido, sin que le sea dable al PD disponer de una competencia que no es suya.

Por lo demás, la normativa actualmente vigente en la materia (LPACAP) impone su obligada observancia con carácter general por todas las Administraciones Públicas, como se cuida de dejar expresamente consignado al efecto, al delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, su art. 2.

10) Disposición adicional cuarta.

Respecto a la Disposición adicional cuarta: *“Habilitación”*, por la que se autoriza al Consejero o Consejera competente en materia de economía para dictar cuantas resoluciones sean precisas para el desarrollo y ejecución del presente Decreto, procede objetar que, desde el punto de vista de técnica legislativa, debe formar parte de una disposición final, de conformidad con el Decreto 15/2016. Y es que, según su Directriz vigesimoséptima, son las disposiciones finales, y no las adicionales las que, entre otro contenido, incluyan *“Las autorizaciones y mandatos dirigidos a la producción de normas jurídicas como habilitaciones de desarrollo reglamentario o mandatos de presentación de proyectos normativos”.*

Por lo demás, ha de señalarse que la reciente Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias, resulta de aplicación al contenido sustantivo de esta disposición, conforme a nuestra doctrina expresada, entre otros, en nuestro Dictamen 155/2023, de 17 de abril (también, en los Dictámenes 153 y 154/2023, ambos de la misma fecha): como antes ha habido ocasión de reseñar también en este dictamen, ha de volver a insistirse ahora sobre ello, no es aplicable dicha Ley al *iter* procedimental seguido para la elaboración de la norma hasta el momento de su entrada en vigor; pero sí que lo es en lo que atiene al contenido sustantivo propio de la norma proyectada.

Ahora bien, dado que en este caso se trata de una materia eminentemente organizativa la que es objeto de regulación por parte del presente PD, no resultan trasladables las consideraciones de carácter crítico formuladas con ocasión de los dictámenes anteriores a una disposición de tenor similar, ya que el art. 76.3 de la Ley 4/2023 reconoce la potestad reglamentaria a los titulares de las Consejerías en lo relativo a la organización y a su respectivo ámbito interno de funcionamiento.

Pese a la potencial amplitud que sugiere la previsión que nos ocupa (*“cuantas resoluciones (sic) sean precisas para el desarrollo y ejecución del presente Decreto”*), si el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del titular de la Consejería se circunscribe a los aspectos organizativos y de funcionamiento del Consejo, dispone dicha potestad de la cobertura legal que proporciona el antes mencionado art. 76.3 de la Ley 4/2023; lo que no sucederá en cambio si al amparo de la habilitación que ofrece esta previsión reglamentaria (disposición adicional cuarta) la regulación pudiera tratar de extenderse por parte del titular de la Consejería a otros aspectos más allá de los antes indicados.

CONCLUSIÓN

El Proyecto de Decreto se considera ajustado a los parámetros normativos que le son de aplicación -de constitucionalidad, estatutoriedad y legalidad-, sin perjuicio de las observaciones de carácter técnico y sistemático que se realizan en el presente Dictamen.

**Dictamen 260/2023, de 13 de junio de 2023****Emitido por el Pleno****Ponente: Sra. Marrero Sánchez**

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la Consulta gubernativa sobre «la viabilidad jurídica de ejecución de las previsiones contenidas en la disposición adicional cuadragésima de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023, en cuanto la misma contiene mandatos incompatibles entre sí, ya que, por una parte, dispone el incumplimiento de las previsiones de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, y, por otra, previene que debe darse cumplimiento a lo establecido en la citada ley básica estatal» (EXP. 214/2023 CG)

FUNDAMENTOS**I****Solicitud de dictamen facultativo y carácter de la consulta.**

Mediante escrito de fecha 27 de abril de 2023, el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias solicita de este Consejo Consultivo dictamen facultativo acerca de la viabilidad jurídica de la ejecución de la disposición adicional cuadragésima de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023 (en adelante, Ley de Presupuestos).

La solicitud de dictamen se efectúa al amparo del art. 14 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), conforme al cual *«los Presidentes del Parlamento y del Gobierno podrán recabar además dictámenes en asuntos de especial relevancia. El objeto de la consulta deberá expresarse con claridad y precisión delimitando el alcance e incidencia de la materia o disposiciones afectadas y el ámbito concreto del pronunciamiento del Consejo»*.

Así, por lo que se refiere a la especial relevancia del asunto que justifica la petición de dictamen facultativo, viene dada, según el escrito de solicitud, por el hecho de que la

disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos contiene el mandato al Gobierno para que, por una parte, las plazas referidas a los Conservatorios de Música de Canarias, afectadas por los procesos selectivos previstos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (en adelante, Ley 20/2021), sean excluidas de las convocatorias de los procedimientos selectivos extraordinarios de estabilización ya publicadas, vinculados a la Ley 20/2021, y por otra, proceder a una nueva convocatoria de procedimiento de estabilización de las plazas referidas al margen del procedimiento establecido en dicha legislación básica.

A la solicitud de dictamen facultativo se acompaña informe emitido al respecto por la Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes. Asimismo, se acompaña escrito de alegaciones presentado en la Presidencia del Gobierno por D.^a Ana María Díaz Poggio y D. Jesús Salvador Vizcaíno Déniz, al que se adjunta informe jurídico.

Los términos de la consulta no se han expresado con la claridad y precisión que sería exigible, tal como se analizará en el Fundamento II de este Dictamen al referirnos al objeto de la consulta. Ello, no obstante, en aplicación del art. 14 LCCC y de acuerdo con los principios de lealtad y cooperación institucional que presiden nuestra actuación, procedemos a dar cumplida respuesta a las cuestiones planteadas.

Por otra parte, la solicitud se ha cursado por el procedimiento ordinario.

II

Objeto de la consulta.

El objeto de la consulta viene delimitado por el alcance e incidencia de las disposiciones afectadas, esto es, la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos y el art. 2 de la Ley 20/2021.

En este sentido, el escrito de solicitud del Sr. Presidente del Gobierno de Canarias precisa que ambas normativas colisionan frontalmente, al menos en los extremos siguientes:

1.º) En las plazas que deben incluirse en la oferta pública de empleo para la estabilización de empleo temporal:

- La legislación básica estatal obliga a la inclusión en la oferta pública de empleo de las plazas que hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

- La legislación autonómica dispone la exclusión de la oferta pública de empleo de las plazas referidas a los Conservatorios de Música de Canarias.

2.º) Las fechas de publicación de la oferta pública de empleo y de las convocatorias de selección:

- La legislación básica establece que la oferta pública de empleo debe aprobarse y publicarse en el Boletín Oficial antes del 1 de junio de 2022; y la publicación de las convocatorias antes del 31 de diciembre de 2022.

- La legislación autonómica (la Ley de Presupuestos aludida, que entró en vigor el 1 de enero de 2023), ordena tanto la modificación de la oferta como de la convocatoria efectuada en 2022 y, al mismo tiempo, efectuar una nueva oferta y una nueva convocatoria, sin fijar fecha, *«todo ello, en cumplimiento de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público y del resto del ordenamiento jurídico»*.

Continúa señalando el escrito del Sr. Presidente que:

«La colisión de ambas normas legales impide que puedan adoptarse las medidas que se recogen en la disposición adicional cuadragésima de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023, porque si lo que debe hacerse ha de efectuarse “en cumplimiento de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público y del resto del ordenamiento jurídico”, resulta legal y materialmente imposible dar cumplimiento a lo establecido en la reiterada Ley 20/2021, en cuanto ordena incluir las plazas (algunas de la que la ley autonómica ordena excluir) y realizar y publicar las convocatorias en 2022, mientras que la ley autonómica dispone su modificación y revocación en 2023 de la oferta de empleo y de la convocatoria efectuadas en 2022, así como la realización de una nueva oferta y una nueva convocatoria sin fecha, aunque podrían hacerse en 2023.

De acuerdo con lo anterior, conforme al artículo 14 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, se solicita dictamen facultativo del Consejo Consultivo de Canarias acerca de la viabilidad jurídica de ejecución de las previsiones contenidas en la disposición adicional cuadragésima de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023, en cuanto la misma contiene mandatos incompatibles entre sí, ya que, por una parte, dispone el cumplimiento de las previsiones de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, y, por otra, previene que debe darse cumplimiento a lo establecido en la citada ley básica estatal».

Tal como hemos apuntado en el Fundamento anterior, los términos en los que viene redactada la solicitud de consulta no resultan del todo claros, poniendo de manifiesto, por un lado, las dudas del Gobierno respecto a la compatibilidad entre la Ley 20/2021 y la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos, para, a continuación, al formular la consulta, aseverar que *«la misma contiene mandatos incompatibles entre sí»*, manteniéndose, sin embargo, incólume lo que constituye el verdadero objeto de la consulta, cual es, *«la viabilidad jurídica de ejecución de las previsiones contenidas en la disposición adicional cuadragésima de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023»*.

Es por ello que este Consejo Consultivo, ciñéndose al concreto objeto de consulta (la viabilidad jurídica de ejecución de las previsiones contenidas en la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos), procede a emitir dictamen en el ejercicio de la función consultiva -que no asesora- que le es propia, dictaminando sobre la adecuación al ordenamiento jurídico de la cuestión planteada (art. 1.1 LCCC).

III

Antecedentes.

1. La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

1.1. Se ha de partir de la premisa que la Ley 20/2021, tal como señala su Exposición de Motivos, pretende dar respuesta a la excesiva temporalidad de muchos de los puestos de trabajo existentes en las Administraciones Públicas, derivada de múltiples factores que han abusado de las interinidades y el trabajo temporal, a la que intenta poner freno o, por lo menos, acotar, sobre todo tras recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en relación con la Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el contrato de duración determinada (en adelante, el Acuerdo Marco).

Así, señala la Exposición de Motivos, *«la cláusula 4.ª del Acuerdo Marco establece la equiparación entre personal temporal y fijo con base en el principio de no discriminación, salvo existencia de causas objetivas que justifiquen una diferencia en el régimen jurídico de ambas clases de personal»*.

Por su parte, la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco prevé la adopción de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de nombramientos temporales. Si bien esta cláusula no tiene efecto directo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha insistido en que la determinación del abuso corresponde a los jueces nacionales y que la aplicación de las soluciones efectivas y disuasorias dependen del Derecho nacional, instando a las autoridades nacionales a adoptar medidas efectivas y adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar un eventual uso abusivo de la temporalidad.

En cualquier caso, el TJUE comparte la postura, defendida por España, de que no cabe en nuestra Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. Esta opción está excluida categóricamente en el Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En síntesis, la doctrina que ha fijado el TJUE en esta materia dispone que las autoridades españolas tienen que instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad; y que las diferencias en el régimen jurídico del personal temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin».

Como medidas complementarias inmediatas para paliar la situación existente, el art. 2 de la Ley 20/2021, así como sus disposiciones adicionales sexta y octava, establecen procesos de estabilización de empleo temporal. Así:

- Artículo 2. Procesos de estabilización de empleo temporal.

«1. Adicionalmente a lo establecido en los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

Sin perjuicio de lo que establece la disposición transitoria primera, las plazas afectadas por los procesos de estabilización previstos en los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de

Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, serán incluidas dentro del proceso de estabilización descrito en el párrafo anterior, siempre que hubieran estado incluidas en las correspondientes ofertas de empleo público de estabilización y llegada la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, no hubieran sido convocadas, o habiendo sido convocadas y resueltas, hayan quedado sin cubrir.

2. Las ofertas de empleo que articulen los procesos de estabilización contemplados en el apartado 1, así como el nuevo proceso de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022 y serán coordinados por las Administraciones Públicas competentes.

La publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas incluidas en las ofertas de empleo público deberá producirse antes del 31 de diciembre de 2022.

La resolución de estos procesos selectivos deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2024.

3. La tasa de cobertura temporal deberá situarse por debajo del ocho por ciento de las plazas estructurales.

4. La articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, comunidades autónomas y entidades locales, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas en el desarrollo de los mismos en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público.

Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

En el supuesto de que en la normativa específica sectorial o de cada Administración así se hubiera previsto, los mecanismos de movilidad o de promoción interna previos de cobertura de plazas serán compatibles con los procesos de estabilización.

5. De la resolución de estos procesos no podrá derivarse, en ningún caso, incremento de gasto ni de efectivos, debiendo ofertarse en estos procesos, necesariamente, plazas de naturaleza estructural que se encuentren desempeñadas por personal con vinculación temporal.

6. Corresponderá una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización.

En el caso del personal laboral temporal, dicha compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.

La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso.

7. Con el fin de permitir el seguimiento de la oferta, las Administraciones Públicas deberán certificar al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, el número de plazas estructurales ocupadas de forma temporal existente en cada uno de los ámbitos afectados».

- Disposición adicional sexta. Convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración.

«Las Administraciones Públicas convocarán, con carácter excepcional y de acuerdo a lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del TREBEP, por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016.

Estos procesos, que se realizarán por una sola vez, podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales y respetarán, en todo caso, los plazos establecidos en esta norma».

- Disposición adicional octava. Identificación de las plazas a incluir en las convocatorias de concurso.

«Adicionalmente, los procesos de estabilización contenidos en la disposición adicional sexta incluirán en sus convocatorias las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación, de esta naturaleza, anterior al 1 de enero de 2016».

Finalmente, y en lo que a la consulta objeto del presente dictamen interesa, la disposición adicional cuarta de la Ley 20/2021 establece unas medidas de agilización de los procesos selectivos, señalando:

«Las Administraciones Públicas deberán asegurar el cumplimiento del plazo establecido para la ejecución de los procesos selectivos mediante la adopción de las medidas apropiadas para el desarrollo ágil de los procesos selectivos, tales como la reducción de plazos, la digitalización de los procesos o la acumulación de pruebas en un mismo ejercicio, entre otras.

Las convocatorias de estabilización que se publiquen podrán prever para aquellas personas que no superen el proceso selectivo, su inclusión en bolsas de personal funcionario interino o de personal laboral temporal específicas o su integración en bolsas ya existentes. En dichas bolsas se integrarán aquellos candidatos que, habiendo participado en el proceso selectivo correspondiente, y no habiendo superado éste, sí hayan obtenido la puntuación que la convocatoria considere suficiente».

1.2. Conviene desde ahora, asimismo, dejar señalado que con la finalidad de regular con carácter básico los procedimientos selectivos de ingreso derivados de la Ley 20/2021, por Real Decreto 270/2022, de 12 de abril, se procedió a la modificación del Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, aprobado por Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, al objeto de añadir a esta norma dos nuevas disposiciones transitorias (cuarta y quinta) que se refieren, respectivamente, a los procesos contemplados en el art. 2 y en las disposiciones adicionales sexta y octava de la Ley 20/2021.

2. Incidencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

En ejecución del mandato contenido en la disposición adicional novena de la Ley 20/2021, el Gobierno de Canarias aprobó el Decreto 82/2022, de 21 de abril, (en adelante, Decreto 82/2022) por el que se modifica el Decreto 133/2021, de 23 de diciembre, relativo a la Oferta de Empleo Público del personal docente no universitario para el año 2021 y se aprueba la Oferta de Empleo Público de personal docente no universitario para el año 2022,

y la Oferta de Empleo Público adicional para la estabilización del empleo temporal de personal docente de centros públicos no universitarios en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC núm. 83, de 29 de abril de 2022).

Esta norma fue modificada por el Decreto 200/2022, de 27 de octubre (en adelante, Decreto 200/2022), por el que se aprueba la modificación de la Oferta de Empleo Público adicional para la estabilización del empleo temporal de personal docente de centros públicos no universitarios en la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2022 (BOC núm. 221, de 9 de noviembre de 2022). Modificación que tuvo por objeto los siguientes aspectos:

a) La corrección de errores en el cómputo de la tasa adicional para la estabilización del empleo temporal, conllevando una minoración de 385 plazas correspondientes al proceso de estabilización de empleo de larga duración; y una reducción de 224 plazas correspondientes al proceso de estabilización de empleo mediante convocatoria extraordinaria por el procedimiento de concurso-oposición.

b) Corrección de errores en la redistribución de las plazas aprobadas para la estabilización de empleo temporal correspondientes al Cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas, entre las plazas pertenecientes al Conservatorio Profesional y al Conservatorio Superior de Música, que conlleva su adscripción en diferentes cuerpos docentes: Cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas y Cuerpo de Catedráticos de Música y Artes Escénicas, respectivamente.

c) Declarar extinguido el Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional y la inclusión del Cuerpo de Profesores Especialistas en Sectores Singulares de Formación Profesional.

Como consecuencia de este Decreto, y en lo que aquí interesa, la Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes dicta las siguientes órdenes, publicadas en el BOC núm. 235, de 29 de noviembre de 2022, referidas, respectivamente, a los procesos de estabilización contemplados en el art. 2 y en las disposiciones adicionales sexta y octava de la Ley 20/2021:

- Orden de 21 de noviembre de 2022, por la que se convoca procedimiento selectivo extraordinario de estabilización, por el sistema de concurso-oposición, para el ingreso en los Cuerpos de Enseñanza Secundaria, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Catedráticos

de Música y Artes Escénicas, Profesores de Música y Artes Escénicas, Profesores de Artes Plásticas y Diseño, Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño y Profesores Especialistas en Sectores Singulares de Formación Profesional, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, correspondiente a la Oferta de Empleo Público de 2022, y se aprueban las correspondientes bases.

- Orden de 21 de noviembre de 2022, por la que se convoca procedimiento selectivo excepcional de estabilización, por el sistema de concurso, para el ingreso en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Catedráticos de Música y Artes Escénicas, Profesores de Música y Artes Escénicas, Profesores de Artes Plásticas y Diseño, Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño, Cuerpo de Profesores Especialistas en Sectores Singulares de Formación Profesional y Cuerpo de Maestros, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, correspondiente a la Oferta de Empleo Público de 2022, y se aprueban las correspondientes bases.

A dichos procedimientos le son de aplicación, conforme a las bases contenidas en las referidas órdenes, la ya citada normativa aprobada por el Real Decreto 270/2022, de 12 de abril, por el que se modifica el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, Real Decreto 270/2022), y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima de la citada Ley, aprobado por Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, modificado por el Real Decreto 270/2022, de 12 de abril, regulador de los procedimientos que se convoquen en aplicación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Sentado lo anterior, se ha de señalar, en relación con las plazas correspondientes a los Conservatorios de Música de Canarias -y que constituyen el objeto de la presente consulta- que, dichas plazas no han sido objeto de convocatoria que permita su provisión mediante procedimiento selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas (Conservatorios Profesionales de Música), lo que ha dado lugar a la acumulación de un personal docente interino con una media de entre 20 a 25 años de servicio, existiendo casos en los que la situación de interinidad alcanza hasta los 38 años.

Al personal docente interino de los Conservatorios de Música le sería de aplicación tanto la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 270/2022, que lleva por rúbrica *«De los procedimientos de ingreso que se convoquen en aplicación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público»*; como la disposición transitoria quinta de la misma norma reglamentaria, que se titula *«De la convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración a que se refieren las disposiciones adicionales sexta y octava de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público»*. En virtud de la disposición transitoria cuarta, la regulación que establece se aplicará a los procesos selectivos de ingreso que se convoquen para la ejecución de la estabilización de plazas ocupadas temporalmente previstas en el art. 2 de la Ley 20/2021, los cuales se efectuarán por el sistema de concurso-oposición. Por contra, el mecanismo excepcional de estabilización de empleo temporal de las plazas correspondientes a los cuerpos de la función pública docente a que se refiere la disposición transitoria quinta estará constituido por un concurso de méritos.

Ya en relación con el mecanismo excepcional de estabilización de empleo temporal, el apartado 1.a) de la disposición transitoria quinta del Reglamento de Ingreso, establece que el concurso excepcional de estabilización solo constará de la valoración de los siguientes méritos: a) experiencia docente previa, con un máximo de siete puntos; b) formación académica, con un máximo de tres puntos; y, c) otros méritos, con un máximo de cinco puntos.

Asimismo, en el apartado 1.d) del indicado precepto, y en lo relativo al baremo de otros méritos, se establece que *«se valorará con 2,5 puntos la superación de la fase de oposición en la misma especialidad del cuerpo a la que se opta, en un procedimiento selectivo de ingreso en cuerpos de la función pública docente, hasta un máximo de dos procedimientos, en las convocatorias celebradas desde 2012, incluido. En el caso de aspirantes que hubieran superado la fase de oposición en alguna de las especialidades atribuidas al extinguido cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, se valorará este mérito para el ingreso a las mismas especialidades en el cuerpo de que se trate, de conformidad con lo dispuesto en este mismo apartado d). Dentro del apartado de otros méritos se valorará con un máximo de 2 puntos la formación permanente de la persona aspirante, de acuerdo con el subapartado 2.5 del anexo IV del Reglamento»*.

Así las cosas, el personal docente que ocupa actualmente esas plazas interinamente podría verse perjudicado, al no poder obtener la puntuación dada al mérito de haber superado la fase de oposición en otras convocatorias -dotado con hasta 5 puntos-, por la sencilla razón de que, en la Comunidad Autónoma de Canarias, no se han convocado esas plazas desde el año 1998, lo que, unido a que no hay más méritos que valorar que la formación continua, les

podría situar en una posición de inferioridad o desventaja respecto de otros candidatos. Siendo, precisamente, corregir la situación descrita, la intención que subyace al incorporar la disposición adicional cuadragésima a la Ley de Presupuestos, tal como se expondrá a continuación, para su posterior análisis en los términos de la Ley 20/2021.

Ahora bien, ha de advertirse desde este momento, que cualquier medida que se adopte en orden a corregir dicha situación, ha de respetar siempre y en todo caso, la regulación contenida en las disposiciones transitorias cuarta y quinta del Real Decreto 270/2022, en especial lo dispuesto en el apartado 2 de esta última disposición.

3. Contenido y origen de la disposición adicional cuadragésima de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023.

Establece la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos:

«Las plazas referidas a los Conservatorios de Música de Canarias, afectadas por los procesos selectivos previstos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, deberán ser excluidas de las convocatorias ya publicadas, en atención a las singulares y excepcionales circunstancias del colectivo de docentes temporales de dichos conservatorios y, para ello, deberán rectificarse tanto el decreto de la oferta de empleo público para la estabilización del empleo temporal de personal docente de centros públicos no universitarios en la Comunidad Autónoma de Canarias, como las convocatorias de los procedimientos selectivos extraordinarios de estabilización vinculados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre.

Posteriormente, y una vez estudiadas las singulares y excepcionales circunstancias de estas plazas, se procederá a una nueva oferta de empleo público de esas plazas y a las convocatorias correspondientes, una vez se pueda asegurar mediante los informes jurídicos pertinentes que los trabajadores temporales afectados no concurran en situación de desventaja con relación a otros posibles aspirantes, todo ello, en cumplimiento de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público y del resto del ordenamiento jurídico».

Esta disposición adicional no se encontraba prevista en el texto del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023 del Gobierno, teniendo su origen en la enmienda n.º 59 del Grupo Parlamentario Nacionalista Canario (n.º 635 del total de presentadas), con el siguiente tenor:

«Se añade una nueva disposición adicional, en los términos siguientes: “Disposición adicional. Convocatorias de procesos selectivos para el Cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas en los conservatorios profesionales de música.

1. Las plazas del Cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas incluidas en la Oferta de Empleo Público de Personal Docente no universitario previstas en el Decreto 82/2022, de 21 de abril, por el que se modifica el Decreto 133/2021, de 23 de diciembre, relativo a la Oferta de Empleo Público del personal docente no universitario para el año 2021 y se aprueba la Oferta de Empleo Público de personal docente no universitario para el año 2022, y la Oferta de Empleo Público adicional para la estabilización del empleo temporal de personal docente de centros públicos no universitarios en la Comunidad Autónoma de Canarias, no se convocarán hasta tanto no sea posible la aplicación de un sistema de selección más favorable acorde a la situación excepcional de este colectivo.

2. Los sistemas de selección que deberán aplicarse en las convocatorias para el Cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas, con carácter excepcional, serán el de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 61.6 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. El Gobierno negociará con la representación de los trabajadores el procedimiento y las condiciones para la valoración de los méritos».

La justificación de esta enmienda fue la siguiente:

«Los profesores interinos de los Conservatorios Profesionales de Música de Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife se encuentran en una situación laboral excepcional por no haberse celebrado nunca procesos de estabilización para el Cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas. Estos conservatorios cuentan con plantillas de docentes interinos que acumulan hasta 30 años de servicios en el mismo puesto, en el mismo centro, en la misma especialidad, ocupando puestos estructurales, de necesidad permanente y realizando funciones equivalentes al personal fijo, funcionarios de carrera y laborales fijos. La OPE aprobada por la Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias no contempla esta excepcionalidad y por tanto amenaza sus actuales puestos de trabajo, condenándolos al desempleo. Los sistemas de selección que deben aplicarse en las convocatorias para el Cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas deben contemplar la excepcionalidad de este cuerpo para el que nunca se han convocado plazas por lo que deberán articularse mediante un procedimiento ajustado al sistema de concurso únicamente en la valoración de los méritos».

Finalmente, la enmienda se transó en el Pleno de la Cámara entre todos los grupos, mediante una enmienda *in voce* (A-20) de los que apoyan al Gobierno, incorporándose al texto definitivo la disposición adicional cuadragésima.

IV

Parámetro normativo de adecuación.

Vistos los términos en los que se pronuncian tanto el escrito de solicitud de dictamen, como los informes y demás escritos obrantes en la documentación que se nos remite, el parámetro normativo de adecuación para responder a la consulta realizada por el Gobierno de Canarias, por conducto de su Presidencia, ha de ser, en este caso, el bloque constitucional, formado por la Constitución Española de 1978 (CE) y la Ley Orgánica, 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias (EAC), y completado por la normativa específica en materia de empleados públicos, integrada por las siguientes normas:

- El texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

- La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

- El Real Decreto 270/2022, de 12 de abril, por el que se modifica el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima de la citada ley, aprobado por Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero.

Esta normativa habrá de interpretarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de legislación básica.

A este respecto, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 116/2022, de 27 de septiembre, ha venido a recordar la doctrina sobre el concepto de legislación básica en los siguientes términos:

«Acerca de las normas básicas estatales hemos señalado, desde la STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5, que, aun careciendo de efectos atributivos de competencias que puedan alterar el sistema constitucional y estatutario, tienen por objeto delimitar el espacio normativo al que las comunidades autónomas deben circunscribirse cuando ejercitan, en defensa de sus intereses peculiares, las competencias propias que tengan en relación con la materia que resulte delimitada por dichas normas

básicas. La definición de lo básico constituye una operación “que corresponde realizar al legislador estatal sin alterar el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias y con observancia de las garantías de certidumbre jurídica que sean necesarias para asegurar que las [comunidades autónomas] tengan posibilidad normal de conocer cuál es el marco básico al que deben someter sus competencias”. Y, correlativamente, “la función de defensa del sistema de distribución de competencias que a este tribunal confieren los arts. 161.1 c) de la Constitución y 59 de su Ley Orgánica tiene que venir orientada por dos esenciales finalidades: procurar que la definición de lo básico no quede a la libre disposición del Estado en evitación de que puedan dejarse sin contenido o inconstitucionalmente cercenadas las competencias autonómicas y velar por que el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las comunidades autónomas como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura”.

A la primera de estas dos finalidades —garantizar la pervivencia de un ámbito de normación reservado a las comunidades autónomas— responde la noción material de lo básico. Así, hemos señalado que una norma es materialmente básica si “garantiza en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada comunidad autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto” (STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5, seguida de otras muchas). Al establecer ese común denominador normativo, el Estado “no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las comunidades autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo” (por todas, STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3).

Como regla general, la función —característica de lo básico— de garantía de la existencia de un común denominador normativo sobre una materia se cumple a través de la aprobación de normas básicas que son aplicables de manera directa a todo el territorio del Estado. Sin embargo, conforme a la doctrina establecida en la STC 141/2014, de 11 de septiembre, el Estado puede, excepcionalmente, asegurar el cumplimiento de esa función a través de normas materialmente básicas que resulten de aplicación a las comunidades autónomas durante el periodo transitorio en que aún no se haya aprobado la correspondiente normativa autonómica, siempre que concurran estrictos requisitos. Como indicamos entonces, “las competencias del Estado le permiten a este dictar las normas que, en cuanto complemento estrictamente necesario o indispensable, sean precisas para asegurar, de forma transitoria y hasta que se produzca el desarrollo legislativo autonómico pertinente, la eficacia y aplicación en todo el territorio nacional de las regulaciones que establezca en ejercicio de esas competencias. Lo contrario supondría que la efectividad de las normas básicas o de las condiciones básicas establecidas por el Estado quedara al albur de la voluntad de los legisladores autonómicos y ello sería claramente contrario al orden constitucional de distribución competencial, así como a la

propia finalidad a la que responde la existencia de la legislación básica” (STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 8).

Por su parte, la noción formal de lo básico persigue evitar la incertidumbre acerca de qué normas son básicas y cuáles no, en defensa de las competencias autonómicas. Esta dimensión de lo básico se traduce en la preferencia por la ley formal, pues “solo a través de este instrumento normativo se alcanzará [...] una determinación cierta y estable de los ámbitos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias”; preferencia que se completa con la posibilidad excepcional de que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno regule “alguno de los preceptos básicos de una materia, cuando resulten, por la competencia de esta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia sobre las bases” (STC 242/1999, de 21 de diciembre, FJ 8). Adicionalmente, hemos indicado que “la propia ley puede y debe declarar expresamente el alcance básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica” (STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5, seguida de otras muchas)».

Asimismo, sobre esta cuestión, este Consejo Consultivo, desde el Dictamen 317/2014, de 18 de septiembre, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional contenida, entre otras, en la Sentencia 32/1983, de 28 de abril, ha venido advirtiéndolo que:

«(...) en relación al concepto de “bases”, nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto».

Descendiendo al caso concreto, la disposición final primera de la Ley 20/2021, establece que se dicta al amparo del artículo 149.1.7.^ª y 18.^ª de la Constitución Española, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas; y bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios. Asimismo, se dicta al amparo del artículo 149.1.13.^ª que, establece la competencia del Estado en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Se ejercita, por tanto, una competencia básica estatal sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos, que comprende los procedimientos selectivos de ingreso derivados de esta Ley 20/2021. Con esta norma se pretende garantizar, por una parte, la seguridad jurídica y la homogeneidad del sistema y, por otra parte, el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad; así como la fijación del principio de igualdad, como elemento esencial del acceso a dicha condición, y la determinación de las modulaciones que eventualmente admita tal principio, tal como se afirma en la STC 238/2015, de 19 de noviembre, jurisprudencia constitucional que ratificó, además, el carácter formal y materialmente básico de este régimen de acceso a la función pública. Carácter básico que ha de predicarse, sin duda, tanto respecto de la Ley 20/2021, como del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público y del Real Decreto 270/2022.

De otro lado, ha de señalarse, igualmente, que la legislación básica puede comprender tanto normas que establezcan los principios generales de una materia, como normas de detalle. La aplicación de las primeras requerirá de la intermediación de normas de desarrollo cuyo establecimiento corresponde a la Comunidad Autónoma.

Por su parte, la función autonómica de desarrollo de normas básicas «principiales» – las que establecen principios generales- consiste: a) en completar aquellos aspectos que no son regulados o se regulan parcialmente por el Estado y que están necesitados de normación; b) de adaptación de esas normas a las circunstancias y exigencias específicas que la materia a regular presente en la Comunidad Autónoma; y, sobre todo, c) de exteriorizar normativamente la política propia de la Comunidad Autónoma en esa materia.

Aplicando la doctrina expuesta, y sentado el carácter básico tanto de la Ley 20/2021 como del Real Decreto 270/2022, se considera que el art. 2 y las disposiciones adicionales sexta y octava de la Ley 20/2021 son «principiales», pues establecen una serie de principios generales que se concretan en:

- Autorizar una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que estén dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

- Prever una convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración que incluirá las plazas que hubieran estado ocupadas con carácter temporal de

forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016, así como las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación, de esta naturaleza, anterior al 1 de enero de 2016.

- Imponer la aprobación de las ofertas de empleo que articulen los procesos de estabilización, así como su publicación en los respectivos diarios oficiales y su coordinación por las Administraciones Públicas competentes.

- Establecer un límite a la tasa de cobertura temporal.

- Posibilitar la negociación de los procesos selectivos en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, comunidades autónomas y entidades locales, así como la coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas.

- Determinar el sistema de selección, que será el de concurso-oposición (art. 2) o de concurso (disposiciones adicionales sexta y octava), así como la valoración en la fase de concurso.

- Establecer que de la resolución de estos procesos no podrá derivarse, en ningún caso, incremento de gasto ni de efectivos.

- Regular la compensación económica que corresponderá al personal funcionario interino o al personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización.

- Establecer el deber de las Administraciones Públicas de certificar al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, el número de plazas estructurales ocupadas de forma temporal existente en cada uno de los ámbitos afectados.

Corresponde, por su parte, a la Comunidad Autónoma de Canarias la función de desarrollo de estas normas básicas «principiales», lo que se ha verificado a través de los Decretos 82/2022 y 200/2022, y de la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos.

Cuestiones previas.

1. Constitucionalidad de la disposición adicional cuadragésima de la Ley de 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023.

Con carácter previo a dar respuesta a la consulta planteada, se hace preciso aclarar una cuestión formulada tanto en el informe de la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno, como en el informe de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes, cual es, la relativa a la posible inconstitucionalidad de la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos, por ser contraria al orden constitucional de distribución de competencias.

Como es sabido, el art. 149.1.18.^a CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de *«bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas»*.

Por su parte, el art. 107 EAC atribuye a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia en materia de Función Pública y personal al servicio de las administraciones públicas de Canarias en los siguientes términos:

«Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de función pública y personal al servicio de las administraciones públicas canarias, con el objetivo de garantizar la plenitud de los principios de mérito y capacidad en el ingreso y la provisión de plazas y empleos. Esta competencia incluye, en todo caso:

a) El régimen estatutario del personal funcionario de la Comunidad Autónoma y de su Administración local.

b) La regulación de las especialidades del personal laboral derivadas de la organización administrativa y la formación del mismo.

c) La planificación, la organización general, la formación, la promoción profesional y la acción social en todos los sectores materiales de prestación de los servicios públicos de la Comunidad Autónoma».

De lo anterior se colige que el Estado ostenta la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, por lo que la competencia autonómica de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de función pública y personal al servicio de las administraciones públicas canarias tendrá que ejercitarse en el marco y respeto de la legislación básica del Estado, contenida esencialmente en el 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 (en adelante, TREBEP) (Doctrina reiterada en nuestros Dictámenes 100/2020, de 17 de abril, 104/2020, de 8 de mayo, y 105/2020, de 8 de mayo).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 116/2022, de 27 de septiembre, anteriormente mencionada, ha venido a clarificar el régimen competencial en la materia al razonar lo siguiente:

«(...) por lo que respecta a su contenido material, hemos señalado que el art. 149.1.18 CE, puesto en conexión con el art. 103.3 CE, reserva al legislador estatal un ámbito “cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las administraciones públicas”. Se trata, por lo tanto, de normas que “interesarán directamente a las relaciones entre estos y las administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la administración [STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3 c), seguida de otras muchas].

En aplicación de dicho criterio general hemos confirmado que se encuentran cubiertos por esta competencia básica estatal, entre otros extremos, la reserva al personal funcionario del ejercicio de determinadas funciones [STC 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 5 a)]; la regulación del requisito de titulación en el ámbito de la función pública y sus excepciones, ya sea en relación con el acceso o la integración de los funcionarios en escalas o grupos, ya sea para su promoción interna (por todas, STC 171/2020, de 16 de noviembre, FJ 2, y las allí citadas); las situaciones administrativas que puedan acontecer a lo largo de la carrera funcional (STC 1/2003, de 16 de enero, FJ 3); la determinación de los supuestos en los que pueden ser concedidos permisos o licencias (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8); la fijación de la duración mínima de la jornada de trabajo (STC 99/2016, de 25 de mayo, FJ 7); la determinación de los diversos conceptos retributivos de los funcionarios comunes a todas las administraciones públicas (STC 148/2006, de 11 de mayo, FJ 6); ciertos elementos del régimen disciplinario (STC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 5); reglas sobre representación y acción colectiva de los

funcionarios (STC 102/1988, de 28 de junio, FJ 4); o la regulación de la pérdida de la condición de funcionario (STC 1/2003, FJ 3).

En todo caso, conviene recordar que los arts. 23.2 y 103.3 CE imponen ciertas exigencias formales y materiales sobre la regulación del estatuto de los funcionarios públicos, que habrán de ser observadas, en sus respectivos ámbitos de competencia, tanto por el Estado como por las comunidades autónomas. Así, hemos dicho que del art. 103.3 CE se desprenden, entre otros extremos, una reserva de ley de alcance relativo [STC 99/1987, FJ 3 c)] y la opción constitucional por una relación funcional de naturaleza estatutaria que, por lo tanto, ubica al funcionario público en “una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad” (STC 99/1987, FJ 6). En cuanto al derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23.2 CE), hemos señalado, por lo que ahora interesa, que se trata de una especificación del principio de igualdad que consagra el art. 14 CE (por todas, STC 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4); que no otorga el derecho a desempeñar determinadas funciones públicas, sino solamente a impugnar toda medida que quiebre la igualdad (STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 5, y las allí citadas); y que de él se deriva la exigencia de respetar la igualdad (garantizada a través de los principios de mérito y capacidad) no solo en el acceso a la función pública, sino también, aunque con intensidad diferente, en toda la relación funcional, incluyendo el desarrollo o promoción de la carrera administrativa (por todas, STC 131/2017, de 13 de noviembre, FJ 4)».

La doctrina expuesta delimita los ámbitos competenciales que, en materia de función pública, corresponden tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas.

Ello, no obstante, sí se ha de advertir que, ya en el Dictamen 35/2014, de 30 de enero, este Consejo Consultivo recordaba que la Ley, mientras no exista una Sentencia del Tribunal Constitucional que destruya la presunción de constitucionalidad que la inviste, es válida y eficaz y obliga a todos sus destinatarios y a todos los órganos del Estado encargados de su aplicación.

En este mismo sentido, en la STC 83/2020, de 15 de julio, el Tribunal Constitucional reitera que la presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin una argumentación suficiente y que no son admisibles las impugnaciones globales carentes de un razonamiento específico que las sustente (así, por ejemplo, SSTC 43/1996, de 14 de marzo, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 2; 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 1; 87/2017, de 4 de julio, FJ 2, y 98/2018, de 19 de septiembre, FJ 2), pues tal presunción viene dada por su origen democrático y por el principio de su conservación.

Esto aparte, tampoco le es dable a la Administración dirimir las eventuales antinomias que pudiera parecerle que existen entre una ley estatal y autonómica. Tratándose de normas de rango legal en ambos casos, incluso el Poder Judicial, igualmente sujeto al imperio de la Ley, tiene limitada tal facultad también con carácter general sin la previa interposición de la pertinente cuestión de inconstitucionalidad.

En consecuencia, no puede dejar de aplicarse una norma mientras no haya sido declarada formalmente nula, en virtud de un proceso constitucional instado al efecto, o bien, sea derogada. Por ello, no procede que la Administración declare la inaplicación de un precepto legal por considerarlo inconstitucional, debiendo ser interpretado en el sentido más conforme a la CE.

2. Carácter de los plazos.

Se hace preciso, a los efectos de dar una respuesta adecuada a la presente consulta, en punto a la viabilidad jurídica de la ejecución de las previsiones contenidas en la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos, determinar si los plazos establecidos en la Ley 20/2021 tienen carácter *«esencial»* y, por tanto, son de ineludible cumplimiento, lo que impediría o, al menos, dificultaría la aplicación de las previsiones de la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos.

El art. 29 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), no distingue diferentes tipos de plazos pues todos ellos, sin excepción, *«obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos»*, como sienta el precepto, por lo que no son pocas las dificultades se presentan en orden a determinar un criterio desde el que arbitrar la esencialidad del plazo y, con ella, la validez o invalidez de los actos administrativos extemporáneos a la luz del art. 48.3 LPACAP.

Con ocasión de la aplicación de este último precepto, se ha distinguido entre plazos esenciales y los que no lo son, si bien el discernimiento no se ha detenido en la mayor o menor contundencia terminológica empleada por el legislador al tiempo de establecerlos sino, en su misma *«naturaleza»*, que es precisamente a la que sigue apelando el art. 48.3 LPACAP cuando precisa que *«la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para*

ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo».

Como explica la Sentencia de 8 de mayo de 1999 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con motivo de la valoración de la trascendencia de la tardanza alegada en un proceso selectivo:

«conforme preceptúa el art. 63.3 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, lo que viene a significar que no cualquier infracción de términos o plazos tiene trascendencia anulatoria sino que esta consecuencia únicamente se produce en supuestos muy significados. Entre estos específicos supuestos la doctrina Jurisprudencial ha venido destacando que se encuentran aquéllos relativos a plazos vinculados al ejercicio de potestades administrativas, en los casos en que el término o plazo actúa como límite al ejercicio de la potestad, como acaece con los plazos de prescripción de las infracciones y sanciones administrativas o con los plazos de revisión de oficio de los actos declarativos de derechos, así como aquellos otros en que el tiempo es esencial para que el acto cumpla su finalidad. En cualquier caso, sí conviene significar que el incumplimiento de un plazo como el que hoy nos ocupa no puede producir el efecto pretendido, primero porque la normativa específica no anuda este efecto a su contravención y, segundo, porque no se puede incluir el supuesto analizado entre los específicos a que hicimos alusión. El incumplimiento puesto de manifiesto supondría, a lo sumo, una irregularidad, pero esta irregularidad las únicas consecuencias que pudiera eventualmente producir se encontrarían en un plano muy distinto, a saber la responsabilidad del causante de la dilación».

A diferencia del art. 70.1 *in fine* TREBEP, que establece «En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años», el art. 2.2 de la Ley 20/2021 dispone que «Las ofertas de empleo que articulen los procesos de estabilización contemplados en el apartado 1, así como el nuevo proceso de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022 y serán coordinados por las Administraciones Públicas competentes. La publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas incluidas en las ofertas de empleo público deberá producirse antes del 31 de diciembre de 2022. La resolución de estos procesos deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2024».

Como cabe advertir, el art. 2.2 de la Ley 20/2021, no establece el carácter improrrogable de los plazos que regula, sino que se limita a establecer un mandato impuesto a la Administración para concluir el proceso selectivo dentro de dichos plazos a fin de evitar

la excesiva dilatación del proceso, lo que se compadece con la finalidad de la norma expresada en su Exposición de Motivos, cuando señala en el Fundamento IV «(...) *la reforma activa en el artículo 2 un último proceso de estabilización de plazas de carácter estructural que se suma a los ya iniciados en 2017 y 2018, y establece plazos tasados para asegurar el cumplimiento del hito de ejecución de todas las ofertas antes del 31 de diciembre de 2024, evitando de esta forma que se produzcan dilaciones que comprometan el objetivo de estabilización de plazas de carácter estructural*».

Conforme a lo razonado, se considera que los plazos establecidos en el art. 2.2 de la Ley 20/2021 no tienen la consideración de esenciales, con las consecuencias que de ello se derivan.

Ahora bien, esto sentado, que las consecuencias invalidatorias a resultas de actuaciones administrativas extemporáneas puedan enervarse ciertamente de conformidad con lo expuesto hasta ahora, y sin dejar de reconocer la potencial fuente de conflictos que pueda ocasionar, ello no quiere decir que el proceso de estabilización pueda postergarse de manera indefinida en el tiempo a partir de ahora.

Todo lo contrario. Justamente, a fin de atender a las exigencias de la propia normativa estatal, se impone el mandato de imprimir una incuestionable celeridad en la tramitación de los procedimientos selectivos a través de los cuales se desarrolla el proceso de estabilización en cada una de sus fases (ofertas de empleo público, convocatorias y resolución de concursos) y terminar del modo expuesto con el abuso de la temporalidad en la función pública, como ordena el propio Derecho de la Unión Europea, en la interpretación que de sus requerimientos ha venido a recibir el aval del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Al expresado fin contribuye lo establecido por la Ley 20/2021 en su disposición adicional cuarta. El objetivo, asimismo, tal como expresa la Exposición de Motivos de la Ley 20/2021, de servirse como medio para alcanzar el fin de mejorar la eficiencia de los recursos humanos de las Administraciones Públicas, y en concreto, en lo que respecta a la adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada tasa de temporalidad existente contemplada dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia -con la afección que conlleva de los fondos Next Generation-, asumiendo compromisos con fecha final fijada, refuerza la necesidad de dotar de la mayor agilidad al proceso de estabilización.

En el sentido que venimos refiriendo y, como parámetro normativo de aplicación, resulta obligado recordar los límites temporales que resultan directamente de lo dispuesto

por el art. 70.1 *in fine* del TREBEP, así como del art. 2.2 de la propia Ley 20/2021, en punto a la fecha máxima en que ha de producirse la resolución de los procesos selectivos.

En efecto, el art. 70.1 *in fine* TREBEP establece el «*plazo improrrogable de tres años*», plazo cuya esencialidad ha sido declarada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia 4195/2019, de 12 de diciembre, con cita de otras anteriores, en la que señala:

«CUARTO.- La interpretación del artículo 70.1 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre (TRLEBEP).

En relación con la caracterización del plazo, como esencial o no, respecto de la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar, previsto en el inciso final del artículo 70.1 citado, en nuestra Sentencia de 21 de mayo de 2019, citando a su vez la precedente Sentencia de 10 de diciembre de 2018 (recurso de casación nº 129/2016), declaramos su carácter esencial, al señalar que “En cambio, sí es relevante tener presente que el límite de los tres años acompaña a la lógica de que se ejecuten las ofertas de empleo público aprobadas para un ejercicio determinado mientras permanezcan las necesidades en virtud de las cuales se elaboraron, necesidades que razonablemente pueden variar de manera significativa más allá de ese margen. En todo caso, llama la atención que la Comunidad de Madrid no haya explicado la razón a la que se debe la demora de nueve y siete años en efectuar las convocatorias.

Por último y en relación con lo que se acaba de decir, es menester señalar que la recurrente en casación no ha desvirtuado los argumentos con los que la sentencia justifica el carácter esencial del plazo de tres años para ejecutar las ofertas de empleo público establecido por el artículo 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público. Ante una prescripción legal que impone “la obligación de convocar procesos selectivos para las plazas comprometidas” y exige ejecutar la oferta de empleo público “en todo caso” dentro de ese margen temporal y luego añade que el plazo será “improrrogable”, son precisas razones muy poderosas para no deducir de esa disposición el carácter invalidante del incumplimiento del plazo.

No existen razones para modificar lo allí dicho en que ya se afirmó el carácter esencial del plazo”.

(...)

QUINTO.- Los efectos que se producen en este caso

La parte recurrente solicita en su escrito de casación que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada en el recurso contencioso-administrativo que aprobó las bases de la

convocatoria de dos plazas de Técnico de la Administración General, así como “la nulidad de todo el procedimiento selectivo desarrollado para cubrir las citadas plazas, declarando nulos todos los actos posteriores. Y ello como consecuencia de la caducidad de la oferta de empleo público”. Consecuentemente también solicita la restitución de los efectos del nombramiento (...) como funcionaria interina”, para que sea restituida en su plaza hasta que ésta se cubra “reglamentariamente tras su inclusión en una nueva oferta de empleo público y posterior convocatoria que la ejecute conforme a derecho”.

Esta Sala considera que no puede ser estimada íntegramente la pretensión que se concreta en el escrito de interposición de la casación, en atención a las razones que seguidamente expresamos.

Ciertamente venimos considerando que la naturaleza de ese plazo de tres años es esencial, por ministerio de ley, cuando declara que la oferta de empleo público debe desarrollarse “dentro del plazo improrrogable de tres años” (artículo 70.1 “in fine” del TRLEBEP). De manera que se trata de la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido por la ley para su desarrollo, cuando la naturaleza del plazo lo impone, lo que determina la anulabilidad del acto administrativo impugnado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 48.3 de la Ley 39/2015.

Este vicio de invalidez del acto administrativo permite, no obstante, la conservación de los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción que hemos apreciado, según faculta el artículo 51 de la Ley 39/2015. Y lo cierto es que el procedimiento selectivo se desarrolló sin que se atribuya vicio o tacha alguna, en su ejecución, determinante de su invalidez. Proceso selectivo al que, por cierto, se presentó la recurrente que no resultó seleccionada, al no superar las pruebas selectivas correspondientes. De manera que aunque solicita la nulidad de todo el proceso y los efectos de su nuevo nombramiento como interina desde 2014 hasta que se realice otra oferta de empleo público que se ejecute correctamente, lo cierto es que si hubiera rebasado el proceso de selección no estaríamos ante dicha petición.

Además, esta Sala tradicionalmente ha mantenido, con una reiteración que nos excusa de cita, el criterio de no alterar el resultado de la selección, respecto de los seleccionados, en los casos de impugnación de convocatorias o del resultado de procesos selectivos, sin perjuicio de determinar los efectos en cada caso.

No obstante, lo cierto es que se ha producido el vicio de invalidez en la convocatoria al no respetar el mentado plazo legal de tres años, lo que comporta determinadas consecuencias que van ligadas, como pretensión accesorio, a la nulidad del acto administrativo, y que se traduce en la indemnización de los daños y perjuicios, incluidos en la restitución de efectos que solicita, que constituye la única medida posible, a los efectos del artículo 71 de la LJCA, para lograr el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada por el acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico».

Con el cumplimiento de estas exigencias la propia Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Hacienda y Administración Pública considera admisible acudir al carácter no esencial de los plazos para eludir las consecuencias desfavorables que podrían resultar de su mera inobservancia formal. Así lo ha venido a manifestar en consulta cuyo contenido literal más adelante habremos de dejar expresamente consignado en este documento.

3. Posibilidad de desistir de procedimientos selectivos convocados.

La posibilidad de que una Administración desista de los procedimientos iniciados de oficio está prevista en el art. 93 LPACAP al disponer que *«En los procedimientos iniciados de oficio, la Administración podrá desistir, motivadamente, en los supuestos y con los requisitos previstos en las Leyes»*. El único requisito que se exige es que la resolución de desistimiento sea motivada [arts. 93 y 35.1.g) LPACAP].

Además, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de julio de 1982, pone límites a la potestad discrecional de la Administración de desistir de un proceso selectivo al determinar que la publicación de la lista provisional de admitidos es la fase del procedimiento en la que se ha generado en los aspirantes un auténtico derecho, y no una mera expectativa de derecho.

Señala el Tribunal Supremo en la referida sentencia que *«para que la Administración no pueda volver sobre sus propios actos, es preciso que los mismos hayan originado, no una mera expectativa de derecho, sino un auténtico derecho, puesto que los derechos adquiridos no nacen hasta que se reúnen todos los hechos jurídicos que son presupuesto o requisito para ello; y ciertamente, la simple presentación de una instancia solicitando tomar parte en el concurso oposición, sobre cuya petición la Administración aún no se ha pronunciado, no origina en el que la presenta más que una mera expectativa de derecho, y no un auténtico derecho que sólo surge a partir del momento en que pronunciándose sobre ella la Corporación Local le hubiere incluido en la lista provisional de aspirantes admitidos»*.

Más recientemente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia número 605/2016, de 25 noviembre, en un caso similar, desestima la pretensión del recurrente en atención a que *«a la fecha de las resoluciones (de desistimiento de la convocatoria) cuestionadas en la instancia no se había desarrollado, al punto que ni tan siquiera se llegó a publicar el listado provisional de admitidos y excluidos al mismo, tal y como*

expresamente reconoce el recurrente en la instancia, hoy apelado, al punto segundo a) “in fine”, del apartado “Hechos” de su escrito de demanda».

Trasladada la anterior doctrina a la presente consulta, no consta que se haya procedido a publicar los listados de admitidos y excluidos a los procesos selectivos convocados al amparo de la Ley 20/2021, por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia expuesta, se estaría a tiempo de desistir.

Por ello, se considera que es posible el desistimiento de las convocatorias referidas a dichas plazas, justificado en el mandato legal contenido en la Ley de Presupuestos, que obliga a excluirlas para, posteriormente, y una vez estudiadas las singulares y excepcionales circunstancias de estas plazas, proceder a las convocatorias correspondientes.

Dicho desistimiento, ineludiblemente, habría de estar adecuadamente motivado y fundamentado debidamente en exigencias de interés público. En este caso, obedecería a la necesidad de proporcionar cabal cumplimiento a las exigencias dimanantes de la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos, párrafo segundo, que se remite a su vez a la Ley 20/2021, y de sus principios cardinales, en sintonía, por lo demás, con los requerimientos europeos en los términos a los que ya antes nos referimos.

VI

Respuesta a la consulta realizada.

Llegados a este punto, estamos en condiciones de responder a la consulta realizada por el Gobierno, en el sentido de que, en el concreto supuesto planteado, no se aprecia la existencia de colisión insuperable entre la legislación básica estatal (Ley 20/2021) y el mandato contenido en la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos, por las razones que a continuación se expondrán.

Así, por un lado, si bien la norma prevé la exclusión, respecto de las convocatorias ya publicadas, de las plazas referidas a los Conservatorios de Música de Canarias, lo cierto es que, realmente, se trata de un aplazamiento del proceso de estabilización, puesto que, la propia disposición adicional cuadragésima mandata convocar una nueva oferta de empleo público, exclusivamente, respecto de dichas plazas.

Por ello, se considera que, tal como advertíamos en el Fundamento V.3 del presente Dictamen, el desistimiento respecto a las plazas de los Conservatorios de Música de Canarias incluidas en las convocatorias ya publicadas, se encuentra justificado en el mandato legal contenido en la Ley de Presupuestos, que obliga a excluirlas para, posteriormente, proceder a convocarlas nuevamente, aplazando de esta forma su oferta pública.

Pero, es más, con la nueva oferta de empleo público que se publique al amparo del segundo párrafo de la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos, no se producirá una modificación de la tasa de plazas a cubrir, aumentando o disminuyendo las ofertadas en los Decretos 82/2022 y 200/2022, sino que se respetarán las ya publicadas y excluidas, las cuales simplemente se reservan para una convocatoria posterior, en los términos del segundo párrafo de la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos. Con ello se respeta el mandato contenido en el art. 2.5 de la Ley 20/2021 al disponer que *«de la resolución de estos procesos no podrá derivarse, en ningún caso, incremento de gasto ni de efectivos, debiendo ofertarse en estos procesos, necesariamente, plazas de naturaleza estructural que se encuentren desempeñadas por personal con vinculación temporal»*. De hecho, la disposición adicional cuadragésima de la Ley de Presupuestos refiere expresamente, que posteriormente, y una vez estudiadas las singulares y excepcionales circunstancias de estas plazas, se procederá a una nueva oferta de empleo público de *«esas plazas»* y a las convocatorias correspondientes.

El propósito de la referida disposición es evitar que los trabajadores temporales afectados concurren en situación de desventaja con relación a otros posibles aspirantes. Ahora bien, en todo caso, esas medidas deben cumplir -como no podía ser de otra manera al tener carácter básico- con la Ley 20/2021 y el Real Decreto 270/2022, en los términos recogidos en el presente Dictamen.

Por otro lado, el incumplimiento de las fechas de publicación de las convocatorias de selección establecidas en la legislación básica no tiene, como consecuencia inevitable, la invalidez de estas, pues tal como hemos razonado en el Fundamento V.2 de este Dictamen, los plazos establecidos en la Ley 20/2021 no tienen carácter esencial.

En este sentido, la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008, razona que el incumplimiento de los plazos por parte de la Administración tiene el efecto previsto en el art. 48.3 LPACAP, esto es, que la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

Se recoge, pues, en este precepto la regla general de validez de los actos administrativos realizados fuera de plazo y la excepcional de su invalidez, sin perjuicio de la responsabilidad en la que pueda incurrir la Administración por funcionamiento anormal en los casos en que resuelva fuera del plazo o término establecido. De esta manera, el incumplimiento de los plazos no impide a la Administración cumplir sus objetivos de cobertura de plazas vacantes, ni impide tampoco a los partícipes en dichos procesos acceder a las mismas.

En idéntico sentido se pronuncia la Dirección General de Función Pública del Ministerio de Hacienda y Administración Pública, al informar en relación con una consulta emitida sobre el criterio a seguir en la aplicación de los plazos legales previstos en la Ley 20/2021, en el que expone:

«La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, incluye una serie de plazos temporales para dar cumplimiento al compromiso de España con la Unión Europea, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), en relación con la reducción de la temporalidad por debajo del 8% en las administraciones públicas para finales del año 2024.

Así, el apartado 2 del artículo 2 de la Ley señala lo siguiente:

Artículo 2. Procesos de estabilización de empleo temporal.

2. Las ofertas de empleo que articulen los procesos de estabilización contemplados en el apartado 1, así como el nuevo proceso de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022 y serán coordinados por las Administraciones Públicas competentes. La publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas incluidas en las ofertas de empleo público deberá producirse antes del 31 de diciembre de 2022. La resolución de estos procesos selectivos deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2024.

3. La tasa de cobertura temporal deberá situarse por debajo del ocho por ciento de las plazas estructurales.

Es decir, para dotar de mayor agilidad a la resolución de estos procesos de estabilización, se han incluido fechas límite para publicación de los decretos de oferta y las convocatorias correspondientes.

Como indica el propio Preámbulo de la Ley 20/2021, el Reglamento (UE) 2021/241, de 12 de febrero de 2021, dispone que la liberación de los fondos en el marco del Mecanismo depende del cumplimiento satisfactorio por parte de los Estados miembros de los hitos y objetivos pertinentes que figuren en los planes de recuperación y resiliencia, de ahí la importancia del cumplimiento en plazo de los requisitos establecidos.

Hay que tener en cuenta que la Comisión Europea exige para poder monitorizar el cumplimiento de los hitos derivados del PRTR unos indicadores de seguimiento (OA).

Las Disposiciones Operativas del Plan de Recuperación (OA, en sus siglas en inglés) –que son el documento técnico que establece la manera en que se organizarán las reuniones bilaterales con la Comisión Europea y el intercambio de información para el seguimiento del desarrollo del PRTR en España-, incluyen dos Anexos. En el Anexo I se recoge cómo se verificará el cumplimiento de los hitos y objetivos del Plan y en el Anexo II el progreso realizado para alcanzarlos. En concreto, el Anexo II, en cuanto al objetivo 150 establece cuatro marcos temporales:

1. En el cuarto trimestre de 2022 deberán estar publicadas en diario oficial todas las convocatorias de los procesos de estabilización.

2. En el cuarto trimestre de 2023, se deberá remitir un informe sobre la evolución del procedimiento, incluyendo el número de puestos ya estabilizados.

3. En el cuarto trimestre de 2024 deberán estar concluidos todos los procedimientos selectivos con la publicación en los diarios oficiales de las resoluciones de adjudicación, y un desglose desde 2022 por organismo y tipo de empleado público, de acuerdo al artículo 8.2 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.

4. Por último, señala igualmente el cuarto trimestre de 2024 como fecha de finalización del objetivo 150 “Estabilización del empleo público”.

Teniendo en cuenta que la voluntad del legislador fijando los plazos de la Ley 20/2021, es garantizar el desarrollo de los procesos de estabilización previstos cuyo fin último es reducir la temporalidad en el empleo público con el horizonte de 31 de diciembre de 2024, ésta es la fecha clave, y, por tanto, si se producen disfunciones en las fechas anteriores pero se llega a la misma, se continuaría satisfaciendo el objetivo final, aunque con un cumplimiento extemporáneo de las obligaciones asumidas por las autoridades nacionales con la Comisión Europea, en el marco del PRTR, con consecuencias en la liberación de fondos, ya que su liberación queda condicionada, como se ha señalado, al cumplimiento satisfactorio del hito en los plazos marcados por el mismo.

Tal y como dispone la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su artículo 48.3: “La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, lo que implicaría que se pueda subsanar el retraso”.

Los tres plazos previstos en el artículo 2.2 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, carecen de carácter esencial, con lo que su incumplimiento constituye un vicio subsanable, de forma que cabe aprobar las ofertas con posterioridad al plazo establecido, así como publicar las convocatorias y concluir los procesos selectivos con posterioridad a los plazos correspondientes.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto a la ejecución de la oferta, particularmente, para la publicación de la convocatoria, al tratarse de la ejecución de una “oferta de empleo público o instrumento similar”, se aplicaría el artículo 70.1 del TREBEP, de forma que si bien los plazos del artículo 2.2 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, no son esenciales, sí operaría el plazo esencial de tres años dispuesto “en todo caso” en tal artículo. Es decir, cabría ejecución extemporánea de las ofertas de estabilización, con el límite de que esta se produzca dentro de los tres años siguientes a la aprobación de la oferta. Ahora bien, en todo caso, teniendo en cuenta el plazo para la publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas incluidas en las ofertas de empleo público deberá producirse antes de 31 diciembre de 2022, si alguna administración pública no ha cumplido con el primero de los hitos temporales de 2022 (aprobación y publicación de la oferta de empleo público en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022), está obligada a continuar el proceso y acelerarlo para alcanzar el segundo de ellos (31 de diciembre de 2022).

Entender lo contrario implicaría una inacción de las Administraciones que conllevaría el mantenimiento del empleo temporal, ya que no pudiendo aprobarse la oferta o ejecutarse ésta, se mantendrían puestos estructurales ocupados de forma interina o temporal que es, precisamente, el problema que se quiere atajar y dentro del plazo legal acordado con la Unión Europea para la recepción de los fondos asociados al PRTR.

Nos encontramos ante plazos legales, que carecen desde el punto jurídico de carácter esencial, y cuya dilación supondría un vicio subsanable, pero que sí son de obligado cumplimiento en el marco de los hitos acordados con la Comisión Europea en relación con el PRTR, y en especial, en lo relativo los plazos de 31 de diciembre de 2022 y de 31 de diciembre de 2024».

Por todo ello, en atención a lo razonado en el presente Dictamen, cabe concluir que la ejecución de la disposición adicional cuadragésima de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023, es viable jurídicamente, siempre que se respete el marco legal constituido por el TREBEP, la Ley 20/2021 y el Real Decreto 270/2022, en los términos recogidos en el presente Dictamen.

CONCLUSIÓN

La ejecución de la disposición adicional cuadragésima de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023, en cuanto manda, primeramente, excluir de las convocatorias ya publicadas las plazas referidas a los Conservatorios de Música de Canarias, afectadas por los procesos selectivos previstos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, mediante la rectificación tanto del decreto de la oferta de empleo público para la estabilización del empleo temporal de personal docente de centros públicos no universitarios en la Comunidad Autónoma de Canarias, como de las convocatorias de los procedimientos selectivos extraordinarios de estabilización vinculados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, y, posteriormente, proceder a una nueva oferta de empleo público de esas plazas y a las convocatorias correspondientes, es viable jurídicamente, tal como se razona a lo largo de este Dictamen.



Dictamen 360/2023, de 19 de septiembre de 2023

Emitido por el Pleno

Ponente: Sra. de León Marrero

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Presidenta del Parlamento de Canarias en relación con el Decreto ley 5/2023, de 4 de septiembre, por el que se modifican las bonificaciones en la cuota tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (EXP. 406/2023 DL).

FUNDAMENTOS

I

Solicitud y preceptividad del Dictamen

1. La Excm. Sra. Presidenta del Parlamento de Canarias, mediante escrito de 8 de septiembre de 2023 (con registro de entrada el día 11 del mismo mes), de conformidad con lo establecido en el art. 160.2 del Reglamento del Parlamento de Canarias (RPC), solicita preceptivo Dictamen sobre el Decreto-ley por el que se modifican las bonificaciones en la cuota tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

El art. 160.2 RPC establece que, remitido por el Gobierno, con los antecedentes necesarios, un Decreto-ley publicado, corresponde a la Mesa admitirlo a trámite, ordenar su publicación en el Boletín Oficial del Parlamento de Canarias y solicitar por parte de la Presidencia del Parlamento, Dictamen del Consejo Consultivo al amparo de lo dispuesto en el art. 58.1 letra b) de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias (EAC), con señalamiento del plazo para su emisión, dentro de los diez días hábiles siguientes.

En el escrito de la Presidenta del Parlamento de Canarias por el que recaba este Dictamen preceptivo, se fija como plazo para su emisión por parte de este Consejo Consultivo hasta el 19 de septiembre de 2022, esto es, tan sólo 5 días hábiles desde que se recibe la solicitud de Dictamen, plazo que se estima notoriamente insuficiente, pese a la perentoriedad para la convalidación del Decreto-ley y a su aparente simplicidad.

Se ha de recordar que el acortamiento de plazos afecta *per se* el ejercicio de la función consultiva, que puede resentirse al privarse a este Consejo, máxime en Dictámenes de esta naturaleza, del necesario tiempo para reflexionar sobre el contenido de la norma objeto de su parecer.

No obstante, como viene siendo habitual, en virtud de nuestro deber de cooperación y lealtad institucional, se procede a emitir el Dictamen dentro del plazo señalado.

2. La preceptividad del Dictamen deriva, como se dijo, de lo dispuesto en el art. 58.1 EAC, en el que se relacionan los asuntos sobre los que ha de dictaminar este Consejo Consultivo, cuyo apartado b) se refiere a los decretos-leyes sometidos a convalidación del Parlamento.

3. La norma objeto del parecer de este Consejo fue promulgada por el Presidente del Gobierno como Decreto ley 5/2023, de 4 de septiembre, por el que se modifican las bonificaciones en la cuota tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que fue publicado en el Boletín Oficial de Canarias núm. 175, el viernes 5 de septiembre de 2023.

II

Sobre los decretos-leyes autonómicos

1. Los decretos-leyes son normas excepcionales en virtud de las cuales, en casos de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno puede innovar el ordenamiento jurídico afectando a normas con rango de ley. Precisamente por esa excepcionalidad, los decretos-leyes están sujetos a límites y condiciones, pues la potestad legislativa ordinaria, en un sistema de separación de poderes como el nuestro, está atribuida a la Asamblea legislativa.

Se ha de recordar que los decretos-leyes se introdujeron *ex novo* en nuestro ordenamiento jurídico por el vigente EAC, cuyo art. 46.1 dispone que el Gobierno, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, podrá dictar normas de carácter provisional con rango de ley, que recibirán el nombre de decretos-leyes. Sin embargo, esta fuente del derecho, pese a su excepcionalidad, se viene utilizando con carácter habitual, de modo que, en la última legislatura, se aprobaron 61 decretos-leyes, frente a 39 leyes.

Sea como fuere, según ese precepto, estas específicas normas deberán convalidarse por el Parlamento de Canarias en el plazo de treinta días naturales contados a partir de la fecha de su publicación, debiéndose convocar la Diputación Permanente si el Parlamento no estuviera constituido.

Por expreso mandato estatutario, los decretos-leyes no pueden afectar a las leyes de presupuestos de la Comunidad, a las de las instituciones autonómicas, a las que requieran mayoría cualificada, ni a las que contengan la regulación esencial de los derechos establecidos en el EAC.

El Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado en varias de sus Sentencias acerca de la posibilidad de dictar por parte de las Comunidades Autónomas decretos leyes; así, en el FJ 3º de la STC núm. 105/2018, de 4 octubre, se resume la jurisprudencia al respecto:

«Este Tribunal ha considerado igualmente que, aunque la Constitución no lo prevea, nada impide que el legislador estatutario pueda atribuir al Gobierno de las Comunidades Autónomas la potestad de dictar normas provisionales con rango de ley que adopten la forma de decreto-ley, siempre que los límites formales y materiales a los que se encuentren sometidos sean, como mínimo, los mismos que la Constitución impone al decreto-ley estatal (SSTC 93/2015, de 14 de mayo, FFJJ 3 a 6; 104/2015 de 28 de mayo, FJ 4; y 38/2016, de 3 de marzo, FJ 2, entre otras). Ello implica que, para resolver la impugnación planteada frente al Decreto-ley catalán 5/2017, debamos tomar en consideración la doctrina constitucional relativa al artículo 86.1 CE, pues el artículo 64.1 EAC se refiere también a la “necesidad extraordinaria y urgente” como presupuesto habilitante para que el Gobierno pueda dictar “disposiciones legislativas provisionales bajo la forma de Decreto-ley”.

En el examen de esta cuestión hemos de partir, asimismo, de la doctrina de la STC 93/2015, de 14 de mayo, recogida en las SSTC 230/2015, de 5 de noviembre y 211/2016, de 15 de diciembre. Allí señalamos que “un Estatuto de Autonomía no puede atribuir al Consejo de Gobierno autonómico poderes de legislación de urgencia que no estén sujetos, en lo que corresponda, a los límites consignados en el artículo 86.1 CE como garantía del principio democrático. En todo caso el Tribunal Constitucional podrá, aplicando directamente el parámetro constitucional ínsito en dicho principio, controlar la constitucionalidad de la legislación de urgencia que pueda adoptar el citado Consejo de Gobierno” (STC 93/2015, FJ 5)».

2. De lo anterior se desprende, por tanto, que varios son los ámbitos a los que este Consejo, en el ejercicio de su función consultiva, se ha de ceñir para -una vez expuesto su objeto, justificación y estructura- verificar su adecuación constitucional y estatutaria; esto es, en primer lugar, sobre la competencia de la Comunidad Autónoma para regular la materia objeto del presente Decreto-ley; a continuación, su presupuesto habilitante, es decir, la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad que permite dictar esta especial fuente normativa así como sus límites y, por último, su contenido.

Pero antes de entrar en el análisis de las diversas cuestiones señaladas, haremos alusión a los aspectos procedimentales de tramitación del presente Decreto-ley.

III

Sobre la tramitación del Decreto-ley

1. Como hemos razonado en los dictámenes en los que hemos analizado estas específicas normas, la aprobación del nuevo Estatuto de Autonomía supuso un gran vacío legal en torno a los decretos-leyes como nueva fuente del ordenamiento jurídico canario - especialmente significativa en cuanto al procedimiento de tramitación del mismo-, laguna que ha venido a colmar, aunque no de manera total, la Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias -LPGC- que ya contempla la figura de los decretos-leyes. Así, en el art. 74 de la LPGC se regulan de forma específica los decretos-leyes, y su tramitación, estableciendo:

«1. El Gobierno, en caso de extraordinaria y urgente necesidad y de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de Autonomía, podrá dictar normas con rango de ley, que recibirán el nombre de decretos leyes.

2. La elaboración de los decretos leyes se inicia por el departamento o los departamentos competentes por razón de la materia, a los que corresponde elaborar el proyecto y la memoria justificativa abreviada correspondiente. El inicio de la tramitación debe comunicarse a quien desempeñe la Secretaría del Consejo de Gobierno.

3. Los proyectos de decretos leyes contendrán una exposición de motivos en la que se recojan las razones de extraordinaria y urgente necesidad de la iniciativa y que las medidas que contiene son congruentes y guardan relación directa con la situación que debe afrontarse, así como las competencias estatutarias que se ejercen.

4. La memoria justificativa abreviada deberá recoger las razones de interés general y la extraordinaria y urgente necesidad que justifican su aprobación, los fines y objetivos perseguidos, así como la proporcionalidad entre estos y el contenido de la iniciativa. Asimismo, podrán acompañarse los estudios, informes y dictámenes sobre la adecuación de las medidas propuestas a los fines que se persiguen que se estimen necesarios.

5. Los proyectos de decretos leyes se someterán a la aprobación del Gobierno, a propuesta de las personas titulares de los departamentos que lo hayan elaborado.

6. Los decretos leyes serán publicados en el «Boletín Oficial de Canarias» y en el «Boletín Oficial del Estado», de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía.

7. Los decretos leyes se comunicarán al Parlamento de Canarias inmediatamente después de su publicación en el «Boletín Oficial de Canarias», acompañando una copia completa del expediente administrativo, a efectos de que se pronuncie sobre su convalidación o derogación, en los términos establecidos en el Estatuto de Autonomía y en el Reglamento del Parlamento».

Por su parte, el art. 66, referido a los principios de buena regulación, establece:

«1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y de las potestades normativas previstas en este título se actuará de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, en los términos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o norma que la sustituya.

2. En la exposición de motivos de los anteproyectos de ley y de los decretos leyes, o en el preámbulo de los proyectos de reglamento, según se trate, se justificará la adecuación a los mencionados principios».

Y por último, en el art. 68 se dispone que *«El procedimiento para la elaboración y aprobación de proyectos de ley, proyectos de decretos legislativos, decretos leyes y de proyectos de reglamentos se ajustará a lo establecido en esta Ley y en las disposiciones de desarrollo que se dicten por el Gobierno».*

Como la Ley aún no se ha desarrollado reglamentariamente, no se conoce el contenido que ha de tener la memoria abreviada. Por ello, resulta de aplicación, a tenor de lo que establece la Disposición derogatoria única de la LPGC, en todo aquello que no se oponga, contradiga o resulte incompatible con ésta, el Decreto 15/2016, de 11 marzo, del Presidente, por el que se establecen las normas internas para la elaboración y tramitación de las iniciativas normativas del Gobierno y se aprueban las directrices sobre su forma y estructura (en adelante, Decreto 15/2016).

Este Decreto 15/2016 no contiene la memoria abreviada, lo que obliga a acudir también, supletoriamente, al derecho estatal, en el que encontramos el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, cuyo art. 3 contiene un informe con ese mismo nombre que sería de aplicación porque en su

apartado 1 prevé que será preceptivo precisamente en los supuestos de la tramitación de proyectos de reales decretos leyes.

En el apartado 2 se establece que esta memoria abreviada deberá incluir, al menos, los siguientes apartados: oportunidad de la norma; identificación del título competencial prevalente; listado de las normas que quedan derogadas; impacto presupuestario y por razón de género, así como otros impactos detectados que se juzguen relevantes; descripción de la tramitación y consultas realizadas.

Esta aplicación supletoria del derecho estatal debe tener en cuenta, tanto la naturaleza de la norma a la que se aplica (legislación de urgencia), como las especificidades organizativas de nuestra Comunidad Autónoma.

2. Como antecedentes que acompañan a la solicitud del dictamen se encuentra la comunicación de la Consejera de Hacienda y Relaciones con la Unión Europea, de 29 de agosto de 2023, a la Secretaría del Consejo de Gobierno, del *“inicio de la tramitación del expediente para la aprobación por el Gobierno del Proyecto de Decreto ley por el que se modifican las bonificaciones de la cuota tributaria del impuesto sobre sucesiones y donaciones”*, a la que se adjunta la memoria justificativa abreviada en cumplimiento de lo previsto en el art. 74.4 LPGC y el borrador del proyecto de Decreto-ley de referencia. La memoria abreviada contiene los siguientes aspectos:

A) Justificación, finalidad y objetivos de la iniciativa.

B) Extraordinaria y urgente necesidad.

C) Contenido de la iniciativa.

D) Memoria económica, que incluye los siguientes apartados:

1. Evaluación del impacto económico de la disposición en el entorno socioeconómico al que va a afectar.

2. Evaluación del impacto financiero en los ingresos y gastos de la Administración autonómica, sus organismos autónomos y demás entes públicos pertenecientes a la misma.

3. Evaluación del impacto financiero en los ingresos y gastos de otras Administraciones.
4. Evaluación de las medidas que se proponen y pudieran tener incidencia fiscal.
5. El análisis de la acomodación de la iniciativa a los escenarios presupuestarios plurianuales y en su caso al programa de actuación plurianual.
6. El análisis del impacto sobre planes y programas generales y sectoriales.
7. El análisis del impacto sobre los recursos humanos.
8. El análisis sobre la necesidad de adoptar medidas en relación con la estructura organizativa.
9. El análisis de otros aspectos con implicación en la estructura o en el régimen presupuestario.
10. En las normas que regulen tasas y precios públicos y privados, el resultado de la relación coste/beneficio.
11. La cuantía previsible de las cargas económicas sobre los destinatarios u otras personas afectadas.
12. Los otros costes sociales previsibles de la iniciativa.

E) Participación ciudadana, advirtiéndose que *“No se han realizado los trámites de participación pública al amparo de la excepción que para los reales decretos-leyes establece la Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno”*.

F) Informe de impacto de género, que se divide en los siguientes apartados:

1. Fundamentación y objeto del informe.
2. Identificación de la pertinencia del análisis del impacto de género en la propuesta de norma o plan.

3. Evaluación del impacto sobre identidad y expresión de género y de diversidad sexual.

G) Informe de impacto empresarial.

H) Análisis de impacto normativo sectorial.

J) Análisis de impacto de la normativa en la infancia y en la adolescencia, con los siguientes apartados:

1) Identificación de los derechos y necesidades de la infancia y la adolescencia sobre los que el proyecto de decreto-ley tiene efecto.

2) Análisis y valoración del impacto en la infancia y la adolescencia.

3) Medidas que contribuyen a alcanzar un impacto positivo.

K) Análisis de impacto de la normativa en la familia, que contiene:

1) Identificación de los derechos y necesidades de la familia sobre los que el proyecto de Decreto-ley tiene efecto.

2) Análisis y valoración del impacto en la familia.

3) Medidas que contribuyen a alcanzar un impacto positivo.

L) Análisis del impacto por razón de cambio climático.

M) Análisis procedimental.

Consta en la documentación obrante en el expediente, la comunicación del Viceconsejero de Hacienda y Relaciones con la Unión Europea, de 28 de agosto de 2023, a la Secretaría técnica permanente del Consejo Superior para la dirección y coordinación de la gestión tributaria, de conformidad con lo dispuesto en el art. 65.3.d) de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatutos de Autonomía y se modifican determinadas

normas tributarias, y por contener modificaciones normativas relativas a tributos cedidos por el Estado.

El art. 65.3 d). 1º de la Ley 22/2009 de 18 de diciembre, establece que *“Son funciones del Consejo Superior para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria:*

(...)

d) Analizar e informar los anteproyectos normativos de rango legal que deban ser sometidos a la aprobación del Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo y que modifiquen la regulación de los tributos cedidos. A estos efectos, la Administración General del Estado y las autonómicas se comunicarán mutuamente, por intermedio de la Secretaría Técnica Permanente del Consejo, y con la suficiente antelación, los referidos anteproyectos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se someterán inmediatamente después de su aprobación a informe del Consejo Superior los Reales Decretos-leyes, los Decretos Leyes de las Comunidades Autónomas y los proyectos de Ley, sin perjuicio de su remisión a las Cortes Generales o a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas para su tramitación, en los siguientes casos:

1.º Cuando las modificaciones legislativas se realicen por Real Decreto-ley o por Decretos Leyes de las Comunidades Autónomas.

2.º Cuando el proyecto normativo modifique en todo o en parte el anteproyecto sometido a análisis o informe del Consejo Superior, y

3.º En general, cuando, por cualquier razón, el anteproyecto se someta a la aprobación del Gobierno estatal o del Consejo de Gobierno autonómico sin tiempo suficiente para cumplir con lo preceptuado en el párrafo anterior.”

También consta entre los antecedentes, el informe de la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno, emitido en sesión celebrada el día 30 de agosto de 2023.

Por último, figura en el expediente remitido a este Consejo Consultivo, el certificado del Acuerdo gubernativo por el que el Gobierno aprobó, en su sesión de 4 de septiembre de 2023 el Decreto-ley que se dictamina y también consta -sin numerar- el Decreto del Presidente por el que se promulga y ordena la publicación del Decreto ley 5/2023 de 4 de septiembre,

por el que se modifican las bonificaciones en la cuota tributaria del impuesto sobre sucesiones y donaciones, de fecha 4 de septiembre de 2023.

De acuerdo con lo anterior, se considera que la tramitación del presente Decreto-ley (DL) se adecua, en general, al procedimiento exigible.

No obstante, se echa en falta, como luego se repetirá, la incorporación al expediente de un estudio económico sobre la adecuación de las medidas propuestas a los fines que se persiguen, en los términos que posibilita el art. 74.4 *“in fine”* de la LPGC.

IV

Sobre el objeto, justificación y estructura del Decreto-ley que se dictamina.

1. Como su propio título indica y desarrolla su exposición de motivos, el presente DL tiene por objeto generalizar la aplicación de un único porcentaje de bonificación del 99,9 por 100 de la cuota tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, igual que en regulaciones anteriores, para evitar situaciones indeseadas de indisponibilidad de renta en las familias canarias.

2. Su justificación viene dada, según señala la exposición de motivos, por el proceso inflacionario en el que se encuentran las economías regional, nacional e internacional, por lo que el Acuerdo de gobierno de esta XI legislatura ha decidido, entre otros muchos aspectos, *“Aplicar una política tributaria justa, progresiva y equilibrada que persiga, como objetivo fundamental, aliviar la presión fiscal del contribuyente”*.

Con este fin, se pretende *“contribuir, por una parte, a la reducción de la inflación hasta una estabilización natural de la subida de los precios y la recuperación de parte de la renta disponible de las familias canarias, y por otra, dinamizar la actividad económica”*. Y, en este sentido, se acuerda *“bonificar al 99% el Impuesto de Sucesiones y Donaciones por la injusticia que supone esta doble imposición”*, entre otras medidas tributarias.

3. En cuanto a su estructura, el presente DL consta de una exposición de motivos donde se explican su objeto y finalidad, se razona el uso de la figura del DL, se determina el título competencial que habilita la norma, se justifica el cumplimiento de los principios de buena regulación y se detalla su estructura.

Una parte dispositiva compuesta por un único artículo titulado *“Modificación del texto refundido de las disposiciones legales vigentes dictadas por la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de tributos cedidos, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2009, de 21 de abril”*. El precepto se divide a su vez en dos apartados en los que se modifican los arts. 24 ter y 26 sexies del referido texto legal, relativos a la bonificación de la cuota por parentesco del impuesto de sucesiones y donaciones.

Una parte final integrada por una disposición final que dispone su entrada en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias.

V

Competencia de la Comunidad Autónoma y rango de la norma.

1. La competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias constituye el primer y esencial presupuesto para la validez de cualquier clase de disposición proyectada, ora sea de rango legal, ora lo sea de rango reglamentario, pues, en caso contrario, amenazarían sobre las mismas los correspondientes reproches de inconstitucionalidad y de ilegalidad. A este respecto, resulta necesario analizar si la Comunidad Autónoma de Canarias ostenta o no competencia para dictar el DL que se somete a la consideración de este Consejo Consultivo, pues dicha competencia constituye *conditio sine qua non* de cualquier innovación que se pretenda introducir en el ordenamiento jurídico canario.

En lo que a la cuestión competencial se refiere, la exposición de motivos del DL señala:

“Como ya hemos adelantado, el artículo 48 de la antes referida Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, dispone que en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:

- Reducciones de la base imponible, pudiendo crear, tanto para las transmisiones inter vivos, como para las mortis causa, las reducciones que consideren convenientes, siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la Comunidad Autónoma de que se trate.

Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán regular las establecidas por la normativa del Estado, manteniéndolas en condiciones análogas a las establecidas por este o mejorándolas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción, la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma o la disminución de los requisitos para poder aplicarla.

Cuando las Comunidades Autónomas creen sus propias reducciones, estas se aplicarán con posterioridad a las establecidas por la normativa del Estado. Si la actividad de la Comunidad Autónoma consistiese en mejorar una reducción estatal, la reducción mejorada sustituirá, en esa Comunidad Autónoma, a la reducción estatal. A estos efectos, las Comunidades Autónomas, al tiempo de regular las reducciones aplicables deberán especificar si la reducción es propia o consiste en una mejora de la del Estado.

- Tarifa del impuesto.

- Cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente.

- Deducciones y bonificaciones de la cuota. Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas resultarán, en todo caso, compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto y no podrán suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado.

- Y, por último, también podrán regular los aspectos de gestión y liquidación. No obstante, el Estado retendrá la competencia para establecer el régimen de autoliquidación del impuesto con carácter obligatorio en las diferentes Comunidades Autónomas, implantando este conforme cada Administración autonómica vaya estableciendo un servicio de asistencia al contribuyente para cumplimentar la autoliquidación del impuesto.

Por otra parte, el artículo 186 del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, señala que la Comunidad Autónoma de Canarias asumirá por delegación la gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión de los tributos cedidos, como es el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin perjuicio de la capacidad normativa que la ley orgánica correspondiente establezca, tal y como recoge su disposición adicional primera.”

2. Señalábamos en nuestro reciente Dictamen 12/2023, de 13 de enero:

“Tal y como señalamos en nuestro Dictamen 76/2022, de 24 de febrero, ya referido, en el caso de medidas articuladas en materia de tributos cedidos por el Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias, como es el caso del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD), la cuestión relativa a la delimitación competencial en materia de tributos estatales cedidos a la Comunidad Autónoma de Canarias ha sido objeto de análisis recientemente por parte de este Consejo Consultivo en sus Dictámenes 60/2021, de 17 de febrero y 502/2021, de 19 de octubre, emitidos en relación con los Decretos-leyes 1/2021, de 28 de enero, por el que se adoptaban medidas excepcionales para facilitar el pago de determinadas deudas tributarias, y Decreto-ley 12/2021, de 30 de septiembre ya mencionado, respectivamente, y a los que nos remitimos, procediendo reseñar lo siguiente:

«(...) las comunidades autónomas tienen una competencia normativa más amplia en materia de gestión tributaria en los impuestos sobre sucesiones y donaciones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y en los tributos sobre el juego, pues el alcance de la delegación de ciertas competencias gestoras es mayor. Ello es así, de un lado, en las competencias gestoras que se ceden sin referencia alguna a los criterios del Estado ni a la normativa estatal en el art. 55.1 LSF 2009: la realización de los actos de trámite y la práctica de liquidaciones tributarias [letra b)]; la calificación de las infracciones y la imposición de sanciones tributarias [letra c)]; la publicidad e información al público de obligaciones tributarias y su forma de cumplimiento [letra d)]; la aprobación de modelos de declaración [letra e)]; y, en general, las demás competencias necesarias para la gestión de los tributos no expresamente excluidas de la delegación en el art. 55.2 LSF [letra f)]. Y, de otro, en relación con la incoación de expedientes de comprobación de valores “utilizando los mismos criterios que el Estado” del art. 55.1.a) LSF 2009, sobre lo que este Tribunal declaró que “en abstracto, una norma autonómica podría regular la comprobación de valores, sin exceder por ello el ámbito de la delegación de competencias normativas, que expresamente incluye la gestión y liquidación de los tributos (arts. 48.2 y 49.2 de la Ley 22/2009)”, pero con el límite infranqueable de no establecer medios de comprobación de valores distintos a los del Estado, ni modificar sustancialmente los que sean aplicables por el juego combinado entre el art. 57 LGT y las leyes estatales reguladoras de los impuestos sobre sucesiones y donaciones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (SSTC 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 7; 25/2016, de 15 de febrero, FJ 4; y 33/2016, de 18 de febrero, FJ 5).

No obstante, conviene aclarar que, a la hora de regular este haz de competencias gestoras que se delegan sin condicionantes normativos estatales expresos, al igual que para ejercer las competencias normativas sustantivas delegadas, entrará en juego la cláusula del art. 20.4 LOFCA, que viene a recordar que las comunidades autónomas deben respetar aquellos preceptos de la LGT que, ex arts. 149.1.1, 8, 14 y 18 CE, establecen los principios y normas generales, sustantivas y procedimentales, del sistema tributario español. Primero, porque se trata de normas de coordinación que la Constitución exige al Estado (art. 156.1 CE) para garantizar que el ejercicio del poder tributario por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de “un sistema tributario” (art. 31.1 CE); segundo, porque el carácter estatal que el art. 157.1.a) CE predica de los tributos cedidos (al incluirlos dentro del concepto amplio de “participaciones en los ingresos del Estado”) no puede quedar borrado como consecuencia de una atribución de competencias normativas tan amplia que difumine la frontera que el bloque de la constitucionalidad ha trazado entre la tributación estatal cedida y la tributación autonómica propia; y, por último, porque entenderlo de otro modo conferiría paradójicamente a las comunidades autónomas un poder tributario mayor en relación con la regulación delegada de los aspectos sustantivos y procedimentales de los tributos estatales cedidos que en relación con la regulación sustantiva y procedimental de sus propios tributos.

Por lo tanto, la capacidad normativa autonómica con relación a los tributos cedidos vendrá condicionada no solo por los títulos competenciales que ope Constitutionis avalan al Estado a sentar unos principios y normas generales de ordenación y aplicación de todos los tributos que conforman el sistema tributario español, con independencia del ente territorial (estatal, autonómico o local) al que correspondan (básicamente, arts. 149.1.1, 8, 14 y 18 CE), títulos competenciales que también operan para limitar la capacidad normativa autonómica con relación a sus propios tributos. También vendrá condicionada por el alcance y las condiciones establecidas expresamente en la ley específica de cesión. De ahí que cualquier regulación autonómica de carácter general, sustantiva o procedimental, que desborde el ámbito de cesión de los tributos estatales será inconstitucional, por producirse automáticamente una invasión de la competencia estatal sobre los mismos (art. 149.1.14 en relación con los arts. 133.1 y 157.3 CE).

(...)

En consecuencia, en tanto no vulneren los títulos competenciales que reservan al Estado la configuración de los principios y normas generales del sistema tributario español, los preceptos del Código Tributario serán de aplicación a los tributos propios y, en función de lo

que disponga la normativa de cesión, podrán ser de aplicación también a los tributos estatales cedidos. Esta conclusión general y preliminar no sustituye, claro está, al enjuiciamiento individualizado de cada una de las disposiciones impugnadas que nos demanda el recurrente, que constituye el objeto de este proceso y para lo cual, naturalmente, deberemos atender a su contenido concreto».

3. Así pues, a la luz de esta doctrina, se ha de partir, en primer lugar, de lo dispuesto en la Disposición adicional primera del EAC -tributos cedidos- cuando señala: “1. Conforme al apartado 3 de esta disposición, con los límites y, en su caso, con la capacidad normativa y en los términos que se establezcan en la ley orgánica prevista en el artículo 157.3 de la Constitución, se ceden a la Comunidad Autónoma los siguientes tributos:

(...)

c) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En segundo lugar -y en desarrollo del citado art. 157.3 CE- de lo establecido en la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), cuyo art. 17.c) establece que las Comunidades Autónomas regularán por sus órganos competentes, de acuerdo con sus Estatutos *«El ejercicio de las competencias normativas establecidas por la Ley reguladora de la cesión de tributos»* y en su art. 19.2. c), en relación con el ISD, en lo que aquí concierne, que:

«En caso de tributos cedidos, cada Comunidad Autónoma podrá asumir, en los términos que establezca la Ley que regule la cesión de tributos, las siguientes competencias normativas:

(...)

c) En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, reducciones de la base imponible, tarifa, la fijación de la cuantía y coeficientes del patrimonio preexistente, deducciones, bonificaciones, así como la regulación de la gestión.”

Y además, se añade en dicho punto dos: *«En el ejercicio de las competencias normativas a que se refiere el párrafo anterior, las Comunidades Autónomas observarán el principio de solidaridad entre todos los españoles, conforme a lo establecido al respecto en la Constitución; no adoptarán medidas que discriminen por razón del lugar de ubicación de los bienes, de procedencia de las rentas, de realización del gasto, de la prestación de los servicios*

o de celebración de los negocios, actos o hechos; y mantendrán una presión fiscal efectiva global equivalente a la del resto del territorio nacional.

Asimismo, en caso de tributos cedidos, cada Comunidad Autónoma podrá asumir por delegación del Estado la aplicación de los tributos, la potestad sancionadora y la revisión, en su caso, de los mismos, sin perjuicio de la colaboración que pueda establecerse entre ambas Administraciones, todo ello de acuerdo con lo especificado en la Ley que fije el alcance y condiciones de la cesión.

Lo previsto en el párrafo anterior no será de aplicación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el Impuesto sobre el Valor Añadido, ni en los Impuestos Especiales de Fabricación. La aplicación de los tributos, potestad sancionadora y revisión de estos impuestos tendrá lugar según lo establecido en el apartado siguiente.

Las competencias que se atribuyan a las Comunidades Autónomas en relación con los tributos cedidos pasarán a ser ejercidas por el Estado cuando resulte necesario para dar cumplimiento a la normativa sobre armonización fiscal de la Unión Europea».

4. Por su parte, en el art. 48 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, se dispone:

«1. En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:

a) Reducciones de la base imponible: Las Comunidades Autónomas podrán crear, tanto para las transmisiones “inter vivos”, como para las mortis causa, las reducciones que consideren convenientes, siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la Comunidad Autónoma de que se trate.

Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán regular las establecidas por la normativa del Estado, manteniéndolas en condiciones análogas a las establecidas por éste o mejorándolas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción, la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma o la disminución de los requisitos para poder aplicarla.

Cuando las Comunidades Autónomas creen sus propias reducciones, éstas se aplicarán con posterioridad a las establecidas por la normativa del Estado. Si la actividad de la Comunidad Autónoma consistiese en mejorar una reducción estatal, la reducción mejorada sustituirá, en esa Comunidad Autónoma, a la reducción estatal. A estos efectos, las Comunidades Autónomas, al tiempo de regular las reducciones aplicables deberán especificar si la reducción es propia o consiste en una mejora de la del Estado.

b) Tarifa del impuesto.

c) Cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente.

d) Deducciones y bonificaciones de la cuota.

Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas resultarán, en todo caso, compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto y no podrán suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado.

2. Las Comunidades Autónomas también podrán regular los aspectos de gestión y liquidación. No obstante, el Estado retendrá la competencia para establecer el régimen de autoliquidación del impuesto con carácter obligatorio en las diferentes Comunidades Autónomas, implantando éste conforme cada Administración autonómica vaya estableciendo un servicio de asistencia al contribuyente para cumplimentar la autoliquidación del impuesto».

Por todo ello, dada la competencia de Canarias en el ámbito descrito del ISD, y limitándose el DL a bonificar la cuota tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, resulta conforme a los parámetros del bloque constitucional, estatutario y legal de referencia.

5. Y, por último, en lo relativo a las competencias en materia de gestión, se habrá de estar a lo previsto en el art. 186.2 EAC, que establece: *“En caso de tributos cedidos, la Comunidad Autónoma de Canarias asumirá por delegación del Estado la gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión, en su caso, de los mismos, sin perjuicio de la colaboración que pueda establecerse entre ambas administraciones, todo ello de acuerdo con lo especificado en la ley que fije el alcance y condiciones de la cesión.”*

6. Por cuanto antecede, se ha de concluir que la Comunidad Autónoma de Canarias ostenta los títulos competenciales y, por tanto, la habilitación jurídica suficiente para establecer la regulación normativa que se contiene en el presente DL.

A este respecto, hay que recordar que este impuesto ha sido objeto de distintas modificaciones. Así, como también señala la exposición de motivos:

“La Comunidad Autónoma de Canarias ha centrado sus medidas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en dos bloques, por un lado, creando reducciones propias y mejorando las estatales, y, por otro lado, estableciendo bonificaciones en la cuota. La primera regulación se hizo en la Ley 2/2004, de 28 de mayo, de Medidas Fiscales y Tributarias, seguida de otras disposiciones en los años 2006, 2007 y 2008 que fueron unificadas en el texto refundido de las disposiciones legales vigentes dictadas por la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de tributos cedidos, aprobado por el Decreto legislativo 1/2009, de 21 de abril, y que, a su vez, contiene dos modificaciones posteriores en relación a este impuesto.

Atendiendo a las bonificaciones en la cuota, inicialmente estaban vinculadas con la vivienda habitual en las adquisiciones por actos inter vivos, y con los seguros de vida en las adquisiciones por causa de muerte, pero desde el 1 de enero de 2008 se extendieron a las adquisiciones de cualquier tipo de bienes y derechos y por cualquier acto.

Las razones que justificaron esta ampliación derivaban de un contexto económico internacional marcado por el enfriamiento de la actividad económica del sector inmobiliario, las turbulencias financieras derivadas de la elevación de la morosidad de las hipotecas de alto riesgo en Estados Unidos y sus efectos en el sector bancario, por el incremento de los precios del petróleo y de otras materias primas, y por una ligera aceleración de las tasas de inflación, tal y como se explicaba en la Exposición de Motivos de la Ley 14/2007, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2008.

Para hacer frente a ellas, se introdujeron elementos de reactivación económica y medidas fiscales, que alivien la carga tributaria que soportan las familias, “principalmente a través de deducciones en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, para el que se prevé una bonificación del 99,9 por cien de la cuota tributaria”.

Posteriormente la Ley 4/2012, de 25 de junio, de medidas administrativas y fiscales, tuvo que adoptar medidas para garantizar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y reducción del déficit público, actuando de manera coordinada entre el instrumento impositivo y la reducción del gasto público, lo cual conllevó, entre otras muchas medidas, a un refuerzo de las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y, como contrapartida, a la desaparición de las bonificaciones en la cuota existentes.

No fue hasta el 1 de enero de 2016 cuando vuelven a entrar en vigor las bonificaciones en la cuota, con el mismo ámbito de aplicación que en el año 2008, dada la consolidación de la recuperación económica en la que se encuadra la Ley 11/2015, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2016 que las reactiva; destacando su Exposición de Motivos que el contexto económico desfavorable de los últimos años para muchas familias, había desembocado en “las renunciadas a las herencias por no poder hacer frente al pago de dicho impuesto y a las deudas.

En los años siguientes, la vigencia de la bonificación se ha mantenido pero con una doble modificación:

- Por un lado, desde el 1 de enero de 2019, la Ley 7/2018, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2019, amplía su ámbito de aplicación en las adquisiciones a título gratuito por actos mortis causa al grupo III de parentesco, tras haber “hecho gran parte del esfuerzo de ajuste derivado de la exigida consolidación presupuestaria”, como señala su Exposición de Motivos.

- Y, por otro lado, desde el 1 de enero de 2020, el porcentaje de bonificación del 99,9 por 100 va decreciendo desde un 90 por 100 hasta un máximo de un 10 por 100, según que la cuota tributaria sea superior a 55.000 euros e inferior o igual a 305.000 euros, excluyendo a los contribuyentes, herederos o donatarios, integrados en el grupo I de parentesco. A estos efectos, la Ley 19/2019, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2020, justifica esta medida fiscal en la necesidad de tener más capacidad de gasto para abordar los compromisos del Acuerdo para un gobierno de progreso y de cambio para Canarias 2019-2023, ante las perspectivas económicas tendentes hacia la moderación y una ligera mejoría en 2020.”

En definitiva, la Comunidad Autónoma de Canarias ostenta plenas competencias para legislar sobre la materia tributaria que es objeto del DL que se dictamina.

VI

Sobre el presupuesto habilitante y límites para utilizar el Decreto-ley.

1. La aprobación de decretos-leyes está sujeta a la existencia de un presupuesto habilitante, que es su extraordinaria y urgente necesidad.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en su STC 152/2017, de 21 diciembre (FJ 3), ha mantenido que los términos «*extraordinaria y urgente necesidad*» no constituyen «*en modo alguno “una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos leyes”, razón por la cual, este Tribunal puede, “en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de ‘extraordinaria y urgente necesidad’ y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad por inexistencia del presupuesto habilitante (SSTC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4, y 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5, entre otras)” (STC 12/2015, de 5 de febrero, FJ 3)».*

En esta misma STC 12/2015, de 5 de febrero, se afirma que «*la apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley). El Tribunal controla que ese juicio político no desborde los límites de lo manifestamente razonable, pero “el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-Leyes” [SSTC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 5, y 1/2012, de 13 de enero, FJ 6], por lo que la fiscalización de este Órgano constitucional es “un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno” (STC 182/1997, de 28 de octubre . Ese control externo se concreta en la comprobación de que el Gobierno ha definido, de manera “explícita y razonada”, una situación de extraordinaria y urgente necesidad [TC 137/2011, de 14 de diciembre, FJ 4], que precise de una respuesta normativa con rango de ley, y, además, que exista una conexión de sentido entre*

la situación definida y las medidas adoptadas para hacerle frente [por todas, SSTC 29/1982, FJ 3, y 70/2016, de 14 de abril, FJ 4], de manera que estas “guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar” (STC 182/1997, FJ 3).

Con respecto al primero de estos aspectos -la definición de la situación de urgencia- de acuerdo con la STC 12/2015, debemos reiterar que *“nuestra doctrina ha precisado que no es necesario que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio Real Decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. A este respecto, conviene recordar que el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la ‘extraordinaria y urgente necesidad’ siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma [SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3]” (FJ 3).*

Por lo que atañe al segundo -la conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación de urgente necesidad definida y las medidas adoptadas para hacerle frente- este Tribunal ha hecho uso de un doble criterio “para valorar su existencia: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley controvertido. Así, ya en la STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, excluimos a este respecto aquellas disposiciones ‘que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente’ (STC 39/2013, de 14 de febrero, FJ 9)” (STC 12/2015, FJ 3).

En definitiva, nuestra Constitución se ha decantado por una regulación de los decretos-leyes flexible y matizada que, en lo que ahora estrictamente interesa, se traduce en que *“la necesidad justificadora de los Decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo*

más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes” [STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5; más recientemente, en términos sustancialmente idénticos SSTC 137/2011, FJ 4, y 183/2016, de 13 de noviembre, FJ 2]».

Además, el Alto Tribunal ha sostenido que, al efectuar «la valoración conjunta de factores que implica el control externo del presupuesto que habilita a acudir al Decreto-ley, un factor importante a tomar en cuenta es el menor tiempo que requiere tramitar un proyecto de ley en una Cámara autonómica (dado su carácter unicameral, así como su más reducido tamaño y menor actividad parlamentaria, en comparación con la que se lleva a cabo en las Cortes Generales), pues puede hacer posible que las situaciones de necesidad sean atendidas tempestivamente mediante la aprobación de leyes, decayendo así la necesidad de intervención extraordinaria del ejecutivo, con lo que dejaría de concurrir el presupuesto habilitante» (STC 157/2016, de 22 de septiembre, FJ 5, con cita de otras).

Como venimos reiterando desde los dictámenes 90 y 91/2019, de 13 de marzo, y 95/2019, de 19 de marzo: «En definitiva, la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el presupuesto habilitante para la aprobación de Decretos-leyes, se puede resumir en lo siguiente:

- La exigida «extraordinaria y urgente necesidad», hay que entenderla como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.

- La apreciación de la concurrencia de la «extraordinaria y urgente necesidad» constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley). En este caso al Parlamento de Canarias. El Tribunal Constitucional controla que ese juicio político no desborde los límites de lo manifiestamente razonable, pero el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los decretos-leyes.

- El citado Tribunal Constitucional puede, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de “extraordinaria y urgente necesidad”.

- Y, por último, que ese control externo por parte del Tribunal Constitucional se concreta en la comprobación de que el Gobierno ha definido, de manera «explícita y razonada», una situación de extraordinaria y urgente necesidad que precise de una respuesta normativa con rango de ley, y, además, que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas adoptadas para hacerle frente».

2. Trasladada esta doctrina al DL 5/2023, de 4 de septiembre, por lo que se refiere a la concurrencia de presupuesto habilitante, en la exposición de motivos se sostiene que la medida proyectada puede provocar un impacto en la inflación con una estabilización natural de la subida de los precios y la recuperación de la renta disponible de las familias canarias, y con la consiguiente dinamización de la actividad económica.

Continúa la exposición de motivos: “Dicho esto, en un momento como el actual, en el que las economías regional, nacional e internacional se encuentran en un proceso inflacionario, la adopción de medidas que permitan minorar los efectos negativos de la subida de precios y la caída del consumo, como pueden ser medidas fiscales que contribuyan a incrementar el poder adquisitivo de la población, se reputan como necesarias y urgentes para restablecer la economía de la región (...)

Considerando, por ello, que existe plena homogeneidad entre las situaciones descritas en la exposición de motivos y el contenido de la parte dispositiva; es decir, existe “conexión de sentido” entre la situación definida y las medidas que en el Decreto ley se adopten.”

La memoria abreviada añade: “Con este fin, se pretende “contribuir, por una parte, a la reducción de la inflación hasta una estabilización natural de la subida de los precios y la recuperación de parte de la renta disponible de las familias canarias, y por otra, dinamizar la actividad económica”. Y, en este sentido, acuerda “bonificar al 99% el Impuesto de Sucesiones y Donaciones por la injusticia que supone esta doble imposición”, entre otras medidas tributarias.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, y atendiendo a los principios de justicia tributaria reconocidos en el art. 31.1 de la Constitución Española, es necesario

acometer con urgencia la reforma legal que contiene el presente decreto ley, generalizando la aplicación de un único porcentaje de bonificación del 99,9 por 100 de la cuota tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, como en regulaciones anteriores, para evitar situaciones de indisponibilidad de renta en las familias canarias.

Existe en consecuencia una congruencia entre las medidas que se pretenden adoptar con la aprobación del presente Decreto ley y la situación de hecho que justifican las mismas, siendo la figura del Decreto ley, dada la celeridad de su procedimiento de aprobación, proporcional a los fines inmediatos perseguibles que es la de dotar a las familias canarias de mayor disponibilidad de recursos, en el contexto económico ya descrito con anterioridad.”

Hemos de recordar que esa extraordinaria y urgente necesidad, según el Tribunal Constitucional, ha de ser definida por el Gobierno de manera “explícita y razonada”, y que consiste en una situación (de extraordinaria y urgente necesidad) [STC 137/2011, de 14 de diciembre, FJ 4], que precise de una respuesta normativa con rango de ley, y, además, que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas adoptadas para hacerle frente [por todas, SSTC 29/1982, FJ 3, y 70/2016, de 14 de abril, FJ 4], de manera que estas “*guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar*” (STC 182/1997, FJ 3).

En este caso concurre el referido presupuesto habilitante, ya que se pretende revertir con urgencia una situación de pérdida de poder adquisitivo provocada por el incremento de los precios al consumo, difícil de prever y que requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes. Además, la medida modifica de manera instantánea la situación existente.

Por otro lado, se constata una situación de extraordinaria y urgente necesidad que precisa de una respuesta normativa con rango de ley, puesto que existe una reserva de ley en esta materia ya que la bonificación del 99,9 por 100 de la cuota tributaria del ISD solo puede efectuarse por una norma de este rango (art. 8 a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria).

3. En lo relativo a la conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación de urgente necesidad descrita y las medidas que se adoptan para hacerles frente, señala la exposición de motivos: “*Con este fin, se pretende “contribuir, por una parte, a la reducción de*

la inflación hasta una estabilización natural de la subida de los precios y la recuperación de parte de la renta disponible de las familias canarias, y por otra, dinamizar la actividad económica”.

Sin perjuicio de que la incorporación al expediente del estudio económico a que se ha hecho referencia en el Fundamento III, contribuiría al entendimiento del párrafo, lo que sí se confirma es la conexión de sentido entre la bonificación que se pretende y el aumento de renta disponible a través del alivio de la carga *impositiva (recuperación de parte de la renta disponible de las familias canarias)* y consiguiente incremento del poder adquisitivo de la población, produciendo, en consecuencia, una dinamización de la economía y que dicha medida debe ser tomada con la mayor celeridad, para que influya lo antes posible en el mercado.

Por todo ello, procede afirmar que el presente DL cumple las tres condiciones siguientes: a) contiene una serie de medidas adecuadas para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido; b) las medidas son, además de idóneas, necesarias, en el sentido de que son condición para alcanzar tal fin (juicio de necesidad) y c) las medidas idóneas y necesarias son ponderadas o equilibradas, pues su aplicación otorga beneficios o ventajas para el interés general sin que se aprecie la existencia de perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Por consiguiente, entiende este Consejo que concurren las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 46 del EAC como presupuesto habilitante para aprobar esta norma, al cumplir con los requisitos jurisprudenciales para entenderlo acreditado de forma «explícita y razonada», y que existe conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación de urgente necesidad definida y las medidas adoptadas para hacerle frente, pues la bonificación del 99,9 por 100 de la cuota tributaria del ISD va a incidir directamente en el incremento del poder adquisitivo de las familias canarias.

En definitiva, en el presente caso resulta debidamente justificada la concurrencia del presupuesto habilitante, esto es, la extraordinaria y urgente necesidad de las medidas adoptadas en el DL analizado, que además guardan relación directa con la situación que se quiere afrontar (dinamización de la economía).

4. En cuanto a los límites materiales para la utilización de la figura del DL, se ha de comenzar por tener presente que los decretos-leyes autonómicos, además de los límites del art. 86 CE, están sometidos a los límites contenidos en los propios Estatutos de Autonomía.

El citado art. 86 CE establece que los decretos-leyes no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.

Por su parte, los arts. 45.1.a) y 46.2 EAC excluyen que éste trate determinadas materias, cuales son, las leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma, las de las instituciones autonómicas, las que requieran mayoría cualificada, o las que contengan la regulación esencial de los derechos establecidos en el propio EAC.

A esa lista hay que añadir también la imposición de obligaciones a los ciudadanos, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -STC 105/2018, de 4 octubre (FJ 3)-.

En el examen de esta cuestión hemos de partir, asimismo, de la doctrina expuesta en la STC 93/2015, de 14 de mayo, recogida en las SSTC 230/2015, de 5 de noviembre y 211/2016, de 15 de diciembre. En ella se señala que *«un Estatuto de Autonomía no puede atribuir al Consejo de Gobierno autonómico poderes de legislación de urgencia que no estén sujetos, en lo que corresponda, a los límites consignados en el artículo 86.1 CE como garantía del principio democrático. En todo caso el Tribunal Constitucional podrá, aplicando directamente el parámetro constitucional ínsito en dicho principio, controlar la constitucionalidad de la legislación de urgencia que pueda adoptar el citado Consejo de Gobierno»* (STC 93/2015, FJ 5).

En consecuencia, a los decretos-leyes autonómicos les son de aplicación las materias vedadas en el art. 86 CE, por lo tanto, también las relativas a los derechos y deberes de los ciudadanos regulados en el Título I CE.

Por suponer una eventual afectación a dichas materias vedadas, no se puede obviar la naturaleza eminentemente tributaria de la regulación contenida en el presente DL, lo que hace preciso recordar la doctrina sentada por este Consejo Consultivo en nuestro Dictamen 502/2021, de 19 de octubre, ya mencionado, en el que señalábamos:

« (...) además, en el caso que nos ocupa en el que gran parte de las medidas contenidas en el Decreto-ley 12/2021 son de carácter tributario, es preciso recordar que el art. 31 impone que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos mediante el sistema tributario, añadiendo que sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley. A lo que hay que añadir que el art. 133 CE atribuye la potestad originaria para establecer los tributos exclusivamente al Estado, mediante ley, y que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Por tanto, se ha de analizar, a la luz de la jurisprudencia constitucional si el presente DL vulnera tal limitación. Así, en la STC 73/2017, de 8 junio, FJ 2.º, se viene a recordar que:

«Este Tribunal ha afirmado que “de la misma manera que la Constitución ha sometido al imperio de la ley, con carácter general, el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público, cuando tienen naturaleza tributaria, ha condicionado los instrumentos normativos a través de los cuales se puede cumplir con aquella reserva, pues no sólo limita el uso del decreto-ley a aquellos supuestos en los que no se afecte a los deberes de los ciudadanos regulados en el título I (art. 86.1 CE) y, concretamente, al deber de contribuir de todos al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE), sino que impide la utilización de la Ley de presupuestos como instrumento a través del cual ‘crear tributos’ (art. 134.7 CE) y excluye la materia tributaria de la iniciativa popular (art. 87.3 CE)” (SSTC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3; 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5, y 139/2016, de 21 de julio, FJ 6).

Ningún óbice existe desde el punto de vista constitucional, en principio, para que a través de un decreto-ley se puedan establecer, modificar o derogar, prestaciones patrimoniales de carácter público, siempre que concurra una situación de extraordinaria urgencia que justifique el uso de este instrumento normativo y que, a través de él, no se afecte al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el artículo 31.1 CE (entre otras, SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8; 60/1986, de 20 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 18 de octubre) de modo que, cuando el artículo 86.1 CE excluye del ámbito del decreto-ley a los deberes consagrados en el título I de la Constitución, únicamente está impidiendo aquellas intervenciones o innovaciones normativas que afecten, no de cualquier manera, sino de forma relevante o sustancial, al deber constitucional de “todos” de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE).

En efecto, del hecho de que el establecimiento de prestaciones patrimoniales “de carácter público” esté sujeto al principio de reserva de ley (art. 31.3 CE) “no se deriva necesariamente que la citada materia se encuentre excluida del ámbito de regulación del decreto-ley, que podrá penetrar en la misma siempre que se den los requisitos constitucionales del presupuesto habilitante y no ‘afecte’ en el sentido constitucional del término, a las materias excluidas” (SSTC 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 4; y 83/2014, FJ 5; y en sentido similar, SSTC 182/1997, FJ 8; 137/2003, FJ 6, y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 9). Es decir, “el hecho de que una materia esté reservada a la ley ordinaria, con carácter absoluto o relativo, no excluye eo ipso la regulación extraordinaria y provisional de la misma mediante decreto-ley” (SSTC 60/1986, FJ 2; 182/1997, FJ 8; 100/2012, FJ 9, 35/2017, de 1 de marzo, FJ 5).

A lo que este Tribunal debe atender al interpretar el límite material del artículo 86.1 CE, es “al examen de si ha existido ‘afectación’ por el decreto-ley de un derecho, deber o libertad regulado en el Título I de la Constitución”; lo que exigirá “tener en cuenta la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate” (SSTC 182/1997, FJ 8; 329/2005, FJ 8; 100/2012, FJ 9, y 35/2017, FJ 5, entre otras). En este sentido, dentro del título I de la Constitución se inserta el artículo 31.1, del que se deriva el deber de “todos” de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos; lo que supone que uno de los deberes cuya afectación está vedada al decreto-ley es el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. El decreto-ley “no podrá alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que inciden en la determinación de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo”; vulnera el artículo 86.1 CE, en consecuencia, “cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario” (SSTC 182/1997, FJ 7; 100/2012, FJ 9; 139/2016, FJ 6, y 35/2017, FJ 5, por todas).

De conformidad con lo indicado, es preciso tener en cuenta, en cada caso, “en qué tributo concreto incide el decreto-ley –constatando su naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del conjunto del sistema tributario, así como el grado o medida en que interviene el principio de capacidad económica–, qué elementos del mismo –esenciales o no– resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate” (SSTC 182/1997, FJ 7; 189/2005, FJ 7, y 83/2014, FJ 5)».

En aplicación de esta doctrina, el TC ha considerado excluidas del ámbito del Decreto-ley las modificaciones sustanciales del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), por tratarse de uno de los pilares estructurales de nuestro sistema tributario, y del impuesto sobre sociedades, así como del impuesto sobre la renta de no residentes como apéndice o complemento de los anteriores (SSTC 182/1997, de 28 de octubre; 189/2005, de 7 de julio, y 19/2012, de 15 de febrero).

Ha declarado la procedencia de los Decretos-leyes, en cambio, respecto del tipo de gravamen de los impuestos especiales sobre el consumo (STC 137/2003, de 3 de julio, en relación con el impuesto sobre determinados medios de transporte, y STC 108/2004, de 30 de junio, para el impuesto especial sobre el alcohol y bebidas derivadas), o respecto de la reducción de la base imponible para determinadas adquisiciones gravadas por el impuesto de sucesiones y donaciones, puesto que estos impuestos, lejos de configurarse como un tributo global sobre la renta o sobre el consumo, se limitan a gravar una manifestación concreta de capacidad económica, sin repercutir sensiblemente en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes (STC 189/2005, de 7 de julio).

Esta sentencia, en su FJ 8, establece con respecto al impuesto de sucesiones y donaciones:

“En la tantas veces citada STC 182/1997, partiendo de que la indagación acerca de si un Decreto-ley afecta o no al deber de contribuir debe atender especialmente a «la naturaleza del tributo sobre el que incide», concluíamos que, en tanto que la norma entonces impugnada -el art. 2 del Real Decreto-ley 5/1992- incidía sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas, no podía negarse que el aumento de su cuantía mediante el uso de dicho instrumento normativo había «afectado sensiblemente al deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, tal y como éste se configura en el art. 31.1 CE» (FJ 9). El impuesto sobre la renta -dijimos- «es un impuesto de carácter directo, personal y subjetivo, que grava la renta global de las personas físicas de manera progresiva (SSTC 45/1989, FJ 2, 150/1990, FJ 5, y 214/1994, FJ 5)», constituyendo «uno de los pilares estructurales de nuestro sistema tributario y, por sus características... cualquier alteración en sus elementos esenciales repercute inmediatamente sobre la cuantía o el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes». Al mismo tiempo -proseguíamos-, «es sobre todo a través del impuesto sobre la renta de las personas físicas como se realiza la personalización del reparto de la carga fiscal en el sistema tributario según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad, lo que lo

convierte en una figura impositiva primordial para conseguir que nuestro sistema tributario cumpla los principios de justicia tributaria que impone el art. 31.1 CE, dada su estructura y su hecho imponible (STC 134/1996, FJ 6)». En definitiva -concluíamos- es «innegable que el impuesto sobre la renta de las personas físicas, por su carácter general y personal, y figura central de la imposición directa, constituye una de las piezas básicas de nuestro sistema tributario», siendo el tributo «en el que el principio de capacidad económica y su correlato, el de igualdad y progresividad tributarias, encuentran una más cabal proyección, de manera que es, tal vez, el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta (art. 131.1 CE) y de solidaridad (art. 138.1 CE) que la Constitución española propugna (STC 19/1987, FJ 4) y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)».

(...)

No puede, sin embargo, alcanzarse la misma conclusión respecto de los arts. 4 y 5 del Real Decreto-ley 7/1996, igualmente impugnados en el presente proceso constitucional. En efecto, como hemos visto anteriormente, el art. 4 se limita a establecer una reducción en la base imponible del impuesto sobre sucesiones y donaciones exclusivamente en los supuestos de transmisión mortis causa de la empresa familiar y de la vivienda habitual del causante; tributo este último que, a diferencia del impuesto sobre la renta de las personas físicas, no se configura como un tributo global sobre la renta o sobre el consumo, sino que se limita a gravar una manifestación concreta de capacidad económica, la que se pone de manifiesto con las adquisiciones lucrativas de bienes o derechos, en lo que ahora importa, mortis causa (sucesiones), razón por la cual no puede afirmarse que la modificación parcial de su base imponible para determinados sujetos pasivos repercuta sensiblemente en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes, por lo que no puede considerarse que en este caso concreto la utilización del Decreto-ley haya afectado al deber de contribuir en los términos que le están vedados por el art. 86.1 CE tal como ha sido interpretado por este Tribunal. Y lo mismo puede decirse del art. 5 del Real Decreto-ley 7/1996 que, en la medida en que se limita a establecer una actualización de balances a cambio de una compensación del 3 por 100 del saldo acreedor de la cuenta «reserva de revalorización» (esto es, la diferencia entre el valor contable de los bienes antes de la revalorización y el valor resultante de la misma), actualización a la que sólo pueden acogerse determinados sujetos pasivos de los impuestos sobre sociedades y sobre la renta de las personas físicas y que tiene carácter voluntario, tampoco puede concluirse que haya alterado de manera relevante la presión fiscal que deben soportar la generalidad de los contribuyentes. Por consiguiente, ni la modificación operada por

el art. 4 del Real Decreto-ley 7/1996, ni la medida introducida por el art. 5 de la misma norma legal, han provocado un cambio sustancial de la posición de los ciudadanos en el conjunto del sistema tributario, de manera que no han afectado a la esencia del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1 CE”.

El TC no excluye este impuesto de los que está vedado regular por Decreto- ley. Únicamente lo excluye -porque este impuesto no se configura como un tributo global sobre la renta o sobre el consumo, sino que se limita a gravar una manifestación concreta de capacidad económica, la que se pone de manifiesto con las adquisiciones lucrativas de bienes o derechos- si su regulación pudiera suponer modificaciones totales o parciales que repercutan sensiblemente en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes, altere de manera relevante la presión fiscal que deben soportar la generalidad de los contribuyentes, o suponga un cambio sustancial de la posición de los ciudadanos en el conjunto del sistema tributario, esto es, afecte de manera esencial al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1 CE.

5. En el presente caso, la modificación contenida en el presente DL, según la exposición de motivos, generaliza la aplicación de un único porcentaje de bonificación del 99,9 por 100 de la cuota tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Según la memoria abreviada que acompaña a la solicitud de Dictamen, *“es necesario acometer con urgencia la reforma legal que contiene el presente decreto ley, generalizando la aplicación de un único porcentaje de bonificación del 99,9 por 100 de la cuota tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, igual que en regulaciones anteriores, para evitar situaciones indeseadas de indisponibilidad de renta en las familias canarias.”*

La modificación supone que los grupos I, II y III (el I, descendientes y adoptados menores de veintiún años; el II, descendientes y adoptados de veintiuno o más años, cónyuges, ascendientes y adoptantes y el III, colaterales de segundo y tercer grado y ascendientes y descendientes por afinidad) obtienen una bonificación del 99,9 por 100 de la cuota tributaria derivada de las adquisiciones mortis causa, mientras que los dos primeros la obtienen de la cuota tributaria derivada de las adquisiciones «inter vivos».

La cuestión está, pues, en dilucidar si esa modificación se puede tildar de modificación total o de una parcial pero que repercuta sensiblemente en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes, altera de manera relevante la presión fiscal que deben

soportar la generalidad de los contribuyentes, o supone un cambio sustancial de la posición de los ciudadanos en el conjunto del sistema tributario, esto es, que afecte de manera esencial al deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1 CE.

No es una modificación total, esto es, no se suprime enteramente el impuesto, tanto porque se bonifica el 99,9 por 100 de la cuota, cuanto porque el Grupo IV de contribuyentes (colaterales de cuarto grado o de grados más distantes y extraños) sigue sujeto al impuesto en los términos de la normativa estatal (además del grupo III en las adquisiciones «inter vivos»).

Tampoco supone un cambio sustancial de la posición de los ciudadanos en el conjunto del sistema tributario, porque no puede afirmarse que esa bonificación parcial afecta de “manera esencial” al deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1 CE, ni altera de manera relevante la presión fiscal que deben soportar la generalidad de los contribuyentes, pues hay grupos que siguen tributando y porque no toda la ciudadanía va a estar sujeta a este impuesto.

En cuanto a si esa modificación pueda repercutir sensiblemente en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes, no parece que la bonificación introducida incida de manera sensible en ese criterio, ya que ni por su entidad cualitativa ni cuantitativa, altera la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario.

Sentado lo anterior, resulta evidente que las medidas tributarias que se introducen en el DL que ahora se dictamina, no constituyen ni “un pilar estructural” del sistema tributario español, ni tienen una posición central en el especial subsistema tributario canario y, por tanto, cumplen con los principios constitucionales del deber de contribuir de los ciudadanos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo.

Se da cumplimiento, en suma, a los principios constitucionales del deber de contribuir de los ciudadanos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo.

Consecuentemente, este Consejo considera que la regulación normativa de carácter tributario contenida en el DL no vulnera el límite material consagrado en el art. 86.1 CE en relación con el art. 31.1 CE.

VII

Observaciones sobre el contenido del Decreto-ley

EL Decreto ley que se dictamina, que se limita a bonificar el 99,9 por 100 de la cuota tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en los términos expuestos a lo largo del presente Dictamen, se adecua, en cuanto a su contenido, al parámetro constitucional y estatutario que le es de aplicación.

CONCLUSIONES

1. La Comunidad Autónoma ostenta competencias para regular el objeto del Decreto-ley 5/2023, de 4 de septiembre, por el que se modifican las bonificaciones en la cuota tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

2. Se aprecia la existencia de extraordinaria y urgente necesidad que habilite la aprobación del Decreto-ley, tal como se razona en el Fundamento VI del presente Dictamen.

3. El contenido del Decreto-ley 5/2023, de 4 de septiembre, es conforme a su parámetro normativo de referencia.



Dictamen 362/2023, de 19 de septiembre de 2023

Emitido por el Pleno

Ponente: Sr. Matos Mascareño

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el Proyecto de Ley de Economía Circular (EXP. 258/2023 PL.

FUNDAMENTOS

I

Solicitud y preceptividad del dictamen.

1. Mediante escrito de 26 de mayo de 2023, con registro de entrada en este Consejo Consultivo ese mismo día, el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, solicita la emisión de dictamen preceptivo en relación con el Proyecto de Ley Canaria de Economía Circular.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno para solicitarlo resultan de los arts. 11.1. A, b) y 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante LCCC).

3. A la solicitud de dictamen se acompaña el preceptivo certificado del acuerdo gubernativo de solicitud del mismo respecto al Proyecto de Ley (en adelante PL), que el Gobierno tomó en consideración en su sesión celebrada el día 25 de mayo de 2023.

4. La solicitud de dictamen ha sido cursada por el procedimiento ordinario, según los dispuesto en el art. 20.1 LCCC, por lo que su vencimiento se produjo el pasado 7 de julio. No obstante, el Pleno de este Consejo Consultivo, por acuerdos de 29 de junio y 27 de julio y debido a la relevancia jurídica y complejidad del PL que ahora se dictamina, a lo que se une la acumulación de expedientes, resolvió la ampliación del plazo de emisión del dictamen, por lo que este finalizará el 21 de septiembre.

II

Procedimiento de elaboración de la norma.

1. En el procedimiento de elaboración del PL que se dictamina se ha dado cumplimiento a las exigencias legales y reglamentarias de aplicación previstas en el art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como en el Decreto 15/2016 de 11 de marzo, del Presidente, por el que se establecen las normas internas para la elaboración y tramitación de las iniciativas

normativas del Gobierno y se aprueban las directrices sobre su forma y estructura (en adelante, Decreto 15/2016).

No obstante, se ha de advertir que la Ley 1/1983, de 14 de abril, ha sido derogada por la Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias (en adelante, Ley 4/2023), cuya entrada en vigor se ha producido el 4 de abril de este mismo año; contemplando en sus arts. 68 y 71 y ss. el procedimiento de elaboración de los proyectos de ley.

Pues bien, dado que la presente iniciativa comenzó a tramitarse antes de la entrada en vigor de dicha norma, sin que contenga regulación transitoria alguna, la misma no resulta de aplicación al presente procedimiento de elaboración del PL, aunque sí al contenido del texto normativo sometido a dictamen, como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo de Canarias, entre otros, en sus recientes Dictámenes 155/2023, de 17 de abril de 2023 y 235/2023, de 25 de mayo.

2. La solicitud de dictamen viene acompañada del oportuno expediente [art. 50.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias, aprobado por el Decreto 181/2005, de 26 de julio (en adelante, ROFCCC)], del que forma parte el preceptivo certificado del «(...) *acuerdo del órgano competente para solicitar la realización de la función consultiva*», de 25 de mayo de 2023, de toma en consideración por el Gobierno de Canarias del PL y de solicitud del dictamen al Consejo Consultivo de Canarias por el procedimiento ordinario (art.50.1 del ROFCCC).

3. En el expediente remitido a este Consejo, además del texto del PL y de la certificación del Acuerdo gubernativo de toma en consideración antes citado, consta la emisión y realización de los siguientes informes y trámites:

- Sometimiento de la iniciativa legislativa al trámite de consulta pública previa [art.133.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP); art.18 de la Ley 5/2010, de 21 de junio, Canaria de Fomento a la Participación Ciudadana; y Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, de 21 de diciembre de 2016, por la que se dictan instrucciones para coordinar la participación pública ciudadana en el proceso de elaboración normativa del Gobierno de Canarias (B.O.C., n.º 252, de 29 de diciembre de 2016)].

La consulta pública previa se desarrolló -a través de la página web de Participación Ciudadana del Gobierno de Canarias- entre los días 14 de julio y 24 de septiembre de 2020, habiéndose presentado alegaciones por parte de diversas personas y entidades, hasta un total de quince.

Asimismo, consta en el expediente remitido la apertura de un segundo trámite de consulta pública previa, llevado a cabo entre los días 18 de marzo y 8 de abril de 2022, con posterioridad a que el propio Gobierno de Canarias se hubiera manifestado de forma favorable a la tramitación legislativa, como se verá a continuación.

- Lista de evaluación del anteproyecto de ley de 8 de febrero de 2022 (art.44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, en relación con las normas segunda y decimosegunda a decimoquinta del Decreto 15/2016]. La lista de evaluación incorpora los siguientes documentos e informes:

- Memoria económica del anteproyecto de ley (art. 44 y Disposición final primera de la Ley 1/1983, de 14 de abril, y norma decimoquinta del Decreto 15/2016).

- Análisis de las sugerencias y/u observaciones formuladas durante el trámite de consulta pública previa.

- Informe sobre el impacto por razón de género (art. 6.2 de la Ley 1/2010, de 26 de febrero, Canaria de Igualdad entre Mujeres y Hombres, en relación con la norma segunda, apartado segundo, letra c) del Decreto 15/2016).

- Informe sobre evaluación del impacto normativo sobre la identidad y expresión de género y de diversidad sexual (art. 13 de la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, en relación con el art. 6.2 de la Ley 1/2020, de 26 de febrero, Canaria de igualdad entre mujeres y hombres).

- Informe de impacto empresarial (art. 17 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Fomento y Consolidación del Emprendimiento, el Trabajo Autónomo y las Pymes en la Comunidad Autónoma de Canarias en relación con la norma segunda, apartado segundo, letra d) del Decreto 15/2016).

- Informe sobre el impacto de la normativa en la infancia y la adolescencia (art. 22 quinquies de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

- Informe del impacto sobre la familia (Disposición Adicional décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas).

- Informe de impacto por razón de cambio climático [art. 26.3, letra h) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, de aplicación supletoria en virtud de la Disposición Final primera de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, en relación con el artículo 44 de esta última].

- Sometimiento del anteproyecto de ley -y la lista de evaluación- al trámite de consulta a los demás departamentos de la Administración Autonómica (norma segunda, apartados 2.º, 5.º y 6.º del Decreto 15/16). Consta la presentación de alegaciones por parte de las siguientes Consejerías: Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes; Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos; Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca; Consejería de Sanidad; Consejería de Obras Públicas, Transportes y Vivienda; y Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud.

- Informes de 21 de febrero y 16 de marzo de 2022, de la Viceconsejería de Lucha contra el Cambio Climático y Transición Ecológica, *«(...) sobre las observaciones recibidas en el trámite de consulta departamental previo al pronunciamiento del Consejo de Gobierno sobre la oportunidad de la iniciativa denominada Anteproyecto de Ley de Economía Circular»*.

- Informe de la Dirección General de la Función Pública de 22 de febrero de 2022 [art. 6.2.l) de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria y art. 78, letra a) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad, aprobado por Decreto 14/2021, de 18 de marzo].

- Certificación del acuerdo adoptado por el Gobierno de Canarias, en sesión celebrada el día 17 de marzo de 2022, en el que éste manifiesta su sentido favorable sobre la oportunidad de la iniciativa, sus objetivos y los principios generales que la inspiran y acuerda que continúe su tramitación (Norma Segunda, apartado 4.º, del Decreto 15/2016).

Esta certificación se acompaña de varios anexos, en los que se incluyen el texto del anteproyecto de ley, el informe sobre la oportunidad, objetivos y principios generales que inspiran la iniciativa normativa, así como la lista de evaluación.

- Acuerdo de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, de 18 de marzo de 2022, por el que se procede a dar traslado a los diversos departamentos de la Administración autonómica del anteproyecto de Ley Canaria de Economía Circular a fin de que éstos formulen las observaciones y/o sugerencias que estimen pertinentes (Norma tercera, apartado 1º, letra e) del Decreto 15/2016).

Consta en el expediente remitido la presentación de alegaciones por parte de la Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes; la Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos; la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca; la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud; y la Presidencia del Gobierno.

- Sometimiento del anteproyecto de ley al trámite de información pública entre los días 21 de marzo y 8 de abril de 2022, a través del portal de participación ciudadana del Gobierno de Canarias y la página web de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial (arts. 16.1 y 18.1 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; y art. 8 de la Ley 5/2010, de 21 de junio, canaria de fomento de la participación ciudadana).

Consta en el expediente la formulación de múltiples alegaciones durante la realización de este trámite.

- Consulta, acordada con fecha 18 de marzo de 2022, a los sectores, organizaciones y entidades afectadas por la iniciativa normativa [Norma tercera, apartado 1.º, letra c) del Decreto 15/2016], habiéndose recibido numerosas alegaciones.

- Trámite de audiencia a los Cabildos Insulares, acordado con fecha 18 de marzo de 2022 (art. 4 de la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares); constando la presentación de alegaciones por parte de los Cabildos de Gran Canaria y Tenerife.

- Informe de 23 de marzo de 2022 de la Oficina Presupuestaria de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial [art. 2.2.f) del Decreto 153/1985 de 17 de mayo, por el que se crean las oficinas presupuestarias de las Consejerías del Gobierno de Canarias].
- Informe de la Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios de 25 de marzo de 2022 [arts. 95, letra c) y 96, letra d) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad, aprobado por Decreto 14/2021, de 18 de marzo].
- Dictamen n.º 3/2022, de 12 de mayo de 2022, del Consejo Económico y Social de Canarias [arts. 4.2, letra a) y 5.3 de la Ley 1/1992, de 27 de abril, del Consejo Económico y Social de Canarias, en relación con la norma tercera, apartado primero, letra d) del Decreto 15/2016].
- Informe de la Dirección General de Planificación y Presupuesto, de 14 de junio de 2022 [art. 24.2.a) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda, aprobado por Decreto 86/2016 de 11 de julio, en relación con la norma tercera, apartado 1.º, letra b) del Decreto 15/2016].
- Informe de participación ciudadana, emitido por la Viceconsejería de Lucha contra el Cambio Climático y Transición Ecológica con fecha 20 de julio de 2022, en el que se procede a analizar las alegaciones, observaciones y/o sugerencias formuladas por las personas, entidades y organizaciones que concurrieron a los trámites de información pública y audiencia relativos al anteproyecto de Ley.
- Certificado del acuerdo adoptado por el Consejo Municipal de Canarias en sesión celebrada el día 7 de octubre de 2022, por el que se informa favorablemente *«por la unanimidad de la representación autonómica y municipal»* el anteproyecto de Ley Canaria de Economía Circular (art. 76 del Estatuto de Autonomía de Canarias y Disposición adicional quinta de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, en relación con el art. 2 del Decreto 160/2016, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Municipal de Canarias).
- Certificado del acuerdo adoptado por el Consejo de Colaboración Insular en sesión celebrada el día 7 de octubre de 2022, por el que se informa favorablemente *«por unanimidad*

de la representación autonómica y de los Cabildos» el anteproyecto de Ley Canaria de Economía Circular [art. 128 de la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares, en relación con el art. 2.3, letra c) del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo de Colaboración Insular, aprobado por Decreto 97/2016, de 18 de julio].

- Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, evacuado con fecha 21 de noviembre de 2022, de valoración del informe de impacto por razón de género [Directriz sexta, apartado 1, de las Directrices para la elaboración del informe de impacto de género en los proyectos de Ley, disposiciones reglamentarias y planes que apruebe el Gobierno de Canarias, aprobadas por Acuerdo del Gobierno de Canarias de 26 de junio de 2017 (B.O.C. n.º 128, de 5 de julio de 2017), en relación con el art.68.2 de la Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres].

- Traslado -mediante oficio de 21 de noviembre de 2022- al Instituto Canario de Igualdad del anteproyecto de Ley, la lista de evaluación y el informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, de valoración del informe de impacto por razón de género (Directriz séptima, apartado 1, del precitado Acuerdo del Gobierno de Canarias de 26 de junio de 2017).

- Informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, de 7 de diciembre de 2022 [art. 20, apartado f) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias].

- Informe n.º 2/2023, de 19 de enero de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias (art. 51.1 del Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos, aprobado mediante Decreto 175/2022, de 3 de agosto).

- Informe de la Viceconsejería de Lucha contra el Cambio Climático y Transición Ecológica de 13 de febrero de 2023, en el que se analizan las observaciones formuladas por la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias y la Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias.

- Informe de legalidad de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, emitido con fecha 13

de febrero de 2023 [art. 15.5.a) del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autónoma de Canarias, en relación con lo establecido en la norma cuarta, apartado 1º del Decreto 15/2016].

- Certificación del informe evacuado por la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno, en sesión celebrada el día 14 de febrero de 2023 (art. 2 del Decreto 37/2012, de 3 de mayo, por el que se regula la Comisión Preparatoria de Asuntos del Gobierno).

- Finalmente, consta la emisión de los siguientes informes facultativos: informe de la Agencia Canaria de Protección de Medio Natural, de 5 de abril de 2022; informe del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, de 5 de mayo de 2022; informe de la Dirección General de Lucha contra el Cambio Climático y Medio Ambiente (Servicio de residuos y Servicio de contaminación de aguas y suelos), de 6, 8 y 27 de abril de 2022; informe de la Viceconsejería de Lucha contra el Cambio Climático y Transición Ecológica, de 19 de abril de 2022; e informe de la Viceconsejería de Planificación Territorial y Aguas, de 24 de abril de 2022.

III

Objeto, justificación y estructura del Proyecto de Ley.

1. El objeto, así como la justificación del PL, se encuentran expresamente determinados -de forma precisa- tanto en su art. 1 (*Finalidad y objeto de la Ley*) como en su Exposición de Motivos.

Por un lado, en el apartado 1 de dicho art. 1, se manifiesta que la finalidad de la Ley es *«impulsar la transición hacia un nuevo modelo económico que sustituya la economía lineal por la economía circular, en el que se fomente el uso racional de los recursos, se alargue la vida útil de los productos mediante el ecodiseño; se minimice la generación de residuos; se optimice el potencial de la energía renovable; se cierre el ciclo integral del agua y se fomente el desarrollo sostenible, siendo claves para ello las empresas y la ciudadanía como partícipes para la correcta gestión de los residuos y el consumo responsable»*.

Y, por otro, en su art. 1.2, que *«tiene por objeto el régimen jurídico de la prevención, producción y gestión de residuos y la regulación de los suelos contaminados y degradados, en el marco de la legislación básica estatal y de la normativa comunitaria»*.

Por su parte, la Exposición de Motivos, en su apartado III, recoge:

«Esta norma, como expresa en su Título I, tiene por objeto dotar a Canarias de un marco jurídico que impulse esa transición hacia un nuevo modelo económico que sustituya la economía tradicional por la economía circular, en el que se fomente el uso racional de los recursos, se alargue la vida útil de los productos, se minimice la generación de residuos, se fomente el desarrollo sostenible y, a su vez, se regule de forma más eficiente la prevención, producción y gestión de residuos, la regeneración de aguas residuales urbanas e industriales y la regulación de los suelos contaminados y degradados. El ámbito subjetivo de la Ley alcanza no solo al sector público sino también a las empresas, las organizaciones del tercer sector y las personas consumidoras y usuarias de bienes, productos y servicios tanto a nivel individual como a través de sus organizaciones.

En cuanto a los objetivos de la presente Ley, se encuentra la optimización del uso de los recursos, la preservación y reutilización eficiente de los recursos naturales, el fomento de la información, transparencia y participación pública, así como promocionar la educación, garantizando la implementación de los contenidos y competencias necesarias para hacer la transición de lo lineal a lo circular desde la práctica educativa, y la cultura de los valores de la economía circular, la responsabilidad compartida de las Administraciones públicas, las empresas y la sociedad en general. Todo lo cual también está en consonancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y concretamente con los objetivos relacionados con el Agua Limpia y Saneamiento al promover la garantía la disponibilidad de agua, su gestión sostenible y el saneamiento para todos, garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna. Conseguir que las ciudades sean resilientes y sostenibles a través de políticas de renovación urbana y menor ocupación del territorio».

En relación al objeto del PL de impulsar el modelo de economía circular, en la Exposición de Motivos se cita expresamente el documento *«Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible»* de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), aprobado por resolución de su Asamblea General el 25 de septiembre de 2015.

España, continúa la Exposición de Motivos, se suma a este reto: *«La Estrategia Española de Economía Circular (España Circular 2030) sienta las bases para impulsar un nuevo modelo de producción y consumo en el que el valor de productos, materiales y recursos se*

mantengan en la economía durante el mayor tiempo posible, en la que se reduzcan al mínimo la generación de residuos y se aprovechen con el mayor alcance posible los que no se pueden evitar».

Además de la Estrategia Española de Economía Circular, la Exposición de Motivos cita el I Plan de Acción de Economía Circular 2021-2023, así como la propia Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (Ley 7/2022), que tiene carácter de legislación básica de protección del medio ambiente y que es objeto de desarrollo, y cuya Disposición Final undécima alude a las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Al respecto, el Gobierno de Canarias había aprobado, el 30 de agosto de 2019, la Declaración de Emergencia Climática en la Comunidad Autónoma de Canarias, ratificada y ampliada por unanimidad en el Parlamento de Canarias el día 20 de enero de 2020, se mencionaba expresamente el objetivo de alcanzar una política de residuos cero a través del consumo y de la economía circular. Y, además, el 15 de julio de 2021 aprobó la Estrategia Canaria de Economía Azul 2021-2030 y la Estrategia Canaria de Economía Circular 2021-2030.

Afirma también la Exposición de Motivos: *«Por su parte, la Estrategia Canaria de Economía Circular 2021-2030, tiene como finalidad la transición en Canarias hacia un modelo productivo en el que el valor de los recursos se mantenga durante el mayor tiempo posible y en el que se reduzca la generación de los residuos gracias a una utilización de los recursos más inteligente y sostenible».*

El PL, asimismo, como también ya se ha dicho, tiene por objeto establecer *«el régimen jurídico de la prevención, producción y gestión de residuos y la regulación de los suelos contaminados y degradados, en el marco de la legislación básica estatal y de la normativa comunitaria».*

Dicha legislación básica no es otra que la ya citada Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular; así se dispone en su Disposición final undécima:

«Disposición final undécima. Títulos competenciales.

1. Esta Ley tiene el carácter de legislación básica de protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas

adicionales de protección, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.23.ª de la Constitución Española, con excepción de los siguientes artículos:

a) Los artículos 12.5, 15.3, la disposición adicional octava, la disposición adicional undécima y la disposición final octava, tienen el carácter de legislación sobre bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, de acuerdo con el artículo 149.1.18.ª, de la Constitución Española.

b) Los artículos 12.3.c), 32 y 108 apartados 2.j), 2.k), 3.h), 3.i), 3.j) y 3.k) en lo que respecta al traslado de residuos desde o hacia países terceros no miembros de la Unión Europea, tienen el carácter de legislación sobre comercio exterior, competencia exclusiva del Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.10.ª de la Constitución Española.

c) Los artículos 20.6, 23.5. b) y c), 51, la disposición adicional sexta y la disposición transitoria tercera se dictan al amparo del artículo 149.1.11.ª de la Constitución Española que atribuye al Estado la competencia para dictar las bases de la ordenación de los seguros.

d) Los artículos 98.3, 99.5 y 99.6 en lo que se refiere a la inscripción de notas marginales en el Registro de la Propiedad, se dictan al amparo del artículo 149.1.8.ª que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de ordenación de los registros públicos.

e) El título VII, la disposición adicional séptima, la disposición transitoria sexta, la disposición transitoria séptima, la disposición transitoria octava, la disposición final primera, la disposición final tercera, los apartados 1.h) y 3 de la disposición final cuarta y la disposición final quinta, se dictan al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de Hacienda General prevista en el artículo 149.1.14.ª de la Constitución Española.

f) La disposición final segunda se dicta al amparo del artículo 149.1.22.ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una comunidad autónoma.

2. Los títulos IV y V de esta ley tienen carácter de legislación básica sobre planificación general de la actividad económica y sobre protección del medio ambiente, conforme a lo dispuesto en los artículos 149.1.13.ª y 23.ª de la Constitución Española.

3. No tienen carácter básico los artículos 103.2 y 111.2, que serán de aplicación a la Administración General del Estado».

Esta Ley 7/2022, tal y como se recoge en su Disposición adicional segunda, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico dos Directivas: por un lado, la Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos, y revisa algunos artículos de la Directiva Marco de residuos con el objetivo de avanzar en la economía circular, armonizar, mejorar la información y trazabilidad de los residuos y reforzar la gobernanza en este ámbito; y, por otro, la Directiva (UE) 2019/904 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente.

2. El PL se estructura en una Exposición de Motivos, una parte dispositiva que comprende 79 artículos distribuidos a lo largo de cinco Títulos, y una parte final, que incluye tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales.

La Exposición de motivos se reserva, en síntesis, a exponer los antecedentes que han dado origen al presente PL y describir su objeto y justificación, así como a describir el marco competencial y su estructura.

La parte dispositiva, como se ha dicho, consta de 79 artículos, repartidos en cinco Títulos, de acuerdo con la siguiente distribución:

- El Título I, «*Disposiciones Generales*» (artículos 1 a 6), contiene las previsiones generales de la norma, como son, entre otros, el objeto y finalidad de la Ley, el ámbito de aplicación o las definiciones necesarias para una mejor comprensión de algunos de los términos en ella empleados.

- El Título II, «*Ámbito competencial y gobernanza*» (artículos 7 a 23), a su vez, se estructura en tres capítulos:

- El Capítulo I, «*La organización administrativa*», que comprende los artículos 7 a 14.

- El Capítulo II, «*Instrumentos de planificación*» (artículos 15 a 22) que, a su vez, se subdivide en dos secciones: la primera, dedicada a los instrumentos en materia de economía circular; y la segunda, dedicada a los instrumentos en materia de residuos.

- Y el Capítulo III, «*Contratación pública*», integrado por un único artículo, el 23, con el mismo título.

- El Título III, «*Implantación de un modelo de Economía circular*», se distribuye en seis capítulos:

- El Capítulo I, artículos 24 y 25, titulado «*El ciclo de vida útil de productos y servicios*».

- El Capítulo II, artículos 26 a 30, titulado «*Producción, distribución y consumo circular*».

- El Capítulo III, artículos 31 a 37, titulado «*Prevención y gestión de los residuos*».

- El Capítulo IV, artículos 38 a 42, titulado «*El ciclo integral del agua. La economía circular azul*».

- El Capítulo V, artículos 43 a 45, titulado «*Energía. Cadena de valor, utilidad y residuos. Emisiones y mitigación del cambio climático*».

- Y el Capítulo VI, artículos 46 a 58, titulado «*Suelos contaminados y degradados*».

- El Título IV, «*Instrumentos para la implementación de una economía circular*», que se subdivide en cinco Capítulos con la siguiente estructura interna:

- El Capítulo I, artículos 59 a 64, titulado «*Política financiera y fiscal*».

- El Capítulo II, titulado «*Canon para los vertidos desde tierra al mar en Canarias*», y que incluye un único artículo, el artículo 65, de «*Disposiciones generales*».

- El Capítulo III, artículos 66 y 67, titulado «*Empleo y formación e investigación, desarrollo y conocimiento*».

- El Capítulo IV, «Políticas de Educación y concienciación», y que también está integrado por un único artículo, el 68, denominado «Sensibilización e información».

- Y el Capítulo V, artículos 69 y 70, titulado «Ordenación del territorio y urbanismo».

- El Título V, «*Responsabilidad, vigilancia, inspección, control y régimen sancionador*», que se divide en los siguientes Capítulos:

- Capítulo I, artículos 71 a 75, titulado «Vigilancia, inspección y control».

- y Capítulo II, artículos 76 a 79, titulado «Régimen sancionador».

Y, en tercer lugar, la parte final del PL, que presenta la siguiente distribución:

- Tres Disposiciones adicionales relativas a las siguientes cuestiones: «Adaptación de las ordenanzas de las Entidades Locales» (Disposición adicional primera); «Vigilancia en puntos limpios» (Disposición adicional segunda); y «Modificación de los programas de vigilancia y control (PVC) de los vertidos con autorización vigente de vertido desde tierra al mar (AVM)» (Disposición adicional tercera).

- Una Disposición transitoria única, innominada, que se refiere a los plazos para cumplir las obligaciones establecidas en el art. 31.5 del PL, así como a la exigibilidad de la obligación de ejecutar los programas de vigilancia y control conforme a lo establecido en la disposición adicional tercera del PL.

- Una Disposición derogatoria única, que dispone la derogación de «[...] todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley». Entre ellas, la Ley 1/1999, de 29 de enero, de residuos de Canarias, y diversos textos reglamentarios como, por ejemplo, el Decreto 147/2007, de 24 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico de los suelos contaminados en la Comunidad Autónoma de Canarias y se crea el Inventario de Suelos Contaminados de Canarias, o el Decreto 64/2011, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Canario de Residuos.

- Y cinco Disposiciones finales, relativas a los siguientes extremos: «Modificación de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias»

(Disposición final primera); «Aplicación de normativa supletoria» (Disposición final segunda); «Habilitación normativa» (Disposición final tercera); «Vertidos sin autorización» (Disposición final cuarta); y «Entrada en vigor» (Disposición final quinta).

IV

Marco competencial y rango de la norma proyectada.

1. La competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias constituye el primer y esencial presupuesto para la validez de cualquier clase de disposición -legal o reglamentaria- proyectada; pues, en caso contrario, amenazarían sobre ella los correspondientes reproches de inconstitucionalidad y de ilegalidad. En este sentido, resulta necesario examinar si la Comunidad Autónoma de Canarias ostenta o no competencia para dictar el PL que se somete a la consideración de este Consejo Consultivo, pues dicha competencia constituye *conditio sine qua non* de posibilidad del ordenamiento jurídico canario y de cualquier innovación que se pretenda introducir en él. Para ello, y dentro del bloque de constitucionalidad, hemos de acudir, no sólo a la Constitución Española, sino también al vigente Estatuto de Autonomía de Canarias.

A dicha cuestión competencial, la Exposición de Motivos del PL le dedica su último párrafo en el que, de forma escueta, manifiesta: *«Esta Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía de Canarias, en su reforma aprobada por Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, especialmente en sus artículos 114, 118 y 153»*.

2. El artículo 148.1.9.^ª CE dispone que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en *“(l)a gestión en materia de protección del medio ambiente”*. Y, a su vez, el artículo 149.1.23.^ª CE establece:

«Artículo 149.

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

(...)

23.ª Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. (...).»

Por su parte, nuestra Constitución, al determinar los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título Primero («*De los derechos y deberes fundamentales*»)), en su artículo 45 dispone lo siguiente:

«Artículo 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

3. La competencia de la Comunidad de la Comunidad Autónoma de Canarias en relación a las materias reguladas en el presente PL se fundamenta, tal y como se recoge en el último párrafo de la Exposición de Motivos, ya citado, en los artículos 114, 118 y 153 de nuestro vigente Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias (en adelante EAC).

Sin duda alguna, el título competencial principal sobre el que gravita el contenido del PL sometido a nuestro dictamen lo constituye el art. 153 EAC, que dice:

«Artículo 153. Medio ambiente.

1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación estatal en materia de medio ambiente, lo que incluye en todo caso:

a) El establecimiento y la regulación de los instrumentos de planificación ambiental y del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos.

b) La regulación, la tramitación y la resolución de los procedimientos de evaluación ambiental de las obras, las instalaciones y las actividades de su competencia y de los planes y los programas que afecten a su territorio.

c) El establecimiento y la regulación de medidas de sostenibilidad, fiscalidad e investigación ambientales.

d) La regulación de los recursos naturales, de la flora y la fauna, de la biodiversidad, del medio ambiente marino y acuático si no tienen por finalidad la preservación de los recursos pesqueros marítimos.

e) La regulación sobre prevención en la producción de envases y embalajes en todo su ciclo de vida, desde que se generan hasta que pasan a ser residuos.

f) La regulación sobre prevención y corrección de la generación de residuos con origen o destino en Canarias y sobre su gestión y traslado y su disposición final.

g) La regulación de la prevención, el control, la corrección, la recuperación y la compensación de la contaminación de suelo, subsuelo y litoral.

h) La regulación y la gestión de los vertidos efectuados en las aguas interinsulares, así como de los efectuados en las aguas superficiales y subterráneas sin perjuicio de la competencia estatal en materia de marina mercante y protección del medio ambiente marino.

i) La regulación del ambiente atmosférico y de las distintas clases de contaminación del mismo, la declaración de zonas de atmósfera contaminada y el establecimiento de otros instrumentos de control de la contaminación, con independencia de la Administración competente para autorizar la obra, la instalación o la actividad que la produzca.

j) La regulación del régimen de autorización y seguimiento de emisión de gases de efecto invernadero para las instalaciones fijas ubicadas en su territorio.

k) La promoción de las calificaciones relativas a productos, actividades, instalaciones, infraestructuras, procedimientos, procesos productivos o conductas respetuosas hacia el medio.

l) La prevención, restauración y reparación de daños al medio ambiente, así como el correspondiente régimen sancionador.

m) Las medidas de protección de las especies y el régimen sancionador.

n) La regulación de la introducción y el transporte de especies autóctonas y no autóctonas en el territorio canario de acuerdo con la legislación estatal y europea.

ñ) Las medidas que, en el ámbito de sus competencias, puedan adoptarse para la lucha contra el cambio climático.

2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia para el establecimiento de normas adicionales de protección sobre las materias consideradas como básicas por la legislación estatal.

3. La Comunidad Autónoma de Canarias contará con un servicio de inspección de instalaciones y actividades para la tutela y protección de la Naturaleza en el marco de sus competencias».

Respecto a este título competencial principal, art.153 EAC, procede remitirnos íntegramente a lo manifestado por este Consejo Consultivo de Canarias en sus Dictámenes 427/2021, de 16 de septiembre de 2021, en relación con el Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética, y 42/2023, de 1 de febrero de 2023, relativo al Proyecto de Ley de Biodiversidad y de los Recursos Naturales de Canarias. Doctrina consultiva que resulta plenamente aplicable al presente PL y que, en síntesis, nos lleva a concluir -como ya hubo ocasión de señalar en el citado Dictamen 42/2023, de 1 de febrero- «(...) que la CAC tiene competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de medio ambiente (arts.149.1.23ª CE y art.153.1 EAC), pudiendo, además, establecer normas adicionales de protección medioambientales sobre las materias consideradas como básicas por la legislación estatal (art.153.2 EAC)».

Por lo demás, y pese a la novedad del concepto empleado por el título de la norma en ciernes -«economía circular»- pues es una noción que no aparece en el texto de la norma estatutaria, sí lo hace en la legislación medioambiental autonómica más reciente.

Así, el art. 4.12 de la Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de cambio climático y transición energética de Canarias, define la economía circular como la *«economía en la que se maximizan los recursos disponibles, tanto materiales como energéticos, para que permanezcan el mayor tiempo posible en el ciclo productivo. La economía circular aspira a reducir todo lo posible la generación de residuos y a aprovechar al máximo aquellos cuya generación no se haya podido evitar»*.

Lo cierto es que tal término ‘economía circular’ sólo tiene de novedosa la expresión, no así su contenido ni los principios en los que se asienta, resultando fácilmente reconducible a la idea de *«sostenibilidad ambiental»* u otros términos similares, como, por ejemplo, *«desarrollo sostenible»*. Términos que sí aparecen -en diversas variantes y ámbitos materiales- en el EAC y que, desde el punto de vista competencial, estarían comprendidos dentro de los títulos competenciales que habilitan a esta Comunidad Autónoma para regular con carácter general esta materia y más específicamente, la relativa a los residuos y suelos contaminados.

Además del art. 153 EAC, la Exposición de Motivos del PL cita, como ya se ha dicho, los siguientes títulos competenciales:

«Artículo 114. Planificación, ordenación y promoción de la actividad económica.

1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva en materia de planificación y promoción de la actividad económica en Canarias, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 149.1.11.ª y 13.ª de la Constitución.

2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias las competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de ordenación de la actividad económica en Canarias.

3. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias el desarrollo y la gestión de la planificación general de la actividad económica. Esta competencia incluye, en todo caso:

a) El desarrollo de los planes estatales.

b) La participación en la planificación estatal a través de los mecanismos previstos en el presente Estatuto.

c) La gestión de los planes, incluyendo los fondos y los recursos de origen estatal destinados al fomento de la actividad económica en los términos que se establezcan mediante convenio.

“Artículo 118. Cooperativas y economía social.

1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, conforme con la legislación mercantil, la competencia exclusiva en materia de cooperativas y de entidades de economía social.

2. La regulación y el fomento del cooperativismo incluyen la regulación del asociacionismo cooperativo; la enseñanza y la formación cooperativas; y la fijación de los criterios, la regulación de las condiciones, la ejecución y el control de las ayudas públicas al mundo cooperativo.

3. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva sobre el fomento y la ordenación del sector de la economía social, respetando lo dispuesto en el artículo 149.1.13.ª de la Constitución española».

Pero son otros muchos los artículos de nuestro vigente Estatuto de Autonomía que se refieren al medio ambiente, al desarrollo sostenible y a la protección de la naturaleza.

Así ocurre en el artículo 1.1 que, en su segundo párrafo, dispone que *«(l)a Comunidad Autónoma de Canarias, a través de sus instituciones democráticas, asume como tarea suprema la defensa de los intereses canarios, y de su identidad cultural y de su patrimonio natural y biodiversidad; la solidaridad entre todos cuantos integran el pueblo canario; el desarrollo sostenible y equilibrado de las islas y su contribución a la cooperación y a la paz entre los pueblos, así como a un orden internacional justo, en el marco constitucional y estatutario»*; en el artículo 26, que recoge el derecho de las personas en el ámbito del medio ambiente; y en el artículo 37, cuando establece que *“(l)os poderes públicos canarios asumen como principios rectores de su política:*

(...)

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

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

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

(...)

28. El fomento de la actividad turística y su ordenación se llevarán a cabo con el objetivo de lograr un modelo de desarrollo sostenible, especialmente respetuoso con el medio ambiente, el patrimonio cultural canario y el territorio».

Por último, la transversalidad de la disposición legal proyectada lleva a señalar que determinados aspectos de la regulación están amparados, de manera complementaria, en otros títulos competenciales previstos en el Estatuto de Autonomía. Nos referimos a competencias generales, como las establecidas en los arts. 96 (competencias de desarrollo legislativo y de ejecución), y 102 (fomento); a materias institucionales y administrativas, como las establecidas en los arts. 104 (organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias), 105 (régimen territorial) y 106, 1 y 2 (régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas canarias); o a otras materias específicas, como las dispuestas en los arts. 133 (educación), 135 (investigación, desarrollo e innovación científica y tecnológica), 139 (empleo y relaciones laborales), 152 (aguas y obras hidráulicas), 156 (ordenación del territorio y del paisaje), 158 (urbanismo) y 163 (energía, hidrocarburos y minas).

4. Finalmente, en lo que al marco competencial se refiere, resulta oportuno señalar que la competencia autonómica para emprender la regulación de la denominada «*economía circular*», con carácter general, y de los residuos y suelos contaminados, en particular, ha sido refrendada tanto por el Consejo de Estado (dictamen n.º 196/2021, de 15 de abril de 2021, en relación con el anteproyecto de Ley de residuos y suelos contaminados), como por los Consejos Consultivos de otras Comunidades Autónomas (véase, en este sentido, el dictamen n.º 75/2019, de 20 de febrero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, respecto al

anteproyecto de Ley de Economía Circular de Castilla-La Mancha; el dictamen n.º 951/2021, de 13 de diciembre, del Consejo Consultivo de Andalucía, en relación con el Anteproyecto de Ley de Economía Circular de Andalucía; o el dictamen n.º 319/2021, de 26 de mayo, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, sobre la Proposición de Ley para la prevención de residuos, transición ecológica y fomento de la economía circular en la Comunidad Valenciana; entre otros).

5. Por lo que atañe a la naturaleza del instrumento normativo utilizado, se ha de indicar que el PL tramitado cumple con la exigible reserva de ley en materia tributaria (arts. 31.3 y 133.2 CE; art. 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; art. 183 del Estatuto de Autonomía de Canarias; y demás concordantes) y sancionadora (art. 25 de la Constitución y art. 25 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), así como con las exigencias derivadas del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE), especialmente en atención al rango -legal y reglamentario- de las disposiciones normativas que se trata de modificar [la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (Disposición final primera del PL)] o, en su caso, derogar la Ley 1/1999, de 29 de enero, de residuos de Canarias, entre otras disposiciones normativas (Disposición derogatoria única)].

A su vez, la competencia del Gobierno de Canarias para plantear iniciativas legislativas encuentra su fundamento jurídico en el art. 44.1 del Estatuto de Autonomía (*«La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno de Canarias y a los diputados, en los términos que establezca el Reglamento del Parlamento»*), y en el art. 21, letra a) de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias -aplicable al presente caso por las razones temporales y procedimentales ya indicadas al principio de este documento jurídico- en el que se dispone que *«(l)a participación del Gobierno en la función legislativa se concreta en las siguientes competencias: a) La iniciativa legislativa, mediante la aprobación de los Proyectos de Ley, para su remisión al Parlamento, y el acuerdo, en su caso, de retirarlos»*. En idéntico sentido se pronuncia el actual art. 28, letra a) y el art. 70 de la Ley 4/2023.

Por su parte, el art. 32, letra a) de la Ley canaria 1/1983, de 14 de abril, atribuye a los Consejeros, como miembros del Gobierno, la función de preparar y presentar al Gobierno los anteproyectos de ley relativos a las cuestiones propias de su Departamento. En este mismo sentido, el art. 58.1, letra a) de la Ley 4/2023.

En definitiva, el proyecto de ley examinado se dicta en ejercicio de las competencias que legalmente corresponden a la Comunidad Autónoma de Canarias, previa la iniciativa legislativa del Gobierno de Canarias, y mediante instrumento normativo cuyo rango es adecuado.

V

Observaciones al Proyecto de Ley.

Una vez examinado el contenido del PL, resulta oportuno formular las siguientes consideraciones a su contenido.

A. Observaciones de carácter formal.

1. Aunque, en términos generales, la redacción del PL resulta correcta y acorde con las reglas gramaticales, es aconsejable proceder a una última revisión del texto normativo encaminada a corregir las diversas deficiencias observadas en el mismo.

En este sentido, se advierten incorrecciones relativas a los siguientes aspectos:

a) Puntuación del texto. Como ejemplos, entre otros, en el art. 1 se aprecia un uso no uniforme de la coma y del punto y coma en la enumeración contenida en su apartado primero; en el art. 40.2. falta una coma entre los incisos «... la recuperación y reutilización del agua» y «la gestión sostenible del drenaje pluvial ...»; y, por el contrario, en el art. 68.1. sobra la coma a continuación de «el fomento del consumo de la producción local por parte del consumidor».

b) Uso no uniforme de las mayúsculas y minúsculas. Como ejemplos: «*Sistemas de Responsabilidad Ampliada del Productor*» (art. 3) *versus* «*sistemas de responsabilidad ampliada*» (art. 9.1, letra o); «*Gases de Efecto Invernadero*» (art. 6.2) y «*gases de efecto invernadero*» (art. 43.1); «*planes hidrológicos*» (art. 38.3) y «*Planes Hidrológicos*» (arts. 38.4 y 42.2); «*orden del departamento*» (art. 49) y «*Orden del departamento*» (art. 50).

c) Uso injustificado de las mayúsculas. Por ejemplo, «*Convenios Colectivos*» (art. 66, letra e); así como «*Consejo de Administración*» (art. 77.3).

d) Repetición de palabras. Así sucede en el art. 54.6: «[...] así lo hará constar en el (en el) citado Inventario».

e) Formación de los plurales [v.gr., «clústeres de empresas» en lugar de «clúster de empresas» (art. 60.1); «[...] sin perjuicio de lo(s) dispuesto en el artículo [...]» (art. 78.1); «[...] que presente(n) un plan [...]» (art. 79.1, letra c)].

f) Otras erratas [art. 5. b) (donde dice «incremento de su ciclo vida» debe decir «incremento de su ciclo de vida») y c) (donde dice «o mejor el territorio» debe decir «o mejorando el territorio»; art. 6, apartado 6.º (donde dice «los principios de la política de residuos establecidos en la legislación básica estatal y derecho comunitarios (...)», debiera decir «los principios de la política de residuos establecidos en la legislación básica estatal y el derecho comunitario (...)»; art. 25, apartado 3.º (donde dice «(...) cualquier información relevante al efecto que pueda ser portada voluntariamente», se ha de sustituir la palabra “portada” por “aportada”; y Disposición derogatoria única, apartado 2º, letra h) («El Decreto 64/2011, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Canario de Residuos»)].

2. En segundo lugar, y no por ello menos importante, se advierte del contenido meramente programático de numerosas partes del texto legal. Expresiones como «promoverán», «fomentarán», «desarrollarán» o «impulsarán» son una clara muestra de ello (véanse, entre otros muchos, los arts. 40.3, 44.3, 60 o 68.2 del PL).

Sin desconocer que la ley puede establecer mandatos a los poderes públicos, este contenido *meramente programático* puede resultar cuestionable. Así lo ha señalado el Consejo Consultivo de Andalucía, que en su dictamen n.º 951/2021, de 13 de diciembre de 2021, dice: «[...] la implantación de un nuevo espíritu y la consiguiente consecución de un modo de proceder distinto en un sector de la realidad, en este caso fundamentalmente el económico con el fin de proteger más eficazmente el medio ambiente, exige o hace conveniente en ocasiones no solo de la enumeración de principios que inspiren aquél y sirvan como suerte de propedéutica al servicio del mismo, sino también prever, definir y orientar acciones y prácticas públicas capaces de generar el contexto necesario para el desenvolvimiento del nuevo modelo.

Pero tal necesidad o conveniencia, en cierta medida inevitable, debe conciliarse con lo normativo, pues una norma es por definición y en feliz expresión que ha pasado al acervo jurídico general, un “mandato jurídico con eficacia social organizadora” y la abundancia de lo

programático puede ser un obstáculo para la misma al diluir en ello el sentido normativo del texto.

Por todo ello ha de recordarse, como se hiciera en el dictamen 285/2017 y se ha repetido en diversas ocasiones (por citarlos más recientes, dictámenes 126, 240, 275/2018 y 552/2020) que “la abundancia de principios, objetivos y enunciados programáticos, sin fuerza vinculante, desnaturaliza el papel ordenador de las leyes y merma la consideración de los ciudadanos sobre la eficacia real de las disposiciones de superior rango”, de modo que “las leyes han de responder a su verdadera naturaleza, recuperando el espacio de regulación que les corresponde, lo que exige dotarlas del contenido regulativo preciso, con la eficacia ordenadora que asegure el cumplimiento de su objeto y los derechos y obligaciones de los interesados, sin perjuicio del desarrollo reglamentario que, en su caso, sea necesario, siempre supeditado a la norma de superior rango”.

[...] no se trata, obviamente, de que el texto haya de estar ayuno de ese tipo de disposiciones pues, como es sabido, la cláusula del Estado social que incorporan la Constitución y el Estatuto de Autonomía y configuran nuestro Estado, ha llevado a la habitual inserción de aquellas en muchos de nuestros textos legales como un medio de alcanzar objetivos propios de aquel cuando no era posible hacerlo mediante la disciplina normativa imperativa o para completar la insuficiencia de esta. Pero eso es una cosa y otra que tal uso se haga con desmesura y cuando es posible afirmar con certeza que tales disposiciones no van a ser útiles para lograr esos objetivos».

3. También procede destacar la inexistencia de un régimen sancionador propio en materia de economía circular, más allá del previsto en materia de residuos y suelos contaminados.

B. Observaciones de naturaleza sustantiva o de fondo.

1. A la Exposición de motivos.

Respecto al contenido de la Exposición de Motivos del PL se formulan las siguientes consideraciones jurídicas:

1.1. Se ha de corregir la redacción del párrafo duodécimo del apartado III de la Exposición de Motivos, en el que se señala lo siguiente: «[...] la economía circular se contempla

en esta Ley desde el punto de vista del planeamiento y la evaluación ambiental. Se contempla que Asimismo, el planeamiento urbanístico deberá establecer estrategias para la gestión social del espacio arquitectónico vacante, abandonado, incompleto y en mal estado [...]».

1.2. La descripción del contenido de la norma proyectada realizada en la Exposición de Motivos -párrafos decimocuarto a decimosexto del apartado III- resulta incompleta, especialmente, en lo que a la parte final del texto se refiere. Así, por ejemplo, ni tan siquiera se hace referencia a la existencia de una disposición transitoria única; omitiéndose, igualmente, parte del contenido de las disposiciones adicionales y finales.

2. Al Articulado.

2.1. Al Artículo 1.

En su apartado 1 se dispone que la *‘finalidad’* de la Ley es impulsar la transición hacia un nuevo modelo económico que sustituya la economía lineal por la economía circular; y en el apartado 2 que el *‘objeto’* es establecer el régimen jurídico de la prevención, producción y gestión de residuos y la regulación de los suelos contaminados y degradados, en el marco de la legislación básica estatal y de la normativa comunitaria.

Sin embargo, del contenido del PL se desprende que, aunque la ley denomina a una *‘finalidad’* y a otra *‘objeto’*, ambas cuestiones -impulsar la transición hacia una economía circular y el establecimiento del régimen jurídico en relación con la gestión de residuos y regulación de los suelos contaminados- se encuadran en el mismo objeto del PL. Es por ello por lo que su redacción debería revisarse a fin de dotar de mayor claridad y seguridad jurídica al precepto.

2.2. Al Artículo 4.

Se ha de evitar la definición de conceptos y/o abreviaturas que después no son empleados en el cuerpo del texto normativo [v.gr., «HORECA» (letra g), o «*producto o base libre no acuosa*» (letra i)], así como garantizar la compatibilidad o congruencia en la delimitación conceptual -autonómica- de términos previamente definidos por la legislación básica estatal, especialmente en lo que a la definición de «*suelo contaminado*» se refiere.

Asimismo, se echa en falta en la norma proyectada la definición de otros conceptos que quedan huérfanos de todo contenido, como, por ejemplo, el concepto de «*compra verde*» [art. 5, letra k)], «*huella de carbono*» [art. 5, letra b)], «*análisis de ciclo de vida*» (art. 24 y concordantes), o «*Industria 4.0*» (art. 29.1).

2.3. Al Artículo 8.

Las letras h) e i) del apartado primero de este artículo son sustancialmente idénticas, por lo que procede la supresión de esta última letra i).

Por otra parte, y en relación con la letra h), se sugiere suprimir la coma existente detrás de la palabra «*desempeño*», quedando redactada esta letra en los siguientes términos: «*Impulsar la identificación de empleos relacionados con la economía circular y la creación de cauces de formación y capacitación necesarios para su desempeño. Asimismo, promoverá la cultura de la economía circular [...]*».

2.4. Al artículo 9.

En este artículo se le asigna a la Consejería competente «*en materia de medio transición ecológica y cambio climático*» las competencias que se contienen en el PL en materia de economía circular y gestión de residuos y vertidos. Incluso en su apartado j) le atribuye «*(l) la ejecución de las competencias de la Comunidad Autónoma en relación con los suelos contaminados*».

Sin embargo, más adelante, el art. 46 dispone que en la competencia en materia de suelos contaminados y degradados corresponde a «*la Consejería competente en materia de medio ambiente*».

Y, por último, en la Disposición final tercera (*Habilitación normativa*), se habilita a «*(l) persona titular de la Consejería competente en materia de economía circular del Gobierno de Canarias*» para desarrollar mediante orden reglamentaria determinados aspectos concretos del PL.

Todas estas materias -transición ecológica, cambio climático, economía circular, residuos, suelos contaminados- se incardinan en la competencia de medio ambiente desarrollada en el art. 153 EAC, ya citado; pero ello no implica que todas esas materias, residan

siempre en una misma Consejería del Gobierno de Canarias, pues la denominación de las Consejerías, y las competencias que ejerce, dependen exclusivamente de la decisión política del Gobierno. Como ejemplo de ello, basta analizar la actual composición del Gobierno de Canarias en el que las distintas competencias relacionadas con el medio ambiente están distribuidas entre la Consejería de Transición Ecológica y Energía y la Consejería de Política Territorial, Cohesión Territorial y Aguas, en la que reside la Agencia Canaria de Protección del Medio Natural, a la que se refiere el art. 12 PL.

Ello exige, a fin de no comprometer la seguridad jurídica de la norma, una mayor concreción y denominación inequívoca de los términos empleados.

2.5. A los Artículos 13 y 14.

Al objeto de salvaguardar la coherencia interna de la ley, cuando se refiere a las corporaciones locales debiera unificarse los conceptos utilizados en el Título de ambos artículos. Si en el art. 13 se hace referencia a los cabildos insulares, lo procedente en el art. 14 es referirse a los ayuntamientos. Por el contrario, si se decidiera mantener en el art. 14 la referencia al municipio, en art. 13 debiera referirse a la isla.

2.6. Al Artículo 18.

En relación con el apartado 4.º del presente artículo se ha de incluir la mención a la evaluación de los «*programas de prevención*» ex art. 14.3 de la Ley 7/2022.

2.7. Al Artículo 19.

El apartado 1 de este artículo dispone que *«(l)a Consejería del Gobierno de Canarias con competencias en materia de residuos elaborará y aprobará el Plan Integral de Residuos de Canarias, que comprenderá el programa de prevención y el plan autonómico de gestión de residuos, así como cualquier otro instrumento de planificación que la legislación establezca»*.

A los '*planes autonómicos de gestión de residuos*' se refiere expresamente la Ley 7/2022 que, en los párrafos segundo y tercero de su artículo 15.2, dice:

«Los planes autonómicos de gestión contendrán un análisis actualizado de la situación de la gestión de residuos en el ámbito territorial de la comunidad autónoma, así como una exposición de las medidas para facilitar la preparación para la reutilización, el reciclado, la

valorización y la eliminación de los residuos, estableciendo objetivos para estas operaciones de gestión y la estimación de su contribución a la consecución de los objetivos establecidos en esta ley, en las demás normas y planes en materia de residuos y en otras normas ambientales.

Los planes incluirán los elementos que se señalan en el anexo VII».

Es por ello por lo que debería, en cumplimiento a lo dispuesto en la ley básica, incorporarse en este artículo una referencia expresa a que el contenido de estos '*planes autonómicos de gestión de residuos*' deberá ajustarse a lo dispuesto en el Anexo VII de la Ley 7/2022.

2.8. A los Artículos 24.1 y 25.1.

En el apartado 1 de este artículo se dispone que *«(l)a Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias desarrollará modelos para la implantación del análisis de ciclo de vida de productos, obras y servicios, (...)»*. Sin embargo, en el art. 25. 1 siguiente se dice: *«Se crea el Registro Público Canario de Análisis de Ciclo de Vida, adscrito a la Oficina Técnica de la Economía Circular, que, mediante inscripción voluntaria, tendrá por objeto conocer, analizar y transparentar las etapas del ciclo de vida de los productos, obras y/o servicios»*.

En aras de la seguridad jurídica de la norma resulta conveniente aclarar, y por lo tanto unificar, si el objeto del *«análisis de ciclo de vida»* se trata de los *«productos y servicios»*, de los *«productos, obras y servicios»*, o de los *«productos, obras y/o servicios»*.

2.9. Al Artículo 29.

En su apartado tercero se dispone: *«El Gobierno de Canarias en el plazo de dos años, desde la aprobación de esta Ley, implantará un sistema integral de trazabilidad de los residuos sometidos al procedimiento de notificación previa modulando los controles según la peligrosidad del residuo en cuestión»*.

Pues bien, el contenido de este apartado -de conformidad con lo dispuesto en la norma vigesimotercera y vigesimocuarta, apartado segundo, del Decreto 15/2016- es más propio de una *Disposición Adicional*, debiera ubicarse, por tanto, en la parte final del texto normativo.

2.10. Al Artículo 31.

La referencia establecida en el apartado segundo al Real Decreto 182/2022, de 15 de febrero, sobre instalaciones portuarias receptoras de desechos de buques ha de ser complementada con la expresión «o norma que lo sustituya», a fin de evitar su pérdida de vigencia en caso de una eventual derogación de aquél.

2.11. Al Artículo 33.

Este artículo solo tiene un apartado, por lo que es innecesario su numeración.

2.12. Al Artículo 41.1.

Al objeto de salvaguardar la coherencia interna de este precepto, cuando se refiere a la organización de las corporaciones locales debería referirse a los ‘ayuntamientos’ y no a los ‘municipios’.

2.13. Al Artículo 48.

Se recomienda utilizar en el título del artículo y en el texto del precepto una nomenclatura uniforme para hacer referencia al inventario regulado en el presente artículo, evitando denominaciones distintas: «*Inventario de suelos declarados contaminados, degradados y de descontaminaciones voluntarias de Canarias*» o «*Inventario de suelos declarados degradados y contaminados y de descontaminaciones voluntarias de Canarias*».

2.14. Al Artículo 50.

Este artículo dispone que por una Orden del departamento competente en materia de medio ambiente se establecerá el contenido y la periodicidad de entrega del «*informe de situación de suelos por parte de los titulares que resulten obligados a su presentación*». Sin embargo, en ningún otro precepto del PL se hace referencia al citado ‘*informe de situación de suelos*’.

Este *informe* podría referirse al recogido en el art. 3 del 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. No obstante, dicha circunstancia debiera ser convenientemente aclarada en el texto legal.

2.15. Al Artículo 55.

En primer lugar, el artículo analizado pareciera distinguir entre dos categorías conceptuales [«*sujetos obligados*» -apartado 6.º- y «*sujetos obligados responsables*» (apartados 2.º y 3.º)], que adolecen de diferenciación en el texto. En atención a dicha circunstancia, y tratando de garantizar una uniformidad en la terminología empleada en la redacción del texto legal, es por lo que se recomienda utilizar el concepto «*sujeto responsable*» o, simplemente, «*responsable*» -tal y como acontece en el propio art. 57 del PL-. Idéntico comentario se ha de realizar en relación con el art. 56 del PL.

En segundo lugar, resulta conveniente aclarar en el texto de la norma -apartado 5º- si es la «*firmeza*» de la declaración de un suelo como contaminado o, simplemente, su declaración definitiva, lo que determina su inclusión automática en el Inventario de suelos degradados y contaminados y de descontaminaciones voluntarias de Canarias. Idéntico comentario se ha de realizar en relación con lo dispuesto en el art. 57.5 del PL.

2.16. Al Artículo 56.

Nuevamente, y en relación con lo dispuesto en el apartado segundo de este artículo, se hace necesario clarificar si los suelos dejan de tener la condición de contaminados para un uso determinado una vez que se dicta la resolución administrativa -definitiva- que así lo declara, o si es necesario esperar a su firmeza. Idéntico comentario se ha de efectuar respecto a lo establecido en el art.58.2 del PL.

2.17. Al Artículo 65.4.

Establece este precepto que el canon para los vertidos desde tierra al mar se regulará por el Gobierno de Canarias reglamentariamente, sin efectuar salvedad alguna en relación a aquellos aspectos que estén sujetos a reserva de ley, lo que deberá preverse.

2.18 A los Artículos 71.1 y 72.5.

Las referencias que en estos dos preceptos se realizan ‘departamento competente’ del Gobierno de Canarias debe, por coherencia interna del PL, debe sustituirse por ‘la Consejería competente’ del Gobierno de Canarias.

2.19. Al Artículo 72.

En primer lugar, el apartado 4.º ha de ser completado en lo que se refiere a la comprobación del «[...] *cumplimiento de lo establecido en las respectivas ordenanzas*», pues también ha de comprobarse el cumplimiento de lo dispuesto en el PL, así como en la legislación básica tal y como dispone -en este último caso- el art.106.6 de la Ley 7/2022: «*Los productores de residuos domésticos y comerciales estarán sujetos a las inspecciones por parte de las entidades locales, a los efectos de comprobar el cumplimiento de lo establecido en las respectivas ordenanzas y en esta ley y sus reglamentos de desarrollo en lo que sea de su competencia*».

En segundo lugar, el contenido del apartado 5.º pudiera resultar reiterativo respecto a la previsión contenida en el párrafo final del apartado 1.º de este mismo artículo, en relación con el establecimiento de planes periódicos de inspección.

2.20. Al Artículo 73.1 y 4.

Dispone el apartado 1 de este precepto que «*En el ejercicio de sus funciones, el personal inspector tiene el carácter de agente de la autoridad, pudiendo solicitar el apoyo de las fuerzas y cuerpos de seguridad. A estos efectos, los hechos constatados que se formalicen en acta gozarán de presunción de veracidad a efectos probatorios, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus derechos e intereses pueda aportar el interesado*».

Sin embargo, el art. 77.5 LPACAP establece: «*Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes, se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario*».

A juicio de este Consejo Consultivo, la expresión «*gozarán de presunción de veracidad a efectos probatorios*» difiere de la expresión «*harán prueba de éstas*». Aunque en ambos preceptos se disponga *salvo prueba en contrario*, no garantiza de la misma forma el respeto a los derechos del interesado en el procedimiento administrativo (art. 53), entre los cuales

figura consagrado el derecho «a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario» [párrafo b) del apartado 2 del art. 53]. La atribución de presunción de veracidad a las actas podría colisionar, por lo tanto, con la presunción establecida en este último precepto y que la LPACAP consagra como uno de los derechos de los interesados (en el mismo sentido, nuestro Dictamen 345/2020, de 23 de septiembre).

Lo que por lo demás está en consonancia con nuestra doctrina precedente, expuesta, entre otros, en el Dictamen DCC 290/2013, de 3 de septiembre:

En particular, respecto del derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional ha declarado con reiteración que «rige sin excepciones en el ordenamiento administrativo sancionador, garantizando el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad» (por todas, STC 341/1993).

En la misma línea la STC 169/1998 estableció que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas (...), pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones.

En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio» (STC 76/1990, FJ 8.º). Estos principios generales no excluyen el valor probatorio que las actas de infracción pueden tener; actas en las que los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el transcurso de sus indagaciones y comprobaciones, con la posibilidad de destruir la presunción de inocencia de la que goza todo ciudadano. Así se hizo constar en la ya citada STC 76/1990, y se repite en la STC 14/1997, que modulan el contenido del derecho del art. 24.2 CE. Según esta jurisprudencia constitucional, las actas de inspección tienen un valor que va más allá de la denuncia y gozan de valor probatorio. Sin embargo, esto no quiere decir «que las actas gocen (...) de una absoluta preferencia probatoria

que haga innecesaria la formación de la convicción judicial acerca de la verdad de los hechos empleando las reglas de la lógica y de la experiencia. En vía judicial, las actas (...) incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el Juez del contencioso forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas» (SSTC76/1990 y 14/1997).

Se considera por ello necesaria la adaptación del precepto a lo dispuesto en el citado art. 77.5 LPACAP.

Por otra parte, el apartado 4 de este mismo precepto establece que *«las funciones de inspección deberán ser llevadas a cabo por empleados públicos debidamente reconocidos conforme a las normas que les sean de aplicación»*.

Pues bien, dicha previsión se ha de acomodar a la normativa básica estatal establecida en el art. 105.1 de Ley 7/2022, al indicar que *«[...] las funciones de inspección deberán ser llevadas a cabo por personal funcionario debidamente reconocido conforme a las normas que les sean de aplicación [...]»*, así como en el art. 9.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

En idéntico sentido se pronuncia, por ejemplo, el art. 73.1 de la Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados de las Islas Baleares.

2.21. Al Artículo 74.

Como bien señala el propio artículo 74 del PL *«se reconoce el derecho a la acción pública, en los términos establecidos en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (...)»*. Es por ello por lo que procede ser escrupuloso en la terminología empleada en el texto legal, sustituyendo el concepto de *«acción pública»* por el de *«acción popular»*, que es el término acuñado por la precitada Ley, con el contenido y alcance descritos en sus artículos 22 y 23 -a cuya atenta lectura procede remitirse-.

2.22. Al Artículo 75.

La regulación establecida en el presente artículo obvia la referencia a la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción; por lo que habrá de acomodar su contenido al citado texto legal. En este sentido, cabe recordar que lo que procede, desde el punto de vista jurídico, no es reiterar la obligación de incorporar al ordenamiento autonómico la normativa europea y estatal en la materia, sino, proceder a su desarrollo normativo y dar efectivo cumplimiento a sus mandatos.

Por otra parte, para mayor claridad del precepto, debiera concretarse el concepto de «denuncia externa».

3. A la parte final del PL.

3.1. A la Disposición adicional primera.

El contenido de la presente disposición debiera figurar, en aplicación de lo establecido en la letra d), apartado 1º de la norma vigesimoséptima del Decreto 15/2016, como disposición final y no como disposición adicional.

No obstante, se advierte que habrá de compatibilizarse su contenido con lo señalado en la Disposición final octava de la Ley 7/2022.

3.2. A la Disposición adicional tercera.

La mención contenida en el párrafo final a la «*presente disposición adicional cuarta*», que proviene de un texto anterior, se ha corregir, haciendo referencia a la disposición adicional «*tercera*».

En esta Disposición adicional se modifican, regulándolos de forma exhaustiva, los programas de vigilancia y control de los vertidos con autorización vigente de vertido desde tierra al mar. El contenido de esta regulación no es propio de una norma con rango de ley, sino de rango reglamentario. Su incorporación al PL implica una congelación de rango de una norma eminentemente técnica y que, como tal, podría estar sujeta a sucesivas modificaciones.

En sentido similar se pronuncia la observación formulada por la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias a la Disposición adicional *cuarta* (tercera en el

texto definitivo del PL), en su informe de 7 de diciembre de 2022, en el sentido de que su contenido es más propio de una norma reglamentaria o, en su caso de un Anexo. Dice este Informe:

«(S)e sugiere que el contenido de los programas de prevención y control de vertidos - PVC- se regule en una norma reglamentaria o, en su caso, como Anexo, conforme a lo establecido en la Norma Vigésimotercera del Decreto 15/2016 “El anexo se colocará al final; de haber varios, se numerarán en ordinales arábigos y en todo caso irán titulados. En la parte dispositiva habrá siempre una referencia clara al anexo o a cada uno de los anexos».

3.3. A la Disposición transitoria única.

En primer lugar, se ha de cumplir con lo dispuesto en el apartado 3.º de la norma vigésimotercera del Decreto 15/2016, al señalar que *«las disposiciones de la parte final se titularán siempre, indicándose en el título el contenido o materia a la que aquellas se refieren. La denominación de las disposiciones se hará en minúscula con letra cursiva».*

En segundo lugar, el contenido del apartado primero, en tanto en cuanto se limita a diferir la aplicación de un determinado precepto -art. 31.5- de la norma legal, sin que ello implique la pervivencia de un régimen jurídico previo, como sí ocurre en el caso del apartado segundo, no puede considerarse como materia propia de una disposición transitoria sino, en todo caso, de una disposición final [norma vigésimoséptima, apartado primero, letra e) del Decreto 15/2016].

3.4. A la Disposición final segunda.

Tal y como ha tenido ocasión de recordar este Consejo Consultivo (véase a este respecto, entre otros, el Dictamen 552/2018, de 4 de diciembre), la normativa básica estatal resulta de aplicación directa, no supletoria. Por lo que procede suprimir la presente disposición final.

3.5. A la Disposición final tercera.

Se ha de suprimir, por redundante, la palabra *«reglamentaria»* que sigue a *«orden»* [art. 77.1, letra d) de la Ley 4/2023].

3.6. A la Disposición final cuarta.

Se ha de eliminar la cursiva y las comillas empleadas injustificadamente en el texto de la disposición [«*Procedimiento preventivo específico para vertidos sin autorización*»].

CONCLUSIÓN

El Proyecto de Ley Canaria de Economía Circular se adecúa a los parámetros de constitucionalidad y de estatutoriedad que resultan de aplicación, así como al resto del ordenamiento jurídico. No obstante, se formulan diversas observaciones puntuales sobre su contenido.



Dictamen 452/2023, de 27 de noviembre de 2023

Emitido por el Pleno

Ponente: Sra. Marrero Sánchez

Voto particular: Sr. Fajardo Spínola

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la contratación del servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación musical durante el periodo del 12 de abril al 31 de mayo de 2023 (EXP. 363/2023 RO).

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 4 de agosto de 2023 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 1 de septiembre de 2023), la Excm. Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la contratación del servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación musical, dependientes del Servicio de Educación, durante el periodo del 12 de abril al 31 de mayo de 2023, realizado por la empresa (...), por importe total de 365.953,52 euros.

2. La legitimación de la Sra. Alcaldesa para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D).b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque el contrato que se pretende declarar nulo fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), también de carácter básico.

3. Se ha otorgado preceptivo trámite de vista y audiencia a la empresa contratista que mostró su conformidad con los efectos de la declaración de nulidad, pues, a diferencia de ocasiones anteriores, en este caso no se detrae el beneficio industrial del importe de la indemnización por los servicios prestados al Ayuntamiento.

Este Consejo Consultivo en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por los Dictámenes 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio y 386/2023, de 5 de

octubre, ha considerado que el dictamen debe ser preceptivo haya o no oposición del contratista, en los casos de ausencia de actos administrativos preparatorios o de adjudicación del contrato, por aplicación de lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

4. La competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 y en la Disposición adicional 2.ª LCSP, que en este caso es la Junta de Gobierno Local, de conformidad con lo previsto en el Decreto del Alcalde-Presidente 48169, de 29 de noviembre de 2018, por el que se modifica su Decreto 21615/2015, de 9 de julio, según expresa la propia Propuesta de Resolución.

5. En la Propuesta de Resolución, la Administración afirma la nulidad de pleno derecho de dicho contrato por incurrir en la causa de nulidad establecida en el «art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre / art. 39 de la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público» (apartado cuarto de las «Disposiciones Legales de aplicación» de la citada Propuesta de Resolución). No obstante, en los antecedentes de hecho y en los informes precedentes del expediente se cita en varias ocasiones la «omisión de fiscalización de la citada contratación» como causa de nulidad. Todo ello sin perjuicio de la auténtica causa de nulidad que se desprende del contenido del expediente y que se concreta finalmente en la Propuesta de Resolución.

6. A su vez, el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, especialmente en su art. 106.5 LPACAP, al disponer que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, pues se inició a través de Resolución 2023-28478, de 14 de julio de 2023, de la Concejala de Gobierno del Área de Educación y Cultura, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el día 14 de enero de 2024.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, es preciso que el dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo, y que constan documentados en el expediente remitido, son los siguientes:

- Con fecha 9 de marzo de 2017, se acuerda por la Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria adjudicar a la entidad (...) el contrato de servicios denominado *«Servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación musical»*, por un precio máximo de ocho millones de euros (incluido el IGIC), y un plazo de ejecución de cuatro años, susceptibles de prórroga expresa en dos adicionales.

El contrato fue formalizado el día 10 de abril de 2017, y con fecha 12 de abril de ese mismo año se levantó acta positiva de iniciación de prestación de servicios.

- Con fecha 4 de marzo de 2021 se aprueba la primera prórroga del contrato *«Servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación musical»*, durante el periodo comprendido entre el 12 de abril de 2021 y el 11 de abril de 2022. Asimismo, se acuerda autorizar y disponer para el ejercicio 2021, a nombre de (...), el gasto para la realización del servicio, siendo el gasto máximo previsto para la prórroga de dos millones de euros.

- Con fecha 18 de noviembre de 2021 se aprueba la segunda prórroga del contrato *«Servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación musical»*, por el periodo comprendido desde el 12 de abril de 2022 al 11 de abril de 2023. Asimismo, se acuerda autorizar y disponer para el ejercicio 2022, a nombre de (...), el gasto para la realización del servicio, siendo el gasto máximo previsto para la prórroga de dos millones de euros.

- Con fecha 25 de mayo de 2022 por parte del Servicio de Educación se pone a disposición del Servicio de Contratación el pliego del nuevo contrato a licitar en el año 2023, relativo al servicio de *«conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación musical»*.

En relación con esta comunicación se emiten informes, con fecha 15 de junio de 2022 por el Servicio de Contratación, y con fecha 11 de octubre de 2022 por la Intervención General.

- Con fecha 7 de diciembre de 2022 por la Junta de Gobierno Local se acuerda aprobar el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares y el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares de la convocatoria del expediente de contratación para la adjudicación, por el procedimiento abierto, del contrato de servicio denominado *«Servicio para la conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria. Espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación musical de Las Palmas de Gran Canaria»*, expediente de contratación número 350/22-S.

- Con fecha 11 de diciembre de 2022 fue publicado el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

- Con fecha 17 de enero de 2023 se levanta Acta de la sesión de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, en la que se hace constar en el *«acto de apertura y calificación administrativa correspondiente a las proposiciones presentadas en el procedimiento abierto para adjudicar el contrato denominado “Servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de Educación Infantil y Primaria, Espacios de Actividades Socioculturales y Escuela Municipal de Educación Musical de Las Palmas de Gran Canaria, fomentando la inserción laboral de personas en situación de exclusión social o en grave riesgo de estarlo y la existencia de un plan de conciliación de la vida laboral y familiar”*. Expediente de Contratación número 350/22-S».

- Con fecha 24 de enero de 2023 se levanta Acta de la sesión de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, en la que se lleva a cabo el *«acto de apertura de criterios evaluables automáticamente correspondiente a las proposiciones presentadas por los licitadores en el procedimiento abierto para adjudicar el contrato denominado “Servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de Educación Infantil y Primaria, Espacios de Actividades Socioculturales y Escuela Municipal de Educación Musical de Las Palmas de Gran Canaria, fomentando la inserción laboral de personas en situación de exclusión social o en grave riesgo de estarlo y la existencia de un plan de conciliación de la vida laboral y familiar”*. Expediente de Contratación número 350/22-S».

- Con fecha 31 de enero de 2023 se levanta Acta de la sesión de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, en la que se acuerda la *«subsanción correspondiente a las proposiciones presentadas por los licitadores en el procedimiento*

abierto para adjudicar el contrato denominado “Servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de Educación Infantil y Primaria, Espacios de Actividades Socioculturales y Escuela Municipal de Educación Musical de Las Palmas de Gran Canaria, fomentando la inserción laboral de personas en situación de exclusión social o en grave riesgo de estarlo y la existencia de un plan de conciliación de la vida laboral y familiar”. Expediente de Contratación número 350/22-S», haciéndose constar al efecto:

«La Mesa de Contratación en sesión celebrada el 24 de enero de 2023, acordó admitir provisionalmente al licitador EULEN, S.A. (...), concediéndole un plazo de tres días hábiles para que aportara el compromiso de contratar para la ejecución del contrato a personas en exclusión social.

Habiendo subsanado la documentación requerida la Mesa acuerda admitir a dicho licitador».

- Con fecha 7 de febrero de 2023 se levanta Acta de la sesión de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, en la que se lleva a cabo el *«acto de valoración de ofertas con criterios cuantificables automáticamente y propuesta de adjudicación correspondiente a las proposiciones presentadas por los licitadores en el procedimiento abierto para adjudicar el contrato denominado “Servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de Educación Infantil y Primaria, Espacios de Actividades Socioculturales y Escuela Municipal de Educación Musical”. Expediente de Contratación número 350/22-S».*

En este acto, toda vez que se obtiene un resultado diferente en la valoración de las ofertas efectuadas por el Técnico, de las realizadas por la Interventora adjunta, por la Mesa se requiere al Técnico para que emita un nuevo informe en base a dicho cálculo.

- Con fecha 7 de marzo de 2023 se levanta Acta de la sesión de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, en la que se acuerda solicitar *«asesoramiento técnico al Jefe de la Unidad Técnica de Control de Urbanizaciones, don (...), en relación con la justificación de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados en el procedimiento abierto para adjudicar el contrato denominado “Servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de Educación Infantil y Primaria, Espacios de Actividades Socioculturales y Escuela Municipal de Educación”. Expediente de Contratación número 350/22-S».*

Asimismo se acuerda encargar a dicho Técnico *«la realización del informe técnico previo a la adjudicación, toda vez que el objeto del contrato consiste en el mantenimiento de una pluralidad de edificios municipales y que el estudio económico del mismo se ha fijado con las Bases de Precios de Referencia del Sector de la Construcción en Canarias»*, todo ello al amparo de lo establecido en el art. 326.5 LCSP.

- Con fecha 26 de abril de 2023 se levanta Acta de la sesión de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, en la que se lleva a cabo la *«lectura de informe técnico previo a la adjudicación de ofertas con criterios evaluables automáticamente correspondiente las proposiciones presentadas por los licitadores en el procedimiento abierto para adjudicar el contrato denominado “Servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de Educación Infantil y Primaria, Espacios de Actividades Socioculturales y Escuela Municipal de Educación Musical de Las Palmas de Gran Canaria”. Expediente de Contratación número 350/22-S»*.

En este acta se acuerda *«tomar conocimiento del informe técnico previo a la adjudicación, de fecha 24/04/2023, y, dadas las contradictorias conclusiones del mismo, en cuanto propone la no exclusión de las ofertas (en base al criterio de no existencia de baja desproporcionada) y, asimismo, la exclusión de una de las ofertas incurso en valores anormales (en base al criterio de existencia de baja desproporcionada), y otros elementos puestos de manifiesto, se procederá por la Mesa de Contratación a examinar la justificación de la viabilidad económica de las ofertas incursas en valores anormales en los términos propuestos en el informe técnico, elevando la propuesta que corresponda al órgano de contratación en próxima sesión de la Mesa de Contratación»*.

- Con fecha 14 de junio de 2023 se emite informe del Servicio de Educación en el que, tras señalar los antecedentes relativos al contrato que nos ocupa, expone, en relación a la justificación de la necesidad del gasto lo siguiente:

«Primero.- El expediente surge para atender una competencia propia de obligado cumplimiento, impuesta por la Ley orgánica como competencia propia de los ayuntamientos, que a su vez es imprescindible para garantizar un derecho constitucional de los considerados fundamentales, el derecho a la educación.

(...)

La interrupción del mantenimiento de los centros públicos de educación infantil y primaria generaría graves perjuicios al interés público, pudiendo producir la suspensión y/o interrupción de la enseñanza obligatoria, lo que afectaría al derecho constitucional de recibir una enseñanza pública y gratuita. Además podría generar riesgos a la integridad física de la población educativa, alumnado y trabajadores, que acude a los centros públicos del municipio, motivado por el deterioro de las infraestructuras.

Por otro lado la no prestación del servicio originaría el despido de trabajadores, que están adscritos al mismo, produciendo un perjuicio de difícil reparación.

Por último el gasto viene justificado para evitar graves perjuicios y atendiendo a que el nuevo contrato está en fase de formalización, ya que se han cumplido la mayoría de trámites administrativos y es inminente la firma del nuevo contrato.

Desde el servicio de educación se inició el procedimiento administrativo para la nueva licitación objeto de esta prestación con antelación, y debido a la complejidad de este tipo de expedientes, en la que intervienen diferentes departamentos municipales, se ha dilatado la adjudicación del nuevo contrato (...).».

Tras ello, se pone de manifiesto la posible concurrencia de una causa de nulidad en la contratación del «*Servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de Educación Infantil y Primaria, Espacios de Actividades Socioculturales y Escuela Municipal de Educación Musical*» durante el periodo del 12 de abril al 31 de mayo de 2023, realizado por la (...), por importe total de 365.953,52 euros, al haberse realizado la prestación sin previa tramitación contractual y se solicita informe de la Intervención General.

- Con fecha 6 de julio de 2023 se emitió, por la Intervención General Municipal, informe en el que pone de manifiesto la omisión de la fiscalización de la citada contratación.

- Con fecha 13 de julio de 2023 la Junta de Gobierno Local acuerda tomar conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la citada contratación durante el periodo comprendido entre el 12 de abril y el 31 de mayo de 2023, e iniciar el procedimiento de revisión de oficio de tal contratación.

III

En cuanto a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, constan practicadas las siguientes actuaciones:

- Por Resolución de la Concejala de Gobierno del Área de Educación y Cultura, n.º 2023/28478, de 14 de julio, se acordó la incoación de expediente para la declaración de nulidad de la contratación descrita, otorgando trámite de audiencia a la empresa (...), la cual fue debidamente notificada.

- Mediante escrito presentado el 31 de julio de 2023, la contratista mostró su conformidad con la declaración de nulidad, solicitando el abono íntegro de la factura

presentada por los servicios prestados sin detraer el beneficio industrial, «*si lo hubiera en su caso*», del precio a abonar a la contratista.

- Con fecha 1 de agosto de 2023 se emite informe contradictorio de valoración económica por el Servicio de Educación, pronunciándose sobre el beneficio industrial, en el que señala que en el presente caso no procede la detracción del mismo, estimando, en consecuencia, las alegaciones de la contratista, salvo en lo que se refiere a los intereses de demora.

- Con fecha 1 de agosto de 2023 se remite a la contratista un ejemplar de aceptación de indemnización, a fin de que en el plazo máximo de diez días manifieste su conformidad o disconformidad con la misma. Siendo aceptada en la misma fecha la indemnización ofrecida.

- Con fecha 2 de agosto de 2023 se emite Propuesta de Resolución por la que se acuerda declarar la nulidad de la contratación del «*Servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de Educación Infantil y Primaria, Espacios de Actividades Socioculturales y Escuela Municipal de Educación Musical*», durante el periodo del 12 de abril al 31 de mayo de 2023.

IV

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos y en razón de los vicios e infracciones legales que le son imputables a los mismos, es decir, que por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, le son atribuibles y susceptibles de valoración y corrección por la propia Administración autora del acto en el ejercicio de su potestad de revisión, sin que pueda extenderse al examen de la legalidad de otros actos dictados por otras administraciones no sujetos a revisión (STS 405/2020, de 14 de mayo).

La revisión de oficio implica el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. 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 un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

Por su parte, en nuestro DCCC 46/2016, de 18 de febrero, afirmábamos que *«no toda infracción del Ordenamiento jurídico conlleva la revisión de oficio, que no está prevista para corregir errores o deficiencias de la Administración, sino para suprimir actos administrativos contaminados con vicios graves determinantes del nacimiento del derecho o facultad (...)»*.

En definitiva, *«la revisión de oficio en principio no es una técnica al servicio de la instrucción de una “causa general” respecto de determinado procedimiento, sino el instrumento que permite anular actos con vicios de orden público, que son los que la ley califica como causas de revisión, debidamente interpretadas en función de las circunstancias del caso, la conducta de los interesados y la actuación de la Administración»* (DCCC 449/2017, de 5 de diciembre).

2. En el presente caso, la Propuesta de Resolución razona que *«debido a la necesidad inaplazable de la contratación de las prestaciones descritas, se ha incurrido en causa de nulidad conforme a lo previsto en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre / artículo 39 de la ley 9/2107, de Contratos del Sector Público, toda vez que se ha procedido a recibir la prestación del servicio sin la previa tramitación del expediente de contratación, en lo referido a los actos de preparatorios y actos de adjudicación, por lo que la contratación sería nula por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Siendo tales actos preparatorios nulos, también lo es el contrato (art, 38, b LCSP)»*. (Apartado cuarto de la fundamentación jurídica *«disposiciones legales aplicables»*).

En relación con la causa establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado, por ejemplo, en el Dictamen 489/2021, de 14 de octubre (con cita de los DCCC 8/2021, de 15 de enero, y 161/2020, de 1 de junio), lo siguiente:

«El art. 62.1, e) LRJAP-PAC configura como una causa de nulidad el que los actos sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Como las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es especialmente restrictiva en cuanto a la aplicación de esa causa de nulidad, ya que el empleo por la Ley de los dos adverbios “total y absolutamente” impone que los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad radical

deben ser de tal dimensión que es preciso que se haya prescindido de modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites. La omisión de algún trámite se equipara a la omisión total del procedimiento cuando tiene la naturaleza de esencial en los supuestos en que haya causado indefensión material al interesado (para lo cual habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por la omisión del trámite). También se equipara a la omisión total si los trámites incumplidos, de haberse observado, habrían determinado un acto de contenido distinto. Consúltense al respecto las SSTS de 23 febrero de 2016; de 26 enero de 2016; de 24 enero de 2014; de 27 junio de 2012 y de 25 abril de 2002 (...).».

También hemos señalado en los DCCC 84/2014, de 17 de marzo, y 258/2020, de 25 de junio, que «(L)a interpretación jurisprudencial de este precepto considera que se está ante esta causa de nulidad no sólo cuando el acto se dicta prescindiendo de todo procedimiento, sino también cuando se dicta a través de un procedimiento que no es el previsto legalmente; o cuando, aun siguiendo el procedimiento debido, se omiten trámites esenciales de éste que causan indefensión absoluta a los interesados». Véanse por todas las SSTS de 25 de abril de 2002 y de 27 de junio de 2012.

3. En el supuesto que nos ocupa, los antecedentes del presente procedimiento, que constan debidamente documentados en el expediente que se ha remitido a este Consejo, ponen de manifiesto los siguientes hechos:

- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 29 de julio de 2016, se aprobó el Pliego de Prescripciones Técnicas y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para el contrato del «*Servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación musical*», así como la autorización del gasto, con apertura del procedimiento abierto de adjudicación (Expediente de contratación número 516/2016-S).

- Realizados los trámites legalmente establecidos, por acuerdo de cesión de la Junta de Gobierno Local, de fecha 9 de marzo de 2017, se adjudica el referido contrato a la empresa (...), por un plazo de 4 años, susceptibles de prórroga expresa en dos adicionales, iniciándose la prestación del servicio el día 12 de abril de 2017.

- Concluido el plazo inicial del contrato, el 4 de marzo de 2021 se acordó por la Junta de Gobierno Local autorizar la primera prórroga del mismo, para el periodo comprendido entre el 12 de abril de 2021 al 11 de abril de 2022.

- Igualmente, concluido el plazo de la primera prórroga, el 18 de noviembre de 2021 se acordó por la Junta de Gobierno Local autorizar una segunda prórroga del referido contrato, para el periodo comprendido entre el 12 de abril de 2022 al 11 de abril de 2023.

- Durante este ínterin, el 27 de mayo de 2022, desde el Servicio de Educación se remite el pliego de prescripciones técnicas al Servicio de Contratación y se inicia un nuevo procedimiento de contratación del *«Servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación musical»*, asignándose el número de Expediente de Contratación 350/2022-S.

- Con fecha 12 de diciembre 2022 se publica el expediente 350/2022-S en la plataforma de contratación del sector público.

- Finalmente, según señala el informe del Servicio de Educación de 14 de junio de 2023, *«A la fecha del presente informe el expediente del contrato 350/22-S está siendo valorado por la mesa de contratación»*.

A la vista de estos antecedentes, se ha de analizar necesariamente si al contrato sometido a nuestra consideración le es de aplicación la prórroga máxima prevista en el art. 29.4 de la LCSP que dispone:

«No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario o, tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco o un contrato específico en el marco un sistema dinámico de adquisición, se hayan enviado las invitaciones a presentar oferta del nuevo contrato basado o específico al menos quince días antes de la finalización del contrato originario».

El mencionado precepto contiene una figura extraordinaria, que no constituye una prórroga tácita del contrato, sino que se trata de un supuesto de rehabilitación o mantenimiento *ex lege* de los efectos del contrato ya extinguido hasta que finalice la nueva

licitación, de modo que no se cause perjuicio para el interés público, cuando, entre otros requisitos, esté ejecutándose el contrato y se encuentre en vías de vencimiento, y haya habido una actuación diligente de la entidad contratante en la programación de la actividad contractual, anunciando con una mínima antelación la nueva licitación que tenga que sustituir el contrato que se está ejecutando.

El mencionado precepto, cuando de contratos de tracto sucesivo se trata -como en el presente caso-, persigue la finalidad de garantizar la continuidad de la prestación, en aquellos supuestos en que, concurriendo razones de interés público por no interrumpirla, al vencimiento del contrato no se disponga de un nuevo contrato formalizado a causa de incidencias que se tienen que producir en el procedimiento de adjudicación y que tienen que ser resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratante.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con sede en Oviedo, de 18 de abril de 2023, cuando señala:

«Esta interpretación del art. 7.1 PCAP no se considera acorde a su literalidad ya que el párrafo segundo comienza con la expresión "En cualquier caso...", lo que impide limitar la remisión al 29.4 LCSP al supuesto en que el Ayuntamiento no hubiera hecho uso de la prórroga ordinaria. Pero, por otro lado, porque tal interpretación viene a asimilar esta prórroga con la ordinaria cuando del tenor del artículo 29.4 párrafo quinto LCSP se colige que la prórroga de que se trata, a diferencia de las prórrogas ordinarias fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, tiene una naturaleza y finalidad especial. Así lo demuestra el propio tenor literal del referido apartado 29.4 LCSP cuando comienza regulándola separadamente de las prórrogas ordinarias con la expresión "No obstante lo establecido en los apartados anteriores...". Se configura así como una suerte de habilitación legal para el caso de que no dé tiempo a formalizar un nuevo contrato al vencimiento del anterior, regulando la posibilidad de prorrogar los contratos originarios hasta que comience la ejecución del nuevo contrato por un periodo máximo de 9 meses siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo, esto es:

- Cuando al vencimiento del contrato originario no se hubiera formalizado el nuevo contrato.*
- Se hayan producido incidencias en el procedimiento de adjudicación, por acontecimientos imprevisibles.*
- Existan razones de interés público para continuar con la prestación y no interrumpirla.*
- No se modifiquen las condiciones del contrato originario.*

- *El anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de 3 meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario».*

Puesta en relación la anterior doctrina con el supuesto concreto analizado en el presente Dictamen resulta que:

- Al vencimiento del contrato originario, que tuvo lugar el día 11 de abril de 2023, no se había formalizado el nuevo contrato.

- Existen razones de interés público para continuar con la prestación del servicio y no interrumpirla. Así se pone de manifiesto en el informe del Servicio de Educación en el que se señala:

«La interrupción del mantenimiento de los centros públicos de educación infantil y primaria generaría graves perjuicios al interés público, pudiendo producir la suspensión y/o interrupción de la enseñanza obligatoria, lo que afectaría al derecho constitucional de recibir una enseñanza pública y gratuita. Además, podría generar riesgos a la integridad física de la población educativa, alumnado y trabajadores, que acude a los centros públicos del municipio, motivado por el deterioro de infraestructuras.

Por otro lado, la no prestación del servicio originaría el despido de trabajadores, que están adscritos al mismo, produciendo un perjuicio de difícil reparación.

Por último, el gasto viene justificado para evitar graves perjuicios y atendiendo a que el nuevo contrato está en fase de formalización, ya que se han cumplido la mayoría de los trámites administrativos y es inminente la firma del nuevo contrato. Desde el servicio de educación se inició el procedimiento administrativo para la nueva licitación objeto de esta prestación con antelación, y debido a la complejidad de ese tipo de expedientes, en la que intervienen diferentes departamentos municipales, se ha dilatado la adjudicación del nuevo contrato».

- No se modifiquen las condiciones del contrato originario.

- El anuncio de licitación del nuevo contrato se publicó con una antelación mínima de 3 meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario, en este caso cuatro meses antes (12 de diciembre de 2022).

Sin embargo, pese al cumplimiento de los requisitos expuestos, no se aprecia que se hayan producido incidencias en el procedimiento de adjudicación, por acontecimientos imprevisibles, que hayan sido causa de la dilación en su tramitación.

En efecto, de las actas de la Mesa de Contratación obrantes en el expediente administrativo se advierte que los motivos que han dado lugar a la demora en la adjudicación del contrato, han venido motivados por diferencias de criterio entre el Técnico, la Interventora adjunta y los servicios jurídicos, respecto a la viabilidad económica de las ofertas incursas en valores anormales, lo cual, a todas luces, constituye una incidencia normal u ordinaria y perfectamente previsible en los procedimientos de adjudicación de contratos.

Por ello, dado el carácter excepcional de la previsión contenida en el art. 29.4 LCSP, que exige una interpretación restrictiva de los presupuestos para su aplicación, se ha de concluir que al contrato analizado no le era de aplicación la prórroga prevista en el precepto analizado.

4. Así pues, finalizado el 11 de abril de 2023 el contrato de *«Servicio para la conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación musical»*, adjudicado a (...), lo cierto es que no consta cobertura contractual de las prestaciones que, con posterioridad a esa fecha, han sido efectuadas por la citada mercantil.

En definitiva, en este caso existe una prórroga tácita del contrato de servicios que no permitía el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de 2016 -art. 30 PCAP en relación con el art. 23 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP)-, ya que se establecía una duración de cuatro años, susceptible de prórroga expresa por otros dos años adicionales, por lo que la contratación de los servicios prestados a partir del 11 de abril de 2023 -y, en este caso, los comprendidos entre el 12 de abril y 31 de mayo de 2023, ambos inclusive-, es nula conforme al art. 39.1 LCSP y 47.1.e) LPACAP.

Así pues, como razonábamos en nuestro Dictamen 555/2021, de 18 de noviembre, citando a su vez otro similar -el Dictamen 483/2021, de 14 de octubre- procede señalar, de idéntica manera, en este caso que, en definitiva, aplicando los razonamientos jurídicos que se han expuesto en las líneas precedentes al supuesto de hecho analizado, se ha de concluir que la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de

nulidad establecida en el art. 47.1, apartado e) LPACAP, toda vez que se ha procedido a recibir la prestación del servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación municipal, durante el periodo del 12 de abril al 31 de mayo de 2023, sin la previa tramitación del oportuno expediente de contratación a tal efecto.

Además, tal infracción del Ordenamiento Jurídico no puede ser imputable al tercero que ha realizado la prestación sino únicamente a la Administración, quien justifica su actuación, en el informe del Centro Gestor de 14 de junio de 2023, por el retraso que ha existido con la nueva licitación iniciada en mayo de 2022 y publicada en diciembre de 2022, por la complejidad al intervenir varios departamentos, lo que ha dilatado en extremo la adjudicación de la misma, siendo necesaria la continuación de la prestación para evitar graves perjuicios en este servicio público, tal como se ha expuesto, habiéndose desarrollado el servicio a entera satisfacción del Servicio de Educación.

En suma, la Propuesta de Resolución, se considera ajustada a Derecho.

5. Sentado lo anterior, cabe advertir, igualmente, que en el informe previo de la Intervención General se imputa como causa de nulidad la falta de fiscalización o intervención previa, tal como exige el artículo 214.2.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que previene que el ejercicio de la función interventora comprenderá *«La intervención crítica o previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos de valores»*, citando, asimismo, el art. 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

Como hemos señalado en nuestros Dictámenes 318/2023, 386/2023 y 412/2023, el régimen de la fiscalización o intervención previa se encuentra regulado en los arts. 214, apartados 1 y 2.a), y 219 del Texto Refundido de la Ley de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL), texto que también contempla la regulación de los reparos que se puedan efectuar, sus efectos y la resolución de discrepancias (arts. 215-218).

Sin embargo, la sola omisión del trámite de fiscalización previa no puede equipararse a una falta total y absoluta de procedimiento que determine la nulidad del acto.

En efecto, este Consejo Consultivo, desde los Dictámenes 218 y 219/2017, ambos de 4 de julio, y 232/2017, de 13 de julio, y en los más recientes 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre y 412/2023, de 19 de octubre, viene expresando que de esta regulación legal resulta que la fiscalización previa, si bien es un trámite que ha de cumplimentarse en los casos en que el acto sea susceptible de producir efectos económicos, no puede ser calificado de trámite esencial que implique su equivalencia con una omisión total y absoluta del procedimiento, puesto que, de haberse emitido el informe, los reparos que en su caso pudieran formularse podrían ser solventados por el órgano competente en caso de discrepancia.

Además, del art. 156 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, resulta que la omisión del trámite es subsanable, por lo que en ningún caso puede ser determinante de la nulidad del acto, sino en todo caso de su anulabilidad. En este sentido se ha pronunciado además el Consejo de Estado en su Dictámenes 1436 y 1437/2012, en los siguientes términos:

«La consulta se recaba en el seno de un procedimiento de revisión de oficio de la resolución estimatoria del recurso, que se entiende incurso en la causa de nulidad de pleno derecho contemplada en la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

En los supuestos en los que, con arreglo a lo establecido en las disposiciones aplicables, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se subsane dicha omisión en los términos previstos en este artículo.

(...)

El precepto de la Ley General Presupuestaria transcrito se refiere al modo de “subsanar” la omisión de la fiscalización omitida (apartado 1). A las claras se aprecia que un defecto subsanable no constituye un vicio de nulidad de pleno derecho, tal y como prevé el artículo 67.1 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre: “La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan”. Resulta palmario, por tanto, que no cabe la declaración de nulidad pretendida».

Sin embargo, en el informe de la Intervención General se mantiene como causa de nulidad la «*omisión de fiscalización*». Este informe adolece de una notable imprecisión y falta de rigor, afectando a la propia función interventora en los términos exigidos por su propia normativa reguladora, pues, además de no concretar el supuesto de hecho respecto a este determinado contrato en el que se debe fundar una nulidad de pleno derecho -genéricamente alude a la «*omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales*»-, continúa manteniendo como una de las causas de nulidad la citada «*omisión de fiscalización*», dado que se utiliza un mismo modelo o plantilla que se aplica a este y otros contratos cuya revisión de oficio se pretende, que han llegado a este Consejo Consultivo y que hemos dictaminado en ocasiones anteriores.

6. En relación con la cuantía, de la documentación obrante se pone de manifiesto que el inicio del presente expediente de revisión de oficio está motivado por la continuidad de la prestación del servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación municipal, durante el período de tiempo comprendido entre el 12 de abril al 31 de mayo de 2023, sin cobertura legal alguna tras la expiración de la última prórroga del contrato el pasado 11 de abril de 2023, y no haberse adjudicado todavía el contrato, y que, la empresa prestadora del servicio tiene derecho a percibir el precio íntegro del servicio, dando conformidad a la cuantía ofrecida por la Administración, que corresponde con el valor de los servicios efectivamente prestados.

Como manifestamos en los Dictámenes 318/2023, de 20 de julio, y 386/2023, de 5 de octubre, la finalidad del procedimiento indemnizatorio es la reparación integral del daño causado de forma que los interesados vuelvan a la misma situación patrimonial que tenían antes del acaecimiento del hecho lesivo -que en este caso sería la nulidad de la contratación-, sin que haya enriquecimiento injusto para ninguna de las partes, sin detraer el 3% del beneficio industrial (como sucedía en anteriores ocasiones), tal y como detallamos extensamente en el Dictamen 318/2023, a cuyos fundamentos nos remitimos para evitar reiteraciones.

También, como se ha señalado en múltiples ocasiones por este Consejo Consultivo, en lo que se refiere al momento procedimental en el que procede efectuar el cálculo de la liquidación del contrato, cabe recordar que el art. 42.1 LCSP establece que aquella fase se producirá una vez firme la resolución por la que se acuerde la revisión de oficio (a través del oportuno expediente contradictorio).

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), *«(...) nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma»*.

De esta manera, resulta posible resolver de forma conjunta sobre la nulidad del acto de contratación afectado y sobre la liquidación y, en su caso, indemnización que proceda (art. 42.1 LCSP).

7. De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que el servicio se ha prestado a satisfacción de la Administración, interviniendo la buena fe de la contratista, aun concurriendo causa de nulidad al haberse dictado los actos preparatorios del contrato de servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación musical, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal como prevé el art. 47.1, e) LPACAP, en relación con el art. 39.1 LCSP, se debe indemnizar a la contratista en idéntica cuantía al valor de los servicios prestados, por lo que hay que concluir que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.

8. Resta por abordar la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la prestación del servicio con posterioridad al 31 de mayo de 2023, y que se traducen en las facturas que, con origen en el presente contrato declarado ya nulo, se hayan podido emitir o, se emitirán, con posterioridad a dicha fecha.

Esta cuestión ya ha sido resuelta por el Consejo Consultivo de Asturias, en su Dictamen 15/2020, de 23 enero, en el que razona lo siguiente:

«En el reiterado Dictamen Núm. 265/2019, remitido a la misma autoridad consultante en relación con la prórroga y modificación del mismo contrato de prestación del servicio de ayuda a domicilio en otro periodo, apreciamos que “la imposibilidad de proceder a la modificación, por el exceso producido en el precio del contrato inicialmente fijado, determinaba la procedencia de resolver el contrato y proceder a una nueva licitación. Y si bien concurre vicio de nulidad por omisión del procedimiento relativo tanto a una nueva licitación como en la prórroga que de facto se produce, no

podemos obviar que al tiempo de esta última el contrato ya estaba viciado de nulidad radical. En suma, el hecho determinante de la nulidad es aquí la omisión de la nueva licitación al tiempo del modificado, suplida por la realización de una ‘modificación tácita’ cuando lo que procedía abrir era una nueva licitación, y ese vicio comporta la nulidad del contrato desde ese mismo momento, lo que afecta también a los postreros 20 días en los que el servicio se presta careciendo además de amparo en los plazos contractuales”. Según exponíamos entonces, “con arreglo a la cláusula 32 del pliego (...), la superación de los límites establecidos en el mismo obligaba a la resolución del contrato en vigor y al inicio de un nuevo procedimiento de licitación, de conformidad con la LCSP ya vigente en el mes de noviembre de 2018. Tal prescripción fue desatendida en favor de la continuidad de la prestación con arreglo a unas nuevas condiciones; situación que implicó, en definitiva, tanto la vulneración del citado artículo 108 del TRLCSP como del artículo 37.1 de la LCSP, en cuanto que proscribía la contratación verbal, así como de los demás preceptos de esta Ley que someten a un determinado procedimiento la adjudicación de servicios en función de su cuantía”.

Tal razonamiento ha de extenderse, por lógica, también a la prestación del servicio con posterioridad al 1 de enero de 2019, situación idéntica a la producida en el periodo comprendido entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018, lo que nos obliga a remitirnos a las consideraciones efectuadas en el referido dictamen sobre la causa de nulidad apreciada, que acabamos de transcribir.

Ahora bien, no puede obviarse que la adjudicación directa, tácita o verbal, del servicio por el periodo mencionado ya fue anulada por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019, trasladada a este Consejo tras la emisión del Dictamen Núm. 265/2019, en la que se declara la nulidad de “los actos administrativos de modificación y prórroga del contrato administrativo de servicios de ayuda a domicilio (...), en tanto la prórroga comprendida entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018 no ha sido objeto de tramitación, ni la misma era posible, y por cuanto el importe de adjudicación y prórroga ha sido modificado en un 21,78 %, porcentaje superior al que posibilita la realización de un modificado, no habiéndose procedido a la licitación del nuevo procedimiento de adjudicación que, a la vista de ello, hubiera resultado necesario”. Siendo así, esto es, predicada esa nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio -y no de unas determinadas facturas, que ni siquiera tienen naturaleza de acto administrativo-, no se aprecia ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas (por el periodo transcurrido entre 1 de enero y 31 de mayo de 2019), de modo que la nulidad carece ahora de objeto y la invalidez de las últimas facturas no es sino consecuencia material de la nulidad ya declarada el 12 de diciembre de 2019.

En efecto, aunque aparentemente la nulidad se predica de “la prórroga comprendida entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018”, consta que la voluntad de prorrogar el contrato se extendía mientras se llevaba a cabo “una nueva licitación”, y que con fecha 13 de diciembre de 2018 se inició el nuevo procedimiento de licitación, por lo que debe entenderse que el acto tácito de prórroga se adoptó con ese horizonte temporal -en tanto se incorporaba un nuevo adjudicatario-, sin que pueda concebirse que

aquella decisión tácita de prorrogar la continuidad del servicio se limitara únicamente hasta al 31 de diciembre de 2018 y excluyera los meses sucesivos cuando es manifiesto que la nueva adjudicación no se resolvería en tan corto lapso (y ni siquiera en una fecha cierta). Hallándonos ante una prestación continuada, de tracto sucesivo, en la que tampoco se exterioriza, con posterioridad a aquella decisión tácita ya anulada, ningún otro acto administrativo de cobertura, es forzoso concluir que el contrato verbal a cuyo amparo se emiten las nuevas facturas es el ya anulado por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP, “La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato”. Por tanto, de la nulidad de los actos de contratación identificados en la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de diciembre de 2019 resulta la consecuente nulidad de la contratación bajo cuya vigencia se prestaron los servicios que dieron lugar a las facturas que ahora se someten a nuestra consideración.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de los actos de contratación cuestionados -que, se insiste, se declaró ya por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de diciembre de 2019 tras haberse sometido a nuestra consideración-, con relación ahora a las facturas a las que se refiere este procedimiento concreto ha de estarse a lo señalado en el Dictamen Núm. 265/2019 y en la propia resolución de anulación, esto es, a lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP; regulación que constituye el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas. Este artículo prescribe que la “declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, pudieran derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas (disposición adicional vigésima octava de la LCSP)».

Conforme a la doctrina transcrita, que comparte este Consejo Consultivo, la declaración de nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio, al no apreciarse ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas (por el periodo transcurrido desde el 31 de mayo de 2023 hasta que se dote de cobertura contractual a la prestación), determina que las ulteriores solicitudes de nulidad carezcan de objeto y la invalidez de las subsiguientes facturas no sean sino consecuencia material de la nulidad ya dictaminada en el presente Dictamen.

Y ello, por cuanto, aunque aparentemente la nulidad se predica de *«la prórroga comprendida entre el 11 de abril y el 31 de mayo de 2023»*, consta en el expediente administrativo que la voluntad de prorrogar el contrato se extendía mientras se llevaba a cabo *«una nueva licitación»*, iniciándose en el mes de mayo de 2022 el nuevo procedimiento de licitación. Por lo que debe entenderse que el acto tácito de prórroga se adoptó en tanto se incorporaba un nuevo adjudicatario, sin que pueda concebirse que aquella decisión tácita de prorrogar la continuidad del servicio se limitara únicamente hasta al 31 de mayo de 2023 y excluyera los meses sucesivos, toda vez que es manifiesto que la nueva adjudicación no se resolvería en tan corto lapso (y ni siquiera en una fecha cierta), máxime cuando consta en el informe del Servicio de Educación que a fecha 14 de junio de 2023 *«el expediente del contrato 350/22-s está siendo valorado por la mesa de contratación»*.

Por tanto, tal como señala el Consejo Consultivo de Asturias, hallándonos ante una prestación continuada, de tracto sucesivo, en la que no se exterioriza, con posterioridad a aquella decisión tácita ya anulada, ningún otro acto administrativo de cobertura, es forzoso concluir que el contrato verbal a cuyo amparo se emiten las nuevas facturas es el que constituye el objeto del presente Dictamen, por lo que no procederá dictaminar sobre las mismas al quedar afectadas por la nulidad ya dictaminada.

9. De otro lado, cabe insistir una vez más en que la reiteración de la fragmentación de procedimientos de revisión de oficio por periodos de facturación, de una misma prórroga contractual que se mantiene en el tiempo, contraviniendo los principios de racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos, eficacia, economía y eficiencia contenidos en el art. 3.1 d), h), i) y j) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), por cuanto ello obliga a sucesivos procedimientos de revisión de oficio, puede suponer, en su caso, un abuso de derecho o fraude de ley, que puede operar como un límite a la revisión de oficio del art. 110 LPACAP, tal y como hemos apreciado en algunas ocasiones, como manifestamos en el Dictamen 318/2023, de 20 de abril, con cita de los dictámenes 158/2023, de 18 de abril, 80, 81 y 82/2020, de 3 de marzo, así como en los Dictámenes 386/2023, de 5 de octubre y 412/2023, de 19 de octubre, a los cuales nos remitimos para evitar reiteraciones.

Este Consejo Consultivo dictamina, entre otras cuestiones y conforme a su Ley reguladora, revisiones de oficio de actos preparatorios y de adjudicación de contratos, por lo que la fragmentación y multiplicación de procedimientos de revisión de oficio por periodos de facturación de un mismo contrato, con el fin de pagar «facturas» (nótese que cada

procedimiento en sus antecedentes surge por la existencia de una determinada «factura»), además de contravenir los principios ya citados de la LRJSP, vulnera la finalidad de la revisión de oficio en los estrictos términos en que esta ha de interpretarse, así como la naturaleza de este Órgano Consultivo, tratando de implicarlo ilegítimamente en la gestión económica-financiera diaria de la Administración solicitante.

Además, este Consejo Consultivo no puede sino reiterar la necesidad de que las Administraciones públicas respeten los principios de publicidad y concurrencia que fundamentan la regulación de los contratos administrativos, erradicando las prácticas que los vulneran. Este tipo de irregularidades, frecuentemente provocadas por graves faltas de diligencia en la gestión de los expedientes de contratación, originan situaciones de hecho en la prestación de los servicios cuya compensación luego, 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. Todo ello, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de orden administrativo o incluso penal en que pudieran incurrir las correspondientes autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas.

10. Tampoco debe olvidarse que además de las estrictas causas de nulidad de pleno derecho contenidas en el art. 47 LPACAP, son actos anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (art. 48.1 LPACAP), y que estos actos anulables, en casos favorables para los interesados, se pueden impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, previa su declaración de lesividad para el interés público (art. 107.1 LPACAP).

En cualquier caso, y sin perjuicio de que la vía señalada resulta procedente si lo que se pretende es la anulación de los actos anulables, tampoco está de más recordar que cabe la convalidación de los actos administrativos anulables con carácter general, mediante el dictado de un acto que subsane o corrija (acto subsanador) los defectos que presenten (art. 52.1 LPACAP «*la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan*»); vía que puede servir para soslayar irregularidades y de remedio, en no pocos casos, para la conservación de los actos.

Dicho en otras palabras: en caso de infracción del ordenamiento jurídico, la regla es la anulabilidad (art. 48 LPACAP) y la excepción es la nulidad de pleno derecho (art. 47.1 LPACAP). La contratación irregular es un fenómeno que encubre diferentes realidades que lejos están

de poderse reconducir siempre a la vía de la revisión de oficio. Recordando lo indicado al inicio de este Fundamento IV, y con esto concluimos, se trata, por tanto, la revisión de oficio de una potestad excepcional -porque son a los órganos judiciales a los que le incumben la anulación de los actos administrativos ilegales con carácter general-. La revisión de oficio no puede convertirse en la vía ordinaria para la depuración de los defectos ilegales de cualquier índole. Sólo si se trata de infracciones notorias, palmarias y evidentes, cabe apreciar la concurrencia de la concreta causa de nulidad que se pretende hacer valer en cada caso. Se hace preciso distinguir para circunscribir la revisión de oficio a los supuestos en los que se acredite de forma manifiesta la concurrencia de una causa de nulidad radical; y, por tanto, cuando se invoca o se aduce el art. 47.1.e) LPACAP (los actos «*dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*»), le incumbe a la Administración identificar el vicio cometido y el procedimiento omitido o el trámite que se haya incumplido y su esencialidad.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen se considera conforme a Derecho, tanto en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación del servicio de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de educación infantil y primaria, espacios de actividades socioculturales y escuela municipal de educación musical durante el periodo del 12 de abril al 31 de mayo de 2023, realizado por la empresa (...), como en cuanto a los efectos económicos derivados de la declaración de nulidad, sin perjuicio de las observaciones formuladas en los apartados 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del Fundamento IV del presente Dictamen.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. LUIS FAJARDO SPÍNOLA AL DICTAMEN 452/2023, DE 7 DE NOVIEMBRE DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS, EN RELACIÓN CON LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS COLEGIOS PÚBLICOS DE EDUCACIÓN INFANTIL Y PRIMARIA, ESPACIOS DE ACTIVIDADES SOCIOCULTURALES Y ESCUELA MUNICIPAL DE EDUCACIÓN MUSICAL, DEPENDIENTES DEL SERVICIO DE EDUCACIÓN, DURANTE EL PERIODO DEL 12 DE ABRIL AL 31 DE MAYO DE 2023, REALIZADO POR LA EMPRESA (...), POR IMPORTE TOTAL DE 365.953,52 EUROS (EXP. 363/2023 RO).

Mi respetuosa discrepancia con el Dictamen mayoritario se refiere tanto a la argumentación jurídica que se expone como a la conclusión que por ella se alcanza, que considera conforme a Derecho la revisión de oficio tramitada.

1. La Administración consultante ha tramitado un procedimiento de revisión de oficio que pretende conduzca a la declaración de nulidad de un contrato de servicios. Para ello señala la Propuesta de Resolución (en adelante, PR) que según el artículo 39.1 de la LCSP nos encontramos ante un contrato nulo por incurrir en alguna de las causas de derecho administrativo del artículo 47.1. LPACAP, concretamente en la descrita en su apartado e), al entender que concurren actos administrativos (preparatorios o de adjudicación) *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*.

Del análisis de la documentación del expediente puede comprobarse que, efectivamente, en el periodo de referencia no hubo actos de preparación de un nuevo contrato (habiéndose omitido también el de fiscalización previa), pero tampoco acto alguno de adjudicación. No se siguió procedimiento alguno; pero a esta carencia no le siguió ningún resultado, pues no hubo tampoco un nuevo contrato que cubriera jurídicamente la prestación del servicio en los dos meses señalados. Tampoco parece que ello estuviera en la intención de las partes, Administración y contratista, que no pretendieron acordar un contrato, y que tal vez por eso mismo no lo hicieron preceder del procedimiento legalmente exigible. Todo consistió en una prolongación *de facto* del primitivo contrato ya extinguido, ante el retraso de la tramitación de uno que le diera continuidad, para servir al interés público vinculado y evitar las graves consecuencias que razonablemente cabía esperar de un cese en la prestación del servicio.

La Administración reconoce que el servicio se prestó a satisfacción, en los términos del extinguido contrato, y acepta pagar al contratista el importe de las facturas por él emitidas. El contratista, por su parte, acepta darse por pagado con tal importe. Sólo falta encontrar la forma jurídica para dar cobertura a tal regularización. La PR, siguiendo el informe del servicio y después de tramitado el correspondiente procedimiento de revisión de oficio, plantea declarar nulo el contrato (*“la contratación”*, se indica) al entender que los actos administrativos de preparación o adjudicación incurrir en la causa de nulidad del artículo 47.1.e) LPACAP. El art. 42.1 LCSP establece que *«la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes*

recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido». También por esto último propone la PR la consiguiente liquidación del contrato, por el importe de las facturas emitidas, y autorizar el consiguiente gasto.

La revisión de oficio, así, se muestra como una vía para legalizar el pago de las facturas, evitando el enriquecimiento indebido de la Administración; pero ésta evidentemente no es la función que el ordenamiento jurídico asigna a tal importante institución, que ha de tener además una utilización excepcional.

En el Informe del Servicio de Educación del Ayuntamiento de Las Palmas, de 14 de junio de 2023 se destaca la importancia de asegurar la continuidad del servicio de mantenimiento de centros escolares, los riesgos para alumnos y profesores de su interrupción, y la consiguiente necesidad de encontrar una urgente y suficiente solución a la ausencia de contratación en el periodo de referencia; y para ello propone la revisión de oficio.

2. Antes de entrar en el fondo de la cuestión este Consejero quiere reconocer la excepcionalidad de la situación de hecho creada, y es sensible a la necesidad de encontrarle una solución jurídica en aras del interés público. No siendo el Consejo Consultivo una Institución asesora, su intervención en este caso debe limitarse a un pronunciamiento jurídico acerca de la conformidad o no a Derecho de la vía elegida de la revisión de oficio; no obstante, procede hacer una breve descripción de las diferentes situaciones de contratación irregular, o de prestación de servicios y suministros, y ejecución de obras, sin cobertura contractual alguna, así como de las soluciones que para cada una de ellas se han aportado.

En los últimos años muchas han sido las consultas atendidas por el Consejo Consultivo de Canarias sobre contratación irregular, con diversidad de supuestos de hecho, que por grupos de ellos han tenido diverso tratamiento jurídico.

El más numeroso de estos grupos es el de Dictámenes solicitados para acordar revisiones de oficio en supuestos de contratación de suministros farmacéuticos por el Servicio Canario de la Salud, sin haber seguido procedimiento alguno, con la finalidad de, una vez declarada la nulidad, proceder a la convalidación del gasto y al ulterior pago al suministrador. Entre otros muchos, pueden citarse los Dictámenes 128/2016, de 21 de abril; 136/2016, de 27 de abril; 430/2016, de 19 de diciembre; 285/2017, de 27 de julio; 479/2017, de 27 de

diciembre ó 7/2018, de 11 de enero. En todos ellos el Consejo, si bien constató la existencia de un contrato verbal y la presencia de la causa del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, rechazó la revisión de oficio instada, al considerar aplicables algunos de los límites legales. Ante la persistencia de esta irregular práctica contractual, convertida ya en habitual, el Consejo endurece su reproche jurídico, con una nueva serie de Dictámenes que se inicia con el 80/2020, de 3 de marzo; continúa éste la línea de aplicar los límites del ahora artículo 110 de la Ley 39/2015 para rechazar la solicitada revisión de oficio, pero introduce una advertencia acerca del fraude institucional que supone forzar la figura de la revisión de oficio para resolver estos casos. Así, el Dictamen 80/2020 señala:

«Pues bien, entrando en la primera de estas fases de análisis, en el supuesto que se dictamina la utilización del instituto de la revisión de oficio se ve rodeada de una serie de singulares circunstancias que la deforman sobremanera, desbordando el marco de su propia definición conceptual o alterando su finalidad legalmente fijada. La revisión de oficio constituye un instrumento excepcional para que la propia Administración autora de un acto o disposición pueda en todo momento privarlos de validez y efectos cuando los considere afectados por una causa de nulidad de pleno derecho. Tiene, pues, la revisión de oficio una función depuradora, para excluir del mundo del derecho los actos viciados de nulidad; cuando tal objetivo de limpieza jurídica concluye, al declararse la nulidad, el procedimiento instruido al efecto concluye. No resulta difícil comprobar que ésta no ha sido la utilización de la revisión de oficio en el supuesto objeto de dictamen. Cuando por razones de una alegada urgencia se decide contratar sin seguir en absoluto el procedimiento legalmente establecido ya se cuenta con la expectativa de luego revisar de oficio, para así poder convalidar y pagar. Desaparece el carácter reactivo e inicialmente imprevisto de la revisión de oficio, para integrarse como tramite intermedio en un procedimiento irregular de contratación. Aquí la revisión de oficio se incardina en un procedimiento de convalidación de gasto, para dar salida legal al pago debido al suministrador; se convierte así en un trámite más al servicio de tal procedimiento. No se revisa de oficio, propiamente, para eliminar del sistema jurídico unos actos viciados, sino para convalidar un contrato verbal, dotándolo de efectos amparados en la ley;».

Supuestos bien diferentes de los integrados en el anterior grupo, pero también de contratación irregular, o de prestación de servicios sin cobertura contractual, fueron objeto de otros Dictámenes, a su vez con particularidades y diferencias entre ellos. Así, por comentar uno de ellos, nuestro Dictamen 3/2016, de 12 de enero analizó la situación de un contrato de servicios con la totalidad de sus prórrogas vencidas, mientras el nuevo contratista aún no estaba en condiciones de sustituir al antiguo, por lo que la Administración ordenó a éste que continuara con la prestación del servicio hasta que pudiera ser sustituido por el nuevo. El Consejo consideró que la orden de continuar la prestación constituyó un acto administrativo firme, adoptado sin seguir en absoluto el procedimiento exigido, por lo que podía ser

declarado nulo en el procedimiento de revisión de oficio tramitado por la Administración.

Más recientemente hemos tenido otros supuestos de contratación irregular, o de prestación de servicios o ejecución de obras sin la debida cobertura contractual. Citaré en primer lugar el Dictamen 171/2023, de 20 de abril, que dio respuesta a una solicitud municipal en relación con la tramitación de una revisión de oficio de un contrato verbal, habiéndose omitido la fiscalización previa y toda la tramitación contractual legalmente exigible. El Consejo estimó que concurría la causa del artículo 47.1.e) LPACAP, por lo que procedía la revisión de oficio instada.

Otro reciente Dictamen, el 386/2023, de 5 de octubre, se aprobó a solicitud del Ayuntamiento de Las Palmas, que había solicitado la revisión de oficio de «la contratación del servicio de gestión de Escuelas Infantiles» de un breve periodo de tiempo que no contaba con cobertura contractual, por ausencia de fiscalización previa y porque «se ha procedido a recibir la prestación del servicio sin la previa tramitación del oportuno expediente de contratación». El Consejo estimó que la ausencia de fiscalización no constituye causa de nulidad radical, pero apreciando que se había acordado una prórroga tácita, sin seguir en absoluto el procedimiento legalmente establecido, consideró que procedía la revisión de oficio instada.

La variedad de situaciones fácticas y jurídicas que refleja la anterior enumeración de Dictámenes de este Consejo es, por lo demás, expresiva de idéntico carácter en el conjunto de los diferentes órganos consultivos españoles, incluido el Consejo de Estado. Ante tal diversidad, el muy reciente Dictamen de la más alta Institución consultiva, el 1592/2022, de 23 de enero de 2023, formula una precisa clasificación de los diferentes supuestos, y recuerda la vía jurídicamente pertinente para facilitar el pago al contratista cuando éste procediera. Así señala aquel Dictamen:

«El Consejo de Estado ha venido dictaminando históricamente múltiples expedientes en los que se discutía el resarcimiento de obras públicas ejecutadas o servicios prestados a la Administración sin la estricta y debida cobertura contractual. 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, pero la casuística es muy variada».

.....

«En algunos supuestos se trataba de "trabajos adicionales" o complementarios" que eran necesarios para la correcta ejecución del objeto del contrato adjudicado, pero no estaban incluidos en él, y que el contratista adjudicatario había realizado, sin la previa modificación del

contrato legalmente exigible en estos casos, con el conocimiento de la Administración contratante o en virtud de alguna indicación recibida de esta».

.....
«En otros el problema traía causa del 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 había finalizado, continuaba durante un cierto tiempo prestando ese mismo servicio. Esto ocurría con la aquiescencia -expresa o tácita- de la Administración, o incluso propiciándolo activamente esta, pero sin responder a ninguna orden mínimamente formalizada; como máximo, a alguna orden verbal o muy informal, en ocasiones de difícil acreditación».

.....
«Se observan también situaciones en las que la prestación fue realizada, desde un primer momento, sin la cobertura de un contrato -como cuando, pese a haberse tramitado el procedimiento de licitación y existir una propuesta de adjudicación, no se llegó a adjudicar y formalizar el contrato e, invocando la urgencia del servicio objeto del mismo, se decidió desistir del procedimiento y acordar su ejecución de forma inmediata».

La larga exposición de antecedentes consultivos que acabamos de mostrar, exponente de la variedad de situaciones fácticas y de soluciones jurídicas en la materia, servirá de inmediato para mejor explicar la opinión de este Consejero sobre el caso concreto que nos ocupa, y para fundamentar la crítica del Dictamen de la mayoría que este voto particular formaliza.

3. El Dictamen de la mayoría considera la revisión de oficio como la vía jurídicamente procedente para, en este caso, facilitar el pago al contratista de los servicios efectivamente prestados, pues se ha producido una prórroga tácita (no permitida por el Pliego de Condiciones) por lo que tal «actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad del artículo 47.1.e) LPACAP... pues se ha recibido la prestación sin la previa tramitación del oportuno expediente de contratación» (Fundamento IV, 4 del Dictamen).

La anterior calificación de los hechos es ya de por sí confusa, pues si se presume la existencia de prórroga tácita ha de interpretarse de seguido que los efectos del contrato anterior continúan, por lo que no cabría en consecuencia echar en falta la tramitación de un nuevo contrato, que hubiera de ser tramitado de conformidad a Derecho. Si se indujo o consintió la prórroga tácita no puede al tiempo alegarse que se promovió un nuevo contrato

sin seguir en absoluto el procedimiento legalmente exigible. Incoherente con la anterior calificación resulta, por lo demás, afirmar (como se hace en el Fundamento IV.8, *in fine*) que se ha generado un «contrato verbal», pues de existir éste (un contrato nuevo, distinto del anterior tácitamente prorrogado) no se habría producido tal prórroga.

Esta imprecisa e incoherente calificación de los hechos por parte del Dictamen de la mayoría, que siempre puede conducir a una incorrecta aplicación del Derecho, en estos casos de contratación irregular resulta especialmente censurable, pues la doctrina del Consejo de Estado viene señalando, como enseguida explicaremos, que en la materia una amplia diversidad de casos o supuestos de carencia de cobertura contractual llega a producir otras tantos tratamientos o soluciones jurídicas para permitir la ulterior convalidación.

4. Separándose del criterio mayoritario del Pleno, este Consejero estima que la revisión de oficio no es en este caso una vía utilizable, existiendo otras que sí podrían conducir a la buscada convalidación, previa a la autorización del pago al contratista del servicio prestado. Esta posición la mantiene el que suscribe, en el seno del Consejo Consultivo de Canarias, desde hace muchos años, votando a favor de multitud de Dictámenes, como ponente de otros (de manera especial el Dictamen 80/2020, ya citado) o suscribiendo un voto particular en algún otro caso (así, respecto del Dictamen 72/2023, de 1 de marzo). Habiendo ahora votado en contra del presente Dictamen, me propongo a continuación argumentar y fundamentar mi discrepancia con el mismo.

5. Del análisis de la documentación del expediente puede comprobarse que, efectivamente, en el periodo de referencia no hubo actos de preparación de un nuevo contrato (habiéndose omitido también el de fiscalización previa), pero tampoco acto alguno de adjudicación. No se siguió procedimiento alguno; pero a esta carencia no le siguió ningún resultado, pues no hubo tampoco un nuevo contrato (ni siquiera verbal) que cubriera jurídicamente la prestación del servicio en los dos meses señalados. Tampoco parece que ello estuviera en la intención de las partes, Administración y contratista, que no pretendieron acordar un contrato, y que tal vez por eso mismo no lo hicieron preceder del procedimiento legalmente exigible. Todo consistió en una prolongación *de facto* del primitivo contrato ya extinguido, ante el retraso de la tramitación de uno que le diera continuidad, para servir al interés público vinculado y evitar las graves consecuencias que razonablemente cabía esperar de un cese en la prestación del servicio.

La Administración reconoció que el servicio se prestó a satisfacción, en los términos

del extinguido contrato, y acepta pagar al contratista el importe de las facturas por él emitidas. El contratista, por su parte, aceptó darse por pagado con tal importe. Sólo faltaba encontrar la forma jurídica para dar cobertura a tal regularización. La PR, siguiendo el informe del servicio y después de tramitado el correspondiente procedimiento de revisión de oficio, plantea declarar nulo el contrato («la contratación», se indica) al entender que los actos administrativos de preparación o adjudicación incurren en la causa de nulidad del artículo 47.1.e) LPACAP.

El supuesto que acaba de describirse coincide totalmente con el analizado en segundo lugar por el Dictamen 1592/2022 del Consejo de Estado: 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 había finalizado, continuaba durante un cierto tiempo prestando ese mismo servicio, pero sin responder a ninguna orden mínimamente formalizada de la Administración.

6. La revisión de oficio se ha pretendido aplicar en este caso como una vía para legalizar el pago de las facturas, evitando el enriquecimiento indebido de la Administración; pero ésta evidentemente no es la función que el ordenamiento jurídico asigna a tal importante institución, que ha de tener además una utilización excepcional.

El Consejo de Estado, en el Dictamen 606/2020, de 27 de mayo de 2021, descarta con meridiana claridad la utilización de la revisión de oficio en estos supuestos, y señala:

«Esta solución -declarar la nulidad de una adjudicación contractual formalmente inexistente- puede resultar de compleja articulación en los casos en que no hay rastro alguno de esos supuestos actos o decisiones por las que se encarga al contratista continuar con la prestación. Solo en los casos en que exista algún tipo de acto expreso y mínimamente formalizado que haya servido de fundamento a la empresa para llevar a cabo el servicio fuera de contrato podría eventualmente acudir a la vía de la revisión de oficio, al poder identificarse fácilmente un acto administrativo irregular para que su nulidad sirva de base al pago. Fuera de tales casos, esta primera vía exige un intenso esfuerzo de argumentación para acomodar el supuesto a un instituto -el de la revisión de oficio- que está diseñado para acoger, con mayor naturalidad, otros supuestos».

Esta línea doctrinal la viene manteniendo el Consejo de Estado hasta la actualidad, indicando en el tan citado Dictamen 1592/2022, de 23 de enero de 2023, que «... la aplicación del procedimiento de revisión de oficio en estos casos resulta de todo punto forzada, especialmente cuando -como suele ser frecuente- no existe un acto administrativo formalizado

al que aplicar dicha potestad o la prestación ya ha sido realizada».

7. Pero, al tiempo que en supuestos como el dictaminado el Consejo de Estado rechaza la aplicación de la revisión de oficio, también indica cuál es la salida jurídica que puede aplicarse a la irregular situación de hecho, para alcanzar la ulterior convalidación de la actuación y la final autorización del pago al contratista por el servicio efectivamente prestado. A ello se refiere el ya citado Dictamen del Alto Organismo consultivo 1592/2022, de 23 de enero:

«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- (dictámenes números 828/2003, de 29 de mayo; 3.262/2003, de 18 de diciembre; 3.111/2004, de 17 de febrero de 2005; 3.305/2004, de 17 de febrero de 2005; 3.306/2004, de 3 de marzo de 2005; 1.712/2005, de 15 de diciembre; 2.335/2006, de 27 de diciembre; 2.349/2007, de 19 de diciembre de 2007; 2.088/2008, de 12 de febrero de 2009; 133/2009, de 5 de marzo; 191/2009, de 18 de marzo; 192/2009, de 5 de marzo; 374/2009, de 23 de abril; 375/2009, de 30 de abril; 530/2009, de 28 de mayo, 1.025/2009, de 2 de julio, 1.024/2009 y 1.026/2009, de 16 de julio, 42/2011, de 24 de febrero; 1.122/2011, de 20 de octubre; 1.393/2011, de 27 de octubre; 1.638/2011, de 10 de noviembre; 1.857/2011, de 21 de diciembre; 488/2012, de 21 de junio; 160/2013, de 18 de abril; 1.350/2013, de 27 de febrero de 2014; 311/2014, de 3 de julio; 676/2014, de 23 de julio; 753/2014, de 9 de octubre; 943/2014, de 4 de diciembre; 224/2015, de 28 de mayo; 1.037/2015, de 10 de diciembre; 1.247/2015, de 4 de febrero de 2016; y 783/2017, de 16 de noviembre)».

Esta propuesta a favor de la responsabilidad contractual que recoge el citado Dictamen proviene a su vez del que, con carácter general y pudiera decirse que de unificación de doctrina, postula el también citado Dictamen del Consejo de Estado 606/2020, que indica:

«"Para concluir este examen general de los cauces que podrían seguirse a los efectos que se vienen comentando, este Consejo entiende que es muy relevante notar que, en los casos descritos, como se ha visto, el supuesto de hecho causante de la indemnización frecuentemente proviene de una relación contractual que previamente unía a la Administración y al contratista, o de un contrato que estaba en una avanzada fase de preparación -aunque sin llegarse a su adjudicación y formalización- y

que, en todos estos supuestos, las prestaciones que deben compensarse están claramente vinculadas o relacionadas con ese previo contrato o con el que estaba culminándose.

En tales circunstancias, frente a las vías anteriormente analizadas, resulta mucho menos forzado que el pago de los servicios o trabajos adicionales realizados por el contratista "a vista, ciencia y paciencia" de su antigua Administración contratante, se ponga en referencia con el previo contrato que ligó a las partes, desembocando en una responsabilidad de naturaleza contractual.

En definitiva, el incuestionable contexto contractual que presentan supuestos como el aquí dictaminado, caracterizado por la persistencia en la prestación de un servicio sin solución de continuidad una vez extinguido y no prorrogado un previo contrato, o sin haberse culminado el contrato que estaba tramitándose, obliga a conceder una clara preferencia a la vía de la responsabilidad contractual"».

8. En fin, es de consolidada jurisprudencia, y de constante doctrina del Consejo de Estado y de nuestro Consejo Consultivo, la afirmación del carácter excepcional de la revisión de oficio, que sólo podrá utilizarse como último recurso, frente a actos firmes, y concurriendo los requisitos y salvando los límites establecidos.

Pues bien la utilización de la revisión de oficio que plantea el Dictamen de la mayoría no resulta, a juicio de este Consejero, conforme a Derecho. Aquí no ha habido actos firmes preparatorios o de adjudicación respecto de los cuales aplicar la revisión de oficio. Se postula la existencia de una prórroga tácita, cuya consideración como acto administrativo firme preparatorio del contrato no es aceptable; ni siquiera ha habido en este caso una orden formalizada por la Administración que imponga la prórroga, y que pudiera identificar así un acto administrativo revisable. Pero es que tampoco existe un contrato que pueda constituir el objeto de la declaración de nulidad (más allá de la prolongación *de facto* del anterior), pues no llega el Dictamen a aclarar (Fundamento IV.8) que se hubiere buscado por las partes promover un nuevo contrato, aunque verbal.

Resulta por ello evidente que al no existir contrato, tampoco verbal, no es planteable la utilización de la revisión de oficio. No cabe declarar la nulidad radical de un contrato inexistente.

En el presente caso, efectivamente, no ha existido un procedimiento de contratación, pero es que ni siquiera hay un contrato que siguiera a tal carencia procedimental. Ni lo ha habido ni del expediente se manifiesta intención alguna por parte de la Administración ni del

contratista de acordarlo. Y no es posible declarar nulo un contrato inexistente. Por ello, la revisión de oficio carece de objeto, ya que por todo lo anterior no hay actos administrativos ni contrato que declarar nulos.

En consecuencia, no procede la revisión de oficio que postula la PR y que el Dictamen del que respetuosamente discrepamos da por buena.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
EL CONSEJO CONSULTIVO	5
1. COMPOSICIÓN	5
2. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA	6
3. ACTIVIDAD INSTITUCIONAL.....	11
CAPÍTULO II	13
FUNCIÓN CONSULTIVA	15
1. PROCEDIMIENTOS.....	15
2. DICTÁMENES	16
3. INSTITUCIONES CONSULTANTES	17
4. REUNIONES DEL PLENO Y SECCIONES	19
5. VOTOS PARTICULARES	19
6. PROPUESTAS NORMATIVAS DICTAMINADAS Y ACTUACIÓN POSTERIOR.....	21
6. 1. PROPOSICIONES DE LEY	21
6. 2. PROYECTOS DE LEY	22
6. 3. PROYECTOS DE DECRETO	23
6. 4. PROYECTOS DE ORDEN	29
7. DECRETOS-LEYES DEL GOBIERNO Y DICTAMEN PRECEPTIVO PARA SU CONVALIDACIÓN O DEROGACIÓN POR EL PARLAMENTO DE CANARIAS	30
CAPÍTULO III	33
ACTUACIÓN CONSULTIVA PRECEPTIVA.....	35
1. ACTUACIÓN NORMATIVA	35
2. ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA	36
CAPÍTULO IV	51
1. ASUNTOS ECONÓMICOS	53
2. BIBLIOTECA Y PUBLICACIONES	62
3. PÁGINA WEB Y PORTAL DE TRANSPARENCIA	66
CAPÍTULO V.....	69
SELECCIÓN DE DOCTRINA	71
1. Responsabilidad patrimonial.....	71
1. 1. En general.....	71
A. Procedimiento	71

A. 1. Omisión de trámites esenciales	71
A. 2. No cabe su tramitación por una empresa pública	72
A. 3. Plazo de interposición de la reclamación	78
A. 3. 1. Prescripción del derecho a reclamar. Tratamientos paliativos	78
A. 3. 2. Prescripción del derecho a reclamar. Tramitación de expediente de incapacidad laboral.....	79
A. 4. Prueba	80
A. 4. 1. Carga de la prueba.....	80
A. 4. 2. Prueba de presunciones	82
A. 5. Informes	83
A. 5. 1. Del servicio. No es el de la empresa prestadora del servicio	83
A. 5. 2. Del servicio presuntamente causante del daño	84
A. 5. 3. No es la propuesta de resolución	88
A. 5. 4. Del servicio. Informe emitido por medio propio	89
B. Daño	90
B. 1. Causado a funcionarios públicos.....	90
B. 2. Retraso injustificado en la resolución del procedimiento	94
B. 3. Acto declarado nulo	96
B. 4. Supuestos especiales	99
B. 4. 1. Daños causados por la gestión urbanística.....	99
C. Relación de causalidad	102
C. 1. Intervención de terceros	102
C. 2. Negligencia del interesado.....	102
C. 3. Culpa in vigilando	104
C. 4. Obligación de los usuarios. Deber de diligencia.....	108
C. 5. Riesgo que no supera el estándar social	110
D. Indemnización	114
D. 1. Reparación in natura.....	114
D. 2. Reparación integral del daño	117
D. 3. Abono por el contratista	123
D. 4. Abono por la compañía aseguradora. Improcedencia	126
E. Dictamen de Consejo Consultivo	127
E. 1. Trámite esencial. Nulidad de actuaciones.....	127
1. 2. Servicio público sanitario	128
A. Servicio público de la sanidad.....	128
A. 1. Gastos asumidos de forma voluntaria	128
B. Lex artis	130
B. 1. El estado de la ciencia como parámetro de la lex artis.....	130
C. Legitimación activa	132
C. 1. Herederos del interesado.....	132
D. Diagnóstico.....	134
D. 1. Erróneo. Manifiesta negligencia o ignorancia	134
E. Pérdida de oportunidad	135
E. 1. Daño antijurídico	135

F. Consentimiento informado	139
F. 1. Información previa al consentimiento	139
1. 3. Otros servicios públicos	140
A. Dependencia	140
A. 1. Procedimiento.....	140
A. 1. 1. <i>Dies a quo</i>	140
A. 2. Legitimación	142
A. 2. 1. Activa. Prestaciones <i>intuitu personae</i>	142
A. 3. PIA	144
A. 3. 1. Situación no condicionada a su aprobación	144
A. 3. 2. Retraso en la aprobación.....	145
A. 4. Prescripción del derecho a reclamar	146
B. Educación	148
B. 1. Deber de vigilancia	148
C. Función pública	150
C. 1. Tardanza en resolver procedimiento selectivo	150
C. 2. Errores en la baremación	151
D. Urbanismo.....	154
D. 1. Responsabilidad patrimonial. Suelo urbano no consolidado en situación de fuera de ordenación	154
2. Revisión de oficio.....	155
A. Carácter excepcional.....	155
B. Alteración de su finalidad.....	157
C. Nulidad de disposiciones administrativas	159
C. 1. Pacto-convenio de los funcionarios	159
C. 2. Plan Parcial	160
D. Nulidad de actos administrativos	162
D. 1. Reconocimiento de incompatibilidad a policía local	162
E. Causas de nulidad.....	165
E. 1. Carecer de requisitos esenciales	165
E. 1. 1. Requisito esencial de índole objetiva	167
E. 2. Lesión de derechos fundamentales. Derecho a la defensa.....	168
E. 2. 1. Procedimiento sancionador. Notificación defectuosa.....	176
E. 3. Acto de contenido imposible	177
E. 4. Prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido	178
E. 4. 1. Procedimiento caducado	178
E. 4. 2. Manifiesta omisión del procedimiento.....	179
E. 4. 3. Omisión de fiscalización.....	180
E. 4. 4. Prórroga tácita del contrato	182
E. 5. Incompetencia manifiesta.....	184
E. 6. Supuestos tasados y excepcionales.....	186
E. 6. 1. Acto dictado al amparo de normas declarados inconstitucionales	186
E. 7. Cualquier otro supuesto legalmente dispuesto.....	188

E. 7. 1. Carecer de consignación presupuestaria	188
F. Procedimiento	191
F. 1. Plazo	191
F. 1. 1. Suspensión	191
F. 2. Procedimiento de nulidad de actos tributarios.....	193
G. Nulidad de los actos preparatorios o de adjudicación de los contratos	194
G. 1. Causas	194
G. 1. 1. Prescindir del procedimiento establecido.....	194
G. 2. Cauce procedimental.....	195
G. 2. 1. Revisión de oficio	195
G. 3. Dictamen del Consejo Consultivo. Preceptividad sin oposición del contratista.....	198
G. 4. Efectos de la declaración de nulidad	199
G. 4. 1. Liquidación del contrato.....	199
G. 4. 2. Beneficio industrial.....	200
3. Recurso extraordinario de revisión	204
A. Naturaleza	204
A. 1. Interpretación restrictiva	204
B. Causas de revisión	204
B. 1. Error de hecho. No incluye cuestiones jurídicas	204
B. 2. Aparición de documentos de valor esencial	206
4. Contratos y concesiones administrativas	208
A. Principios de la contratación	208
B. Responsabilidad contractual	210
B. 1. Dictamen del Consejo Consultivo	210
B. 2. Indemnización	212
B. 2. 1. Por suspensión del contrato	212
C. Resolución de contratos.....	218
C. 1. Supuestos de incumplimiento.....	218
C. 1. 1. Grave.....	218
C. 1. 2. Incumplimiento del plazo	220
C. 1. 3. Incumplimiento de la obligación principal de contrato	223
C. 1. 4. Incumplimiento esencial.....	223
D. Concesiones administrativas	226
D. 1. Régimen jurídico	226
D. 2. Extinción. Procedimiento.....	227
D. 3. Concesión de bienes inmuebles.	228
D. 3. 1. Naturaleza	228
D. 3. 2. Plazo	229
E. Contratos privados	230
5. Otras voces	233
A. Competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias.....	233
A. 1. Colegios profesionales	233
A. 2. Convenios de colaboración	237

A. 2. 1. Competencia para su celebración	237
A. 3. Coordinación de las policías locales.....	238
A. 4. Defensa de la competencia.....	244
A. 5. Defensa del consumidor y usuario.....	247
A. 6. Economía y Hacienda.....	249
A. 7. Estadística	251
A. 8. Función pública	257
A. 8. 1. Régimen estatutario del personal funcionario de la Comunidad Autónoma y de su Administración local	257
A. 9. Instituciones de autogobierno.....	259
A. 9. 1. Organización, régimen y funcionamiento	259
A. 9. 2. Ordenación y gestión del litoral	260
A. 10. Medio ambiente.....	262
A. 10. 1. Ámbito espacial de ejercicio de la competencia. Espacios marítimos	264
A. 11. Procedimiento de las Administraciones Públicas de Canarias.....	268
A. 12. Servicios Sociales	271
B. Consejo Consultivo	273
B. 1. Dictamen. Solicitud. Presidencia de organismos y entidades.....	273
B. 2. Dictamen. Procedimiento de urgencia.....	274
B. 2. 1. Motivación insuficiente	275
C. Normas jurídicas	278
C. 1 Presunción de constitucionalidad de las normas.....	278
C. 2. Decreto-ley	279
C. 2. 1. Presupuesto habilitante. No concurre.....	279
C. 2. 2. Límites. Leyes de presupuestos	282
C. 3. Reglamento	286
C. 3. 1. Potestad reglamentaria. Gobierno en funciones.....	286
C. 3. 2. Trámite de información pública. Omisión	291
C. 3. 3. Potestad reglamentaria. Ejercicio fuera de plazo	295
C. 3. 4. Ilegalidad omisiva por insuficiencia en el desarrollo legal.....	296
D. Técnica normativa.....	298
D. 1. Solapamientos normativos	298
D. 2. Leyes repetitae. Transcripción de la legislación básica	301
CAPÍTULO VI	303
SELECCIÓN DE DICTÁMENES	305
Dictamen 42/2023, de 1 de febrero de 2023.....	305
Dictamen 72/2023, de 21 de marzo de 2023.....	401
Dictamen 215/2023, de 16 de mayo de 2023.....	414
Dictamen 260/2023, de 13 de junio de 2023.....	437
Dictamen 360/2023, de 19 de septiembre de 2023.....	469
Dictamen 362/2023, de 19 de septiembre de 2023.....	502
Dictamen 452/2023, de 27 de noviembre de 2023	539

